TESIS
DP2002
P474

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS EXTRALITEM EN VENEZUELA

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista, en Derecho Procesal.

Autora: Abog. Marylin Pérez Terán.

Asesor: Msc. Rafael Ortiz Ortiz-Ortiz.

Caracas, noviembre 2002

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Marylin Pérez Terán, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo titulo es ***El régimen jurídico de las medidas cautelares tributaria extralitem en Venezuela***; Considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los once días del mes de noviembre de 2002.

Rafael Ortiz- Ortiz
CI: 6.206.353

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS EXTRALITEM EN VENEZUELA

Por: Marylin Pérez Terán

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal, aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los del mes de de 2002

A MIS PADRES Y A MI

HERMANA IVET

POR SU AMOR Y PACIENCIA.

INDICE

..... **pág**

PORTADA i
Aprobación del asesor ..... **ii**
Resumen ..... **vii**
Introducción **8**
I. Tutela judicial efectiva y tutela cautelar **15**
A. Consideraciones generales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. 15
B. El proceso y la tutela judicial efectiva 20
C. La tutela judicial efectiva y su concreción en el Derecho venezolano. 34
D. La internacionalización del principio de la tutela judicial efectiva. 37
E. La protección cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. 42
1. Tutela cautelar y Estado de Derecho. 50
2. La Tutela cautelar y la justicia preventiva 60
II. Introducción al sistema cautelar tributario venezolano **65**
A. Medidas cautelares 65
1. Generalidades 68
2. Precisiones conceptuales. 69
3. Clasificación de las medidas cautelares tributarias 72
a. Las medidas típicas o nominadas 72
1) Generalidades 73
2) Clasificación de las medidas típicas tributarias 78
a) Las medidas cautelares autónomas o *extralitem* 78
a.1 Medida cautelar de embargo preventivo de bienes muebles 78
a.2. Secuestro o retención de bienes muebles. 79
a.3 Medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar: 84
b) Las medidas cautelares típicas *pendente lite* 84
b. Las medidas innominadas 87
III. Naturaleza jurídica y caracteres de las medidas cautelares tributarias.. **92**
A. Generalidades 92
B. Su naturaleza 98
C. Caracteres de la institución 101
1. Inaudita alteram parte. 101
2. Instrumentalidad. 103
3. Jurisdiccionalidad 107
4. Provisionalidad. 108
5. Revocabilidad 111
6. Urgencia 111
IV. Aspectos procedimentales **114**
A. Generalidades 114

B. Requisitos de procedencia 114
1. Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) 116
2. Peligro en la demora (*Periculum in mora*) 121
3. Peligro de daño (*Periculum in damni*) 127
C. Sujeto activo y sujetos afectado por las medidas. Órgano competente para atender la solicitud 128
1. Sujeto activo: 128
2. Sujeto afectado por la medida: 129
3. Órgano competente para atender la solicitud: 131
D. Contenido y oportunidad de la solicitud 131
1. El contenido de la solicitud: 131
2. Oportunidad de su solicitud: 133
E. El decreto cautelar y las distintas medidas acordables 133
1. El decreto de la medida: 133
2. Distintas medidas acordables: 136
F. Alcance, contenido y duración de las medidas 139
1. Alcance: 139
2. Contenido: 141
3. Duración: 142
G. La sustitución de las medidas 148
1. Solicitud y oportunidad 153
2. Oposición a las garantías. 157
H. Mecanismos de impugnación del decreto cautelar. 158
1. El decreto cautelar: 158
2. Impugnación contra el decreto cautelar: 162
3. Oposición contra la solicitud de la medida: 167
4. Mecanismos de impugnación contra la sentencia de la oposición: 168
I. Medios de prueba admisibles. 170
J. El juicio de tercería 171
1. Generalidades: 171
2. La apelación de terceros en el procedimiento cautelar 171
V. Estudio en el derecho comparado sobre los procedimientos cautelares tributarios *extralitem*. 174
A. Argentina: 174
B. España: 175
C. Italia 179
Conclusiones y recomendaciones 181
Referencias bibliográficas 185

A. UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS *EXTRA LITEM* EN VENEZUELA

Autora: Abog. Marylin Pérez Terán
Asesor: Msc. Rafael Ortiz Ortiz.
Fecha: Septiembre de 2002

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata la tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva, cuya existencia en el ámbito del Derecho Público moderno es actualmente admitido sin discusiones, pues es considerado un derecho fundamental. Efectivamente, una tutela judicial efectiva comprende el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, que se adapten a las diversas situaciones concretas; a lo cual no escapa nuestro ordenamiento jurídico, al referirse concretamente al régimen de las medidas cautelares típicas *extra litem*, previstas en nuestra legislación desde el Código Orgánico Tributario de 1982, y recogidas en el actual texto orgánico de 2001; surgidas para sanar el desequilibrio causado por la suspensión *ope legis* de los efectos de los actos recurridos en sede administrativa y jurisdiccional. Su importancia radica en la preocupación por garantizar la recuperación futura de un crédito fiscal en situación de riesgo, mediante la sustanciación de un procedimiento cautelar especial, breve, sumario y contradictorio; representando un extraordinario avance y una magnífica herramienta para la Administración Tributaria. En consecuencia, su estudio es significativo, tomando en consideración las prerrogativas y potestades del Fisco para la garantía de los intereses públicos, por un lado y por el otro los derechos y libertades de los ciudadanos como fin último del Derecho y del Estado Social, *máxime* en momentos de importantes cambios políticos y jurídicos, cuyo ejemplo palpable es la actual Reforma de Código Orgánico Tributario, y en el que operan importantes modificaciones respecto del procedimiento cautelar *sub examine*. Para la realización del presente trabajo, se utilizaron técnicas correspondientes a una investigación monográfica cuyas principales fuentes han sido la bibliografía y las leyes, tanto nacionales como extranjeras, así como las sentencias de los tribunales de la República.

Descriptores: Tutela judicial efectiva, tutela cautelar, medidas cautelares tributarias *extra litem*. Administración Tributaria.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares tributarias fueron introducidas en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Orgánico Tributario de 1982, significando para ese momento una de las novedades más relevantes del citado texto, y surgiendo como efecto ineludible de la suspensión *ope legis* debido a la interposición de recursos administrativos (jerárquico) o judiciales (contencioso tributario).

En este sentido, la investigación se delimitó al estudio del procedimiento cautelar especial previsto en el actual Código Orgánico Tributario de 2001, referido a las providencias que son solicitadas sin que exista un procedimiento contencioso tributario, las cuales representan hasta ahora un extraordinario avance y una magnífica herramienta para la Administración Tributaria, quien posee la legitimación activa para solicitarlas.

Ya previstas dentro de nuestra legislación tributaria, las medidas cautelares se vienen a unir al elenco de institutos que se ocupan, con carácter general, del aseguramiento del crédito tributario. De allí su importancia, pues su regulación jurídica involucra la preocupación por la efectividad práctica de la exacción de los tributos, disponiendo los medios de tutela, tendentes a asegurar su adecuado y exacto cumplimiento.

Estas medidas a que se refiere el Código Orgánico Tributario en sus artículos 296 y siguientes, constituyen una viva manifestación de la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, representada en el poder cautelar tributario típico establecido dentro del texto legal *in comento.* Por tanto, tienen naturaleza judicial y se sustancian a través de un procedimiento cautelar especial, sumario y contradictorio; cuya finalidad es alcanzar la protección provisional, de un derecho, así como amenazado, aún antes de que la existencia del mismo se demuestre en un proceso de conocimiento, vale decir, tienen por objeto garantizar la recuperación futura de un crédito fiscal en situación de riesgo, lo que constituye una situación digna de tutela, que en el campo del derecho tributario se encuentra deslindado por los intereses públicos involucrados.

En efecto, la Administración Tributaria puede pedir al Tribunal competente, que decrete las medidas cautelares típicas establecidas en el Código Orgánico Tributario, y es el tribunal quien, basado en un conocimiento sumario, aprecia la existencia de un crédito tributario cuya percepción puede resultar frustrada. Este procedimiento cautelar tiene la característica extraordinaria de que el juez puede acordarla sin la necesidad de que estén ligadas a un procedimiento principal, lo que hace quimérico en este caso, el clásico requisito de toda medida cautelar, de que existe *pendente lite*, es decir, un procedimiento pendiente, pues incluso puede tratarse de créditos tributarios aún no determinados, lo que equivale a decir, que no es ni siquiera necesario la existencia de un acto administrativo definitivo o culminatorio del sumario administra-

tivo, sino que basta con la existencia de un acta fiscal o cualquier otro documento idóneo en el que pueda fundamentarse el crédito por tributo, accesorios y multas, cuya recuperación se estima en peligro.

También es importante destacar que su regulación procedimental dentro del texto orgánico tributario es somera, pues de manera imperiosa debe remitirse el intérprete al Código de Procedimiento Civil, por así disponerlo expresamente el artículo 332 del Código Orgánico Tributario (en lo adelante COT) y 22 del Código de Procedimiento Civil (en lo adelante CPC), para resolver la mayoría de los acontecimientos que puedan presentarse en el *iter* procedimental de estas medidas.

Ahora bien, no sólo se abordó su origen, naturaleza y procedimiento, sino también la situación que se muestra con la actual Reforma de Código Orgánico Tributario, en el que operan importantes modificaciones del procedimiento cautelar *sub examine*, debido probablemente a la eliminación del efecto suspensivo de pleno derecho ya mencionado en sede contencioso tributaria.

Esto trae consigo consecuencias contundentes para el sistema tributario venezolano, si se toma en consideración el desarrollo obtenido en materia cautelar tributaria y la situación jurídicamente tutelada, como lo es la recaudación fiscal.

Lo antes dicho, adquiere mayor preeminencia, si se menciona, que al indagar en el derecho comparado sobre procedimientos cautelares *extralitem*, se revela su presencia, si bien en el régimen administrativo general, pero que a diferencia del caso venezolano, estos procedimientos procuran amparar los derechos de los administrados, mientras que el previsto en nuestra legislación tributaria, busca proteger al Fisco de los efectos suspensivos de los recursos administrativos y jurisdiccionales.

Lo cierto es que estos cambios legislativos se están produciendo en el actual Estado Social de Derecho, y debe recordarse de cualquier modo, que a los asociados se les prometió un órgano judicial lo suficientemente fuerte capaz de administrar la empresa de la justicia. Por tanto, debe empeñarse cada vez más en fortalecerse para obtener una justicia rápida, útil y eficaz, mediante el establecimiento de algunos procedimientos rápidos y ofrecer un extenso abanico de medidas, de tal suerte que, en lo posible, cada progreso tenga medidas cautelares que aseguren la tutela judicial efectiva, lo que hace impretermitible a esa efectividad el uso de las cautelas, que en términos generales la aseguren.

En este sentido, señala **Michelle Taruffo**, citado por Parra, J. (2000, 4), a título de pregunta:

> "(...) En cuanto a la necesaria efectividad de la tutela jurisdiccional, es un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocido, pero que tiene contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos. Así, por ejemplo, no es claro si el derecho a una tutela judicial efectiva comprende también el derecho a servirse de medidas

cautelares adecuadas, cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas".

Se presenta, como objetivo general de investigación, la consideración del poder cautelar tributario típico *extralitem* como manifestación de la tutela judicial efectiva y de manera especifica: i) estudiar la vinculación existente entre la institución cautelar tributaria con la tutela judicial efectiva; ii) Realizar un estudio introductorio al sistema cautelar tributario venezolano, para establecer la ubicación dentro del mismo de las medidas cautelares tributarias *extralitem*; iii) analizar la naturaleza jurídica de las cautelas tributarias *extralitem*; iv) establecer las características y peculiaridades de las medidas cautelares tributarias *extralitem*; v) examinar su regulación adjetiva, a la luz del Código Orgánico Tributario y del Código de Procedimiento Civil, bajo la óptica ha tenido en la jurisprudencia venezolana y; vi) comparar las medidas cautelares tributarias con las contenidas en legislaciones extranjeras.

Por otra parte, los comentarios que se esbozan en la presente investigación, tienen como fuente primordial la inquietud acrecentada por los nuevos cambios que se gestan en el estado actual de Derecho en el ámbito de la tutela judicial efectiva, que involucra de cualquier manera el estudio de las medidas cautelares tributarias, las cuales se hallan cónsonas con los cambios políticos y jurídicos que se vienen produciendo a raíz de la promulgación de la nueva Constitución de 1999.

Igualmente, se encuentra apoyo en el análisis sobre los temas específicos a que ella se refiere, con el objeto de instar al estudio y discusión sobre los mismos, debido a la importancia que todo ello tiene y sobre todo en lo relacionado con el derecho procesal, pues se trata de un proceso cautelar especial, autónomo y sumario.

En tal sentido, resulta imperioso tener en consideración la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, así como el actual Código Orgánico Tributario. No obstante, ya al tanto de los cambios, y visto el acontecer de la nueva organización judicial y la interpretación que inclusive ya se viene dando a dichos cambios y a la normativa hasta entonces vigente por el quehacer judicial a la luz de algunas decisiones del más alto Tribunal de la República, se observó que las dificultades inherentes a esta materia se incrementan en el contexto del Derecho venezolano ante la ausencia, a diferencia de lo que ocurre en sistemas jurídicos próximos al nuestro, de un adecuado tratamiento legislativo de los cauces de la tutela cautelar tributaria.

Ciertamente, que estas modificaciones en el esquema constitucional, involucran considerables e ineludibles cambios en toda la estructura judicial, en la articulación y marcha de la justicia, en la noción y contenido de la *jurisdicción* y *proceso* delineados como necesario para llevar a cabo esas funciones y cometidos.

Otros aspectos significativos que fundamentaron la elección de este tema de estudio, son por una parte, la cuestión de las garantías del crédito tributario, que siempre ha preocupado a la doctrina, pero que a pesar de ello la falta de trabajos monográficos por parte de los estudiosos tributarios es incuestionable, haciendo atractivo su investigación por tratarse de una institución relativamente novedosa en nuestro sistema cautelar.

Por otra parte, se cree en que las medidas cautelares tributarias se revelen cada vez más como una herramienta válida para la contienda contra algunas situaciones de defraudación tributaria, pretendiendo con ello impedir que los sujetos obligados al pago de los tributos ante la admonición de la Administración Tributaria acerca de la existencia de una deuda fiscal, realicen la transmisión fraudulenta de sus bienes con la única finalidad de alcanzar la situación de insolvencia y burlar, de esta manera, sus obligaciones con el Fisco, situación ésta que últimamente se han venido difundiendo.

Asimismo, resulta interesante su análisis en el contexto rigurosamente jurídico, para considerar y explicar convenientemente la regulación positiva, sus requisitos de admisibilidad y procedencia, limites, naturaleza jurídica, caracteres, etc., pues no debe perderse de vista las prerrogativas y potestades de la Administración tributaria para la garantía de los intereses públicos, por un lado y por el otro los derechos y libertades de los ciudadanos como fin último del Derecho y del Estado Social, mediante la utilización de las medidas cautelares tributarias *extralitem.*

I. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y TUTELA CAUTELAR

A. Consideraciones generales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para realizar el análisis de las medidas cautelares en general, es conveniente realizar unas reflexiones respecto de ciertos conceptos del mundo jurídico, por lo que se partirá de la noción de *seguridad jurídica*, atinente a la eficacia del Derecho, pues basta decir, que sin la plataforma de la seguridad jurídica, el mismo no es suficiente, si su aplicación no es efectiva, y, menos aún, si dicho sistema no prevé los mecanismos idóneos para garantizarla.

En razón de ello, explica **Araujo-Juárez y Arveláez** (2000, 78) que la seguridad jurídica "es una noción teleológica, finalista, y es uno de los valores que inspira al Derecho o dicho en otros términos, es un fin perseguido por éste, es una necesidad del individuo, de la sociedad, que permanece vigente aún hoy día". La seguridad jurídica no sólo implica la certeza y confianza -comentan los referidos autores- sino también se refiere al tema de la efectividad, de la realización de dicha seguridad, que en el campo jurídico se plasma en el derecho a la tutela judicial efectiva, la cual se estudia en la presente investigación, sólo en una de sus manifestaciones, la tutela cautelar. Existe actualmente una gran tendencia en las constituciones modernas a emplazar la creación de nuevas formas procesales que entre otras cosas, aseguren una tutela juris-

diccional pronta, eficiente y eficaz. De allí, la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva en muchos países, pues es considerado, un derecho fundamental, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En este sentido, una tutela judicial eficaz implica necesariamente un proceso eficiente, respecto a lo cual, apunta **Parra, J**. (2000, 14) que:

> Se recomienda legislar de tal manera que todo proceso devenga en eficaz. No es bueno para el prestigio del Estado y para el bienestar de los asociados, que el órgano jurisdiccional dicte sentencias que no sean eficaces. Si un Estado no es capaz de asegurar las resultas de un proceso, es previsible que igualmente sea incapaz en otro tipo de actividades que ha monopolizado.

De este modo, se aborda la efectividad del proceso, con un pensamiento de Chiovenda, que se ha trasmutado en principio del Derecho Procesal, adquiriendo cada día mayor vigencia y que establece que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón" para luego hacer hincapié en la tutela judicial efectiva, que constituye en palabras de **Ortiz-Ortiz, R** (2000, 62):

> (...) una noción tan extraordinariamente fecunda que se diferencia, aun cuando incluye, del derecho de defensa y del debido proceso. El derecho a un debido proceso lo único que implica es que a las partes se les garantice que sus pretensiones y resistencias o contraprestaciones van a ser dilucidadas lleno de oportunidades para impugnar, alegar, probar y contradecir y una manifestación del debido proceso es el derecho a la defensa que tiene que ver con la posibilidad de impugnación con que cuentan las partes. Resulta que un proceso donde se cumpla el debido proceso legal y se per-

mita que se garantice el derecho a la defensa puede ser una tutela inefectiva. ¿Cómo?. Porque la decisión siendo ejecutable acarrea insatisfacción jurídica.

En efecto, subraya **Ortiz, L.** (1999, 40) que

> Es de la esencia de todo Estado de Derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia, en el entendido que tal justicia sea efectiva, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz.

Se convierte el proceso en una especie de ´caricatura de la justicia´, como señala **González J.** (1969, 138) por las limitaciones y concepciones jurisprudenciales restrictivas a todos los niveles del proceso, desde su acceso hasta su ejecución, sumado esto a la extraordinaria lentitud.

Esto conlleva a que uno de los derechos esenciales de los individuos sea el derecho a la jurisdicción, que la doctrina del Tribunal Supremo define como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. En orden a posibilitar el ejercicio efectivo de ese derecho el Estado debe establecer tribunales, asignarles jurisdicción y competencia y dictar normas de procedimiento.

Ha dicho **Spisso, R.** (1996, 79) citando a **Bidart Campos**, que el derecho a la jurisdicción no se agota con el acceso al órgano judicial, sino que debe brindar a los administrados una tutela judicial efectiva a sus derechos individuales, en orden a satisfacer un adecuado servicio de justicia. Para ello es necesario que se cumpla la ga-

rantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el respeto del derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante una sentencia que debe ser oportuna, fundada y justa.

Ha dicho **Barnes, J** (1993, 135) respecto a la existencia de la tutela judicial efectiva, que ésta obedece al explicito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento atribuye al individuo son sólo reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto.

A la postre, la tutela judicial efectiva puede ser vista como un principio general del derecho de rango constitucional, pero también puede y debe ser entendido como un derecho fundamental de directa aplicación y de articulación técnica absoluta e inmediata.

Se ha afirmado con toda precisión que en el derecho a la tutela judicial efectiva se ha encontrado algo similar a esa piedra filosofal, tan buscada por los alquimistas, la cual permitiera transformar los metales en oro puro. Sin embargo, la tarea de articular técnicamente las posibilidades de la protección cautelar, debe ser abordada no sólo como un "alquimista", actor febril de la magia jurídica, sino especialmente como un "fisicoquímico", es decir, como un observador objetivo que está dispuesto a pasar en detalle al plano de lo tangible y lo real, bien que la alquimia deba tenerse

también presente, pues ella enseña a ver con el corazón y profundidad, lo que permite el mejor desarrollo del plano material y del cambio. (**Ortiz, L.** 1999, 37).

De esta manera siempre preocupados por el diseño de un modelo o sistema –siempre inconcluso y obviamente mejorable- que reemplace y supere al que con tantas dificultades y desorientación se halla todavía en uso y el cual, sin simulacros, espolea a la impostergable necesidad de compactar una renovada encarnadura argumental e inteligente implementación (**Morello, J.**, 2001, 99), mediante las medidas cautelares, pues ésas se erigen como herramienta salvadora; debido a que si no se obtiene en el inicio la cautelar, afrontar en estos días los riesgos, peripecias y costos de un larguísimo e incierto proceso de conocimiento, es tarea homérica.

Ello explica –por supuesto no sólo en Venezuela, sino en Italia, España, Brasil, Argentina, etc.-, ese legítimo vedetismo que envuelve al reposicionamiento y nuevas propuestas de las medidas cautelares y el atrapante interés que suscita el horizonte de la tutela urgente. Manifestaciones y diversas perspectivas que se deslizan entre la típica cautela y la sentencia de condena y que dan la espalda y se fugan del arcaico, mastodóntico y desgastador proceso ordinario, de sus notorias deficiencias y corruptelas que ahogan los mejores deseos de materializar una justicia a la altura del tiempo actual. O acaso como están las cosas, ¿es cautivante litigar?. (**Morello, J.**, 2001, 482).

B. El proceso y la tutela judicial efectiva.

Debido a que la palabra proceso tiende a ser utilizada por la doctrina y la jurisprudencia como sinónimo de procedimiento, se hace menester observar sus diferencias.

La doctrina más reciente en Europa, y tesis vigente en la ciencia procesal, es la que distingue proceso de procedimiento; en efecto, la palabra proceso deriva del latín *processus* con el significado de 'avance' y 'progreso'; mientras que la voz procedimiento proviene del latín *procedo-ere* en el sentido de proceder a una acción judicial y literalmente avanzar o progresar.

Para **Rocco, U.** (1983, 271) el proceso es el desenvolvimiento de una de las tres funciones fundamentales del Estado: la función jurisdiccional o judicial, luego puede definirse como el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Por su parte, **Carnelutti, F.** (1936, 118) afirma que el proceso es el conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración, a tal fin, de las personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces). La voz proceso sirve para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho y está a su servicio. Por su parte, **Rosemberg, L.** (1955, 84) asegura que en su sentido jurídico la palabra *processus* significa

el procedimiento para la reclamación y la prosecución de los derechos ante los tribunales; el proceso civil es el procedimiento jurídicamente regulado para la protección del ordenamiento jurídico mediante declaración, realización y aseguramiento (principalmente) de los derechos y relaciones jurídicas de derecho civil.

En este orden de ideas, apunta **Fairen, V.** (1990, 314) que el proceso es un todo único e indivisible. Consiste en un mecanismo pacífico e imparcial de resolver los conflictos intersubjetivos, con los siguientes elementos: a) sujetos: partes y jueces; b) objeto: fáctico o material (sobre lo cual versa un conflicto); c) elemento jurídico: relación jurídica con el objeto fáctico; d) conflicto: diversidad contrapuestas de intereses. El procedimiento es la forma exterior y armónica del proceso, a través de actos concatenados entre sí, que llevan, desde que aparece el conflicto litigioso, hasta su resolución en la sentencia final.

Calamandrei, P. (1945, 59) por su parte, había visualizado la diferencia: el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva de un litigio, mientras que para **Couture. E** (1981, 74) y **Alcalá, N.** (1974, 283) "procedimiento" es el método o estilo propios para la actuación ante los tribunales, entre tanto que "proceso" es el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

La importancia de establecer estas diferencias, radica en precisar que el proceso es a) único e indivisible; b) que puede haber procedimiento *inaudita alteram parte,* sin que necesariamente exista proceso (*verbigratia* cuando se niega la admisión de una demanda).

Es relevante en este punto abordar el contenido de un interesante voto salvado del Magistrado Cesar Bustamante Pulido en una decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia del 31 de julio de 1997 (Electrospace, C.A. vs. Banco del Orinoco S.A.C.A.) respecto a la naturaleza del procedimiento cautelar:

> La sentencia zarpa de la premisa de considerar la cautela como un verdadero proceso al cual hay que darle el mismo tratamiento del proceso principal, con iguales grados e instancias de conocimiento y con iguales medios de impugnación. Al ocuparse de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, la doctrina las ha concebido como una acción (Giuseppe Chiovenda); como un proceso cautelar que a su vez se dividía en proceso cautelar instrumental y proceso cautelar final (Francesco Carnelutti); como una providencia cautelar (Piero Calamandrei). Más recientemente en la doctrina nacional, se ha planteado la insuficiencia de esas tesis introduciéndose la noción de *institución procesal autónoma e instrumental.* En efecto, la moderna doctrina procesal concibe la acción, la jurisdicción y el proceso desde una perspectiva abstracta, unitaria y científica que tiene su concreción en la pretensión, la sentencia y el procedimiento respectivamente. En cuanto al proceso, se trata de una noción comprehensiva, en tanto es un todo unitario que se manifiesta en los diversos procedimientos.

En este sentido, señalaba **Couture, E.** (1981, 63) que todo proceso requiere un procedimiento, pero no todo procedimiento es un proceso; también esta diferencia permite determinar que las medidas cautelares no constituyen un "proceso" sino una

institución procesal autónoma con sus propios mecanismos de impugnación, sus especiales lapsos, y su carácter *inaudita alteram parte*, entre otras. (Ortiz-Ortiz, R., 2000, 614).

Es necesario precisar la categoría jurídica del proceso para captar lo que debe entenderse por debido proceso, y en este sentido existen dos tendencias claramente diferenciadas para determinar la naturaleza jurídica a la que, el proceso, pertenece. El proceso como contrato se debe al Derecho Romano, cuando alguien presentaba su *actio* inmediatamente traía como consecuencia que el demandado tenia que acudir al proceso y debía responder al pleito, sea negando los hechos o admitiéndolos. Si manifestaba su acuerdo entonces teníamos la *litis-contestatio*, lo que hacia pensar, en razón del consentimiento manifestado, de la existencia de un contrato. Por otra parte, se desarrolló la concepción del proceso como una relación jurídica, tesis expuesta por Oskar von Bulow en su libro *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* En este sentido, afirmaba que nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal; pero, de esa manera se ha afirmado también que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. También existe la tesis de considerar al proceso como una s*ituación jurídica*; la cual es expuesta por James Goldshmidt en su libro *El proceso como situación jurídica.* Parte de la idea de que los presupuestos de la relación jurídica procesal o presupuestos procesales, entre los cuales contempla Bulow a la competencia del juez y a la capacidad

procesal de las partes, no son tales presupuestos del proceso, sino presupuestos de una decisión de fondo; la falta de uno de estos requisitos no obsta para la constitución del proceso, sino a una decisión sobre el mérito o fondo de la causa, mientras que para Goldshmidt el proceso es un conjunto de posibilidades, cargas y expectativas; el proceso es una situación jurídica, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Recientemente han sido abandonadas las tesis del proceso como "contrato" y como "relación jurídica", y actualmente es considerado una verdadera 'situación jurídica' que coloca a todos los sujetos que en él intervienen en una peculiar posición con diferentes y múltiples efectos.

Explicado lo anterior, se hace menester indagar sobre el concepto de "debido proceso". En un primer plano se tiene una interpretación semántica que alude a lo que es obligatorio o que 'debe' cumplirse; es decir, la utilización del verbo adjetivado 'debido' implica necesariamente una obligación o al menos un mandato. No puede hablarse de debido proceso sin vincularlo con la noción de un proceso que debe ser cumplido o acatado por quienes intervienen en el mismo.

El alcance de la expresión "debido proceso", supone en palabras de **Ortiz, L.** (1999, 72) todos los medios que busquen la efectividad de la protección judicial de

los derechos del hombre, por lo que resulta razonable incluir dentro de este derecho a un debido proceso, el derecho de los particulares a la protección cautelar.

Así lo ha establecido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, señala el artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas (...)". y el artículo 253 *eiusdem*

> "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y hacer ejecutar sus sentencias (...)".

Del examen vinculado de estas disposiciones, se observa que las actuaciones judiciales se cumplen cuando el Poder Judicial conoce, decide y ejecuta las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes. Igualmente debe adecuarse y resguardar los valores y derechos fundamentales de la Constitución. Tan es así, que cuando una ley atenta contra estos valores constitucionales de jerarquía superior, debe el juez aplicar directamente la Constitución sea directamente, o sea a través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para resguardo del debido proceso.

En este orden de ideas, afirma **Ortiz-Ortiz, R.** (2000, 254) que la noción de debido proceso implica dos perspectivas necesarias: la consagración en la ley, de rela-

ciones procesales preordenadas (debido proceso legal) y, por otro lado, el debido proceso como cuerpo axiológico fundamental aún por encima de consagraciones legales. De lo que se desprende que la noción constitucional del debido proceso no se agota con el proceso legal sino que trasciende a otras esferas específicas y automáticamente consagradas.

El derecho fundamental al proceso debido, implica la existencia de otros derechos y garantías, vigentes en nuestra Constitución, e igualmente recogidos en instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificado por Venezuela y aplicable de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El derecho al debido proceso, conlleva dentro de los derechos fundamentales, el derecho a la tutela judicial efectiva, pues también forma parte del debido proceso la garantía de acceso a los órganos jurisdiccionales. Así lo ha entendido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 1° de agosto de 2000, al afirmar que:

> Siendo ello así, considera esta Sala que puesto que el derecho al debido proceso comporta entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, el derecho a acudir a la jurisdicción y a obtener una decisión eficaz, no obstaculizada por actos judiciales que no respondan a la ley adjetiva, en el caso de autos, efectivamente se ha verificado la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho

> al debido proceso en el a esfera jurídica del accionante, y así se declara. (Caso: Banco industrial de Venezuela C.A. contra el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente 00-0934, bajo la ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera).

Debido proceso y tutela judicial efectiva se implican mutuamente, pues ha dicho el máximo tribunal en Sala Constitucional "que el debido proceso es aquel que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva" (Sentencia del 15/02/2000, Caso Enrique Méndez Labrador).

En importante decisión de la Sala Político-Administrativa, en sentencia del 17 de febrero de 2000, en el caso Juan Carlos Pareja Perdomo vs. Ministerio de Relaciones Interiores, ratificada en sentencia del 10 de agosto de 2000 en el caso Gloria Pinho de Ramírez, contra la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, se estableció como doctrina judicial:

> Antes de entrar a conocer los alegatos del recurrente, esta Sala no puede dejar de hacer mención expresa respecto de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de fecha 30 de diciembre de 1999, que otorga, en su artículo 49, un contenido más amplio al derecho al debido proceso que el que disponía la derogada Constitución de 1961, derivado de la interpretación del artículo 68. Ante el análisis del caso bajo estudio, la Sala considera necesario explanar ciertas precisiones doctrinarias, a fin de garantizar la adecuada garantía constitucional que al respecto está obligado a brindar este Supremo Tribunal.
>
> La doctrina comparada, al estudiar el contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado que se trata de un derecho complejo que en-

> cierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana. Forma parte de este fundamental derecho y garantía, constatar que la actividad del funcionario, en el ejercicio de su potestad sancionatoria y disciplinaria, se ajustó a los principios fundamentales y superiores que rigen esta materia, es decir, al principio de legalidad formal, mediante el cual, la facultad de sancionar se atribuye a la Administración Pública con suficiente cobertura legal; al principio de legalidad material, que implica la tipicidad referida a la necesidad de que los presupuestos de la sanción o pena estén perfectamente delimitados de manera precisa en la ley; el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa; el principio de la tutela judicial efectiva; el derecho a la presunción de inocencia, entre otros. (...). (Subrayado de la sentencia).

Se desprende que el derecho al debido proceso y los demás derechos que involucra, deben prevalecer en todo tipo de proceso, es decir, se aplica tanto a los procesos judiciales como a los administrativos, pues esta discusión perdió vigencia con la promulgación del nuevo Texto Fundamental, al disponerlo así expresamente en su artículo 49.

El ingreso de las visiones política y sociológica a la dogmática posibilita, a través de su influencia compensadora, un notable enriquecimiento de las respuestas y un nuevo equilibrio, sistémico y finalista, apropiados para los logros y metas que tie-

ne asignado el proceso judicial, con los desplazamientos y la reformulación seguida durante el último cuarto de siglo para poder alumbrar el Movimiento por el Acceso a la Justicia (desde 1975, en Florencia y desde allí al mundo entero). Así como la consolidación de una nueva y pujante edad de las garantías jurisdiccionales con lo que ello importa, positivamente, para la persona (sin discriminaciones) y la protección real de sus derechos.

La lentitud de la justicia y su fenomenal costo operativo, que exaspera a la gente y sume en angustia el litigante del común, empuja a aferrarse al proceso urgente y a las contadas garantías judiciales realmente útiles (**Morello, A.**, 2001, 57), porque llegan a resultados concretos sin demoras indebidas (arts. 8°, Pacto de San José de Costa Rica; 6° Tratado Europeo de Derechos Humanos; 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, etc.).

Por tanto, este derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos, dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El derecho a que se ejecuten los fallos judiciales, sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución. Si

esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas.

La propia eficacia temporal del proceso, según afirma acertadamente **Riba, C.** *"es una labor que incumbe a toda la jurisdicción, pues, entre otras razones, así se desprende del rango constitucional que otorga al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".* (1997, 225)

Los "derechos", se radican, sostienen y realizan en la experiencia del proceso, el cual permanece en disponibilidad para ser usado como parte necesaria del mundo jurídico. Su actividad productiva no sólo deviene posible sino imprescindible dentro del complejo edificio jurídico, y es, asimismo, creativo, al mostrarse en aptitud de proseguir lo "que continúa" al desconocimiento, la resistencia o la contradicción y también la de fijar imaginativamente (según las estrategias y accionar de los interesados) de la manera más segura –al mismo tiempo diferente de las otras-, en qué consiste "el derecho" (el subjetivo, el difuso, o el colectivo), en su acabada configuración. (Morello, A. 2001, 70).

Importará, asimismo, no olvidar, como señalaba **Allorio** citado por **Morello, J.,** (2001, 91) que "los poderes" de la acción (pretensión), o de la excepción, el uso de las garantías instrumentales del proceso, son siempre, en sentido estricto, el ejercicio

de "poderes sustanciales" y que la dialéctica de los litigios se ha establecido para acentuar la indivisible ligazón que une al derecho de fondo con el proceso: También que es finalidad del último, facilitar de la manera más razonable, disminuyendo las dificultades operativas que puedan oponerse a esa finalidad, la aplicación de aquél (del derecho material).

"*No frustrar el adecuado servicio de justicia*" era la frase utilizada por la Corte Nacional en Argentina, expresión ésta elocuente y definitoria del puntual y último objetivo de tan esencial actividad del Estado, subrayada ante múltiples supuestos, ante la incorrecta composición de la relación procesal por falta de integración de la litis (**Morello, A.**, 1994, 148)

Respecto de la doble vertiente del debido proceso Señala **Morello, A.**, citando a **Juan Francisco Linares** (1994, 203) que sustancia (la razonabilidad en concreto de las medidas y del accionar del poder de policía, de la "razón de Estado", para reglamentar, condicionar y limitar –mas nunca desconocer o vaciar- los derechos y libertades) y procesal (el debido proceso adjetivo, despliegue de la fundamental garantía de la defensa), mediante el proceso justo constitucional ese doble perfil emerge indisociable cuando se aborda el tratamiento global del tema.

Esa garantía constitucional de la defensa en juicio no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en leyes procesales (adjetivas) sino que se

extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los limites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de afianzar la justicia.

Es importante por ello, tener en cuenta que las normas procesales son atributivas de posiciones jurídicas subjetivas, activas y pasivas, las cuales encuentran en aquéllas normas –dice **Liebman**- a un mismo tiempo su garantía y sus limites. De cualquier modo, desde cualquiera de las precisiones o puntos de vista en que se sitúe el observador, verificaría esta verdad muchas veces olvidada: *el derecho sustancial vive en el proceso el momento más delicado de su vida, desde que en él busca su concreta actuación práctica frente a quien ha intentado sustraerse a su observancia.* (1951, 60).

Es relación con lo expuesto, afirma **Morello, A.**, en su obra *La eficacia del proceso* que para la explicación racional de la fenomenología del proceso, no es correcto, ni siquiera conveniente, manejar exclusivamente con el instrumental contingente de un saber parcializado y particular como el de la teoría procesal, por lo que se hace imposible prescindir de la teoría general del derecho y del ser de los objetos, al que se dirige el conocimiento de segundo grado (filosofía). Para este autor, el proceso

como modo del desenlace de la relación sustancial, no es sino un engranaje del mismo ordenamiento integral y único que gobierna la totalidad del orbe jurídico.

Los tiempos cambian y las nuevas perspectivas se disparan de continuo al afán de superación, al que el estudioso debe estar atento. Nada debe ser exagerado. No caben reglas rígidas cuando se trata de aproximarnos a los tres postulados orientadores en el fin de siglo: *eficacia, flexibilidad y acceso a la justicia.*

En el transcurrir del tiempo proceso, que debe ser el tiempo de la justicia, el abogado litigante se halla en la necesidad de desarrollar entre sus máximas destrezas, el saber administrar el tiempo del proceso, mientras se producen y coordinan los actos y actividades en un avance que ni es continuo ni es parejo, de resultados aleatorios y frenado con la preclusión. En la estrategia que se ha trazado, jugará papel decisivo el uso de los tiempos; según sean las formas de dosificarlo serán los resultados útiles para que los intereses cuya tutela se le ha confiado, gocen de la protección legal, en el momento oportuno.

Este factor tiempo en el proceso cobra especial luminosidad en la gravitante presencia y rol determinante que en estas horas ha cobrado *la efectividad oportuna de las medidas cautelares,* pues son la vedette en el escenario procesal, ya que no pocas veces, de ellas depende la suerte del litigio. Su temprana obtención, posiciona con un

envidiable poder de maniobra y se neutraliza el largo tiempo del aleatorio debate. (**Storme, M.**, citado por **Morello, A.**, 2001, 303).

Las medidas cautelares están destinadas, más que hacer justicia, a darle tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra. Ello ha hecho cambiar el panorama negativo de los procesos de conocimiento, pues los criterios originariamente dominados por una concepción estricta y a su vez contenida en la recepción de las medidas cautelares, a una sintonía amplia- debe ser generosa.

Al girar esa pauta de interpretación se "aflojan" las apreciaciones de la verosimilitud del derecho (del buen humo o color del que se pretende proteger); la atención de la carga de acreditar los presupuestos de admisión no exige una prueba acabada, contundente, de espesor extremo que se reserva para el momento de la sentencia final. Es suficiente un estudio y análisis prudentes por parte del juez, que permita percibir la consistencia bastante a los fines de dar por cierto el *fumus boni iuris* que se requiere. Sólo hay una tenue aproximación a la cuestión de fondo sin que ello imponga necesariamente el ingreso a la decisión sustancial del caso, que es ajeno al estrecho marco de tales medidas.

C. La tutela judicial efectiva y su concreción en el Derecho venezolano.

Existe en Venezuela un bloque normativo de rango constitucional similar a las concepciones modernas en el derecho comparado relativo al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que supone igualmente la existencia de un verdadero derecho a la tutela cautelar efectiva y, por ende la posibilidad para el juez de adoptar cualesquiera medidas cautelares que sean necesarias e idóneas.

Ciertamente, la nueva Constitución venezolana obliga a repensar todas las instituciones jurídicas, y el proceso adaptarse a las nuevas y mejores maneras que la justicia puede ser realizada.

En este sentido, la Carta Magna consagra al proceso no como un fin sino como un instrumento para la realización de la justicia, es decir, materializar la justicia del caso concreto. Igualmente expresa el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y la tutela judicial efectiva, que apenas estaba trazada en la Constitución de 1961.

Del mismo modo señala el Texto Fundamental, que la interpretación del ordenamiento jurídico será aquella que mejor desarrolle y mejor convenga a los derechos fundamentales de los justiciables; y fundamentalmente prevé que no debe sacrificarse la eficacia del ordenamiento constitucional y de la justicia por la omisión de formalismos no esenciales.

Ello, equivale a que en una simple consideración del derecho a la tutela judicial efectiva, el orden jurídico se detenga ante la timidez de jueces que se apoderen y decreten normalmente todas las medidas cautelares necesarias para hacer gala del mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho que, finalmente nuestra jurisprudencia ha empezado a reconocer con el sustento esencial de la tutela cautelar. (**Ortiz, L.**, 1997, 215).

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es plenamente aplicable a partir de la vigencia de la Norma Fundamental, sin que pueda entenderse como un precepto meramente programático, pendiente de desarrollo legislativo para su vigencia efectiva. Siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse. Así lo indica **Rubio, F.**, en su libro *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (1995, 266).

La norma en comentario de la Constitución, es un precepto de contenido complejo, dentro del cual el derecho a la tutela judicial efectiva supone, positivamente, el

acceso al proceso y al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los propios intereses, con el limite más trascendente, formulado negativamente, de la prohibición de indefensión a que se alude, garantía que, en sentido amplio, implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

D. La internacionalización del principio de la tutela judicial efectiva.

El derecho a la efectividad de la protección judicial, considerada como un derecho fundamental, se encuentra consagrada en casi todas las Constituciones del mundo. En Europa, este principio ha sido interpretado en un sentido amplio, considerando que el mismo comprende más que mero derecho de acceso a los recursos y a los tribunales, se trata de un derecho a que tanto dicho acceso como el desarrollo y la protección otorgadas, se hagan de manera efectiva o eficaz.

Este derecho se encuentra expresamente contenido con redacciones similares en las Constituciones de los países europeos, entre los cuales, se puede mencionar, entre otros, las Constituciones de Alemania (artículo 19.4), Italia (artículos 24, 113), Bélgica (artículo 21), Grecia (artículo 20) y Portugal (artículo 20).

En lo que respecta a Latinoamericana, el derecho a la tutela judicial efectiva aparece en todos los Textos Fundamentales, a saber: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículos 15, 116), Brasil (artículo XXXV LXIII XXXVII-VIII), Colombia (artículo 29, 31, 87, 228, 229, 238), Costa Rica (artículo 41, 153), Cuba (artículo 59), Chile (artículo 19, ordinal 3), Ecuador (artículo 19, ordinal 17, 93), El Salvador (artículo 11, 12, 13, 17), Guatemala (artículo 12, 29), Honduras (artículo 82, 94), México (artículo 4, 17), Nicaragua (artículo 160, 165), Panamá (artículo 32, 198), Paraguay (artículo 16, 17, 47 ordinal 1, 136, 247), Perú (artículo 139), República Dominicana (artículo 8 ordinal 2), Uruguay (artículo 12, 23).

Asimismo, este derecho suele aparecer en algunas Declaraciones internacionales de derechos humanos tanto europeas como americanas, bien que generalmente se establece como el derecho a un "recurso efectivo", *ad exemplus:* artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; artículos 2 (numeral 3, literales a, b, c), 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

La doctrina y la jurisprudencia han explotado de manera ejemplar, el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso de Alemania, el desarrollo científico se ha profundizado en múltiples instituciones del Derecho público.

Continuando con España, donde la constitucionalización del Derecho Público –después de la Constitución de 1978 –ha sido paradigmática, hay que señalar que en ese país, a partir del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se está viviendo una revolución científica, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia administrativa y constitucional, situación que ha traspasado las fronteras y que inclusive ha influido considerablemente en numerosos autores latinoamericanos.

Debe destacarse, en relación con la tutela judicial efectiva, los pronunciamientos de los tribunales. Así, entre otras muchas decisiones, existe una decisión piloto del Tribunal Constitucional Español, de fecha 17 de julio de 1982, en la cual se dejó establecido lo siguiente:

> (...) la efectividad de la tutela judicial respecto a los derechos e intereses legítimos de todas las personas que impetren aquélla, reclama no tan sólo un ejercicio viable, en cuanto exento de toda suerte de traba u obstáculo, de tales derechos e intereses ante jueces y tribunales, que permita una real accesibilidad al examen y decisión de las pretensiones formuladas en la instancia judicial, sino también, si se quiere dar al precepto todo su sentido y cabal significación, que una eventual decisión –sentencia- estimatorias de las pretensiones ejercitadas sea susceptible de tener incidencia real en la esfera jurídica o situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de modo que logre una reparación verdadera de aquéllas (...). (Citada por Ortiz, L, 1999, 44).

En Italia, el derecho a la tutela judicial efectiva está consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, obra de la jurisprudencia, especialmente de la Corte Consti-

tuzionale. En este sentido, la mencionada disposición habla expresamente de acción "para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos", declarando que "la defensa es un derecho inviolable en cualquier grado y estado del procedimiento", lo cual puede adminicularse con el artículo 113 del mismo texto que precisa que "contra los actos de la Administración Pública siempre se admitirá la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos", cuestión que la jurisprudencia reciente ha tomado en cuenta para apoyar avances en la materia.

En Francia, es perfectamente defendible la existencia de un derecho –de rango constitucional- a la tutela judicial efectiva, a pesar de la ausencia de una norma expresa y clara en este sentido en la Constitución francesa.

Puede sostenerse que el principio de efectividad jurisdiccional se ha fundado sobre un texto del bloque de constitucionalidad francés, pues no debe olvidarse que el Preámbulo de la Constitución vigente de 1958 hace expreso reenvío a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, la cual pasa a formar parte del espectro constitucional actual.

Puede extraerse de esta Declaración, un principio de protección judicial en su artículo 16, del que se desprende que una garantía que no es efectiva, no es una garantía verdadera. Esta posición ha sido aceptada por los tribunales, los cuales han

designado como fundamento normativo constitucional del derecho de acceso a la justicia al artículo 16 de la Declaración de 1789.

Tal como y está concebido el derecho a la tutela judicial efectiva en Francia, se puede decir que es tratado como un principio general del Derecho, pues los principios son tales, estén o no expresamente consagrados en textos positivos, cuya utilidad y reconocimiento viene dada por la jurisprudencia.

Lo antes dicho permite relacionar, según afirma **Ortiz, L.**, el derecho a la tutela judicial efectiva con el artículo 16 de la Declaración de 1789, al considerar que en Francia, éste constituye un principio general del Derecho de rango constitucional.

Es importante destacar, respecto de esta internacionalización del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, que éste es uno de los principios fundamentales que ha defendido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en contra de las decisiones de las autoridades nacionales que lesionen o sean susceptibles de afectar los derechos conferidos por las reglas y normas comunitarias. Según el Tribunal "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante una jurisdicción competente", derecho que es la expresión "de un principio general del derecho que proviene de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros".

Se infiere entonces que el Tribunal pasa a erigir en principio general del derecho comunitario un "derecho al juez" o a la jurisdicción, y que es inherente a todo Estado de Derecho, que supone o exige una protección judicial "efectiva". La consecuencia de este principio de eficacia jurisdiccional del derecho comunitario supone igualmente, y con particular intensidad, el derecho de los ciudadanos de una protección cautelar.

En pocas palabras, pero con singular resonancia institucional, la defensa en juicio impone la posibilidad franca, efectiva, de ocurrir ante un órgano jurisdiccional a través de un proceso cabal y justo; proceso razonable y definirse en tiempo oportuno; y con la finalidad de obtener la adecuada (seria, completa) y razonada respuesta.

E. La protección cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

A veces la clarificación por el Tribunal de Justicia llega demasiado tarde para que el derecho invocado pueda ser ejercitado efectiva y útilmente, por lo que la efectividad de la tutela jurisdiccional se ve afectada. A esta situación de no efectividad, se opone el principio de Derecho según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón". Lo que significa,

evitar que el tiempo necesario para llegar a la sentencia judicial no concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado.

La protección cautelar va dirigida, pues, a evitar, en lo posible, que los daños provocados por la no coetaneidad entre los dos momentos de la declaración judicial del derecho respecto a la existencia de éste perjudique la efectividad o la función misma de la sentencia, conseguir la plena eficacia de la futura sentencia definitiva.

Las medidas cautelares se revelan como un instrumento fundamental e inexcusable de cualquier sistema jurisdiccional, de modo que deberán ejercitarse todas las veces en que la realización de la función declarativa del derecho pueda ir en perjuicio del titular de éste, atendida la duración del proceso, lo que se aplica tanto cuando el litigio versa sobre hechos, como cuando trata sobre la determinación de la norma aplicable.

Al admitirse la posibilidad de que, como una prolongación directa del mandato constitucional a una tutela judicial efectiva, se constitucionaliza de igual manera el derecho a la tutela cautelar efectiva.

Esta constitucionalización se destaca en numerosas sentencias del Máximo Tribunal. En efecto, existe decisión de la Sala Político-Administrativa, de fecha 10 de octubre de 1996 (caso A.E. Delmont Mauri), en la que expresamente se ha admitido

el valor del principio postulado por Chiovenda, Calamandrei y la doctrina moderna en materia de medidas cautelares, que es del tenor siguiente:

> (...) Debe la Sala pronunciarse, en primer término, sobre el pedimento de medida cautelar contra los actos del Consejo Supremo Electoral por los cuales se concedió el distintivo "RR" a la organización política Rescate Regional. Pues bien, considera la Corte que a pesar de que el requisito del *periculum in mora*, por haberse realizado ya las elecciones en el Estado Miranda, no está presente de manera patente, sin embargo, el hecho de que parezca tan evidente la existencia del *fumus boni iuris*, o presunción del buen derecho reclamado, hace imperioso emitir la medida cautelar solicitada mientras se decide definitivamente el recurso de anulación.
>
> En efecto, ya esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta misma situación planteada entre el actor y el Consejo Supremo Electoral en el contexto de una acción de amparo constitucional, en su decisión del 1° de diciembre de 1995, donde se expresó que, ciertamente, conferir al partido Rescate Regional como distintivo las letras "RR" constituye una posible violación de los derechos adquiridos de La Causa R de usar, con exclusividad, la letra "R" como símbolo en las elecciones. Todos los argumentos expuestos en aquélla oportunidad mantienen su valor, por lo que la Sala estima que lo prudente, *a los fines de evitar que el proceso atente contra quien aparentemente tiene la razón,* es acordar la medida cautelar solicitada y suspender entonces los efectos de los actos administrativos que confirieron al partido político Rescate Regional el uso del símbolo "RR", ello en garantía de los artículos 100 y 99 de la Constitución, en concordancia con el artículo 109 de la ley Orgánica del Sufragio. Así se declara.

Igualmente, vale la pena mencionar la decisión de la Sala Político Administrativa, de fecha 13 de marzo de 1997 (caso Jonson & Jonson) en la cual se afirma que las medidas cautelares son parte esencial del derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva contemplados en la Constitución; encuentra cabida y razón de ser en la misma función de juzgar y ejecutar lo juzgado que se atribuye al juez venezolano, y pueden ser utilizadas, por tanto, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales

del *periculum in mora* o del *fumus boni iuris*, de la forma más amplia para garantizar –sin crear, no obstante, situaciones irreversibles- la total eficacia de la sentencia principal o que decida sobre el fondo de la controversia.

Del mismo modo, existen decisiones emblemáticas de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, donde este Tribunal, al fundamentar una desaplicación por inconstitucional de un artículo en materia de medidas cautelares, ratifica y resalta la constitucionalización de las medidas cautelares y del poder cautelar general del juez, resaltando además los grandes poderes judiciales en este sentido respecto a la posibilidad de dictar cualesquiera medida cautelar que resulte necesaria.

En interesante sentencia del 5 de mayo de 1997 (caso PepsiCola, Embotelladoras-CocaCola, dos especies), la Corte Primera afirmó:

> Pues bien, en este particularísimo caso, este órgano jurisdiccional considera pertinente formular algunas consideraciones generales en torno al sutil tema de las medidas cautelares, en particular, de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.
>
> La jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, en sentencia del 15 de noviembre de 1995, declaró rotundamente que todo juez, por el hecho de tener potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le permite tomar cualquier medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado (Sent. CSJ-SPA, 15/11/95, Lucía Hernández); lo cual no viene sino a poner de manifiesto la intima relación existente entre el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 68 de la Constitución, y el derecho a obtener las medidas cautelares necesarias para una eficaz tutela jurisdiccional.

No a otra conclusión podría arribarse de una lucida deliberación. La doctrina procesalista tanto nacional como extranjera no duda en imbricar en todo momento al poder jurisdiccional para resolver definitivamente una litis, con el poder cautelar general. Entre nosotros, por ejemplo, ha señalado por ejemplo Henríquez La Roche, siguiendo a Carnelutti: "El proceso cautelar existe cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautelar para) el buen fin de otro proceso (definitivo). Cautelar puede ser, no sólo un proceso, sino un acto, una providencia, contenida en el proceso definitivo. La función mediata del proceso cautelar implica, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo: el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo" (Henríquez la Roche, Ricardo, Medidas Cautelares, Maracaibo, 1994, pp. 26-27).

Ciertamente, la existencia de un proceso, no implica *a priori* la necesidad de que sean dictadas medidas preventivas; pero no cabe duda de que si presupone una potestad cautelar general por parte del juez para asegurar la efectividad de aquél. En efecto, de nada serviría disponer de facultades para componer la litis al final del proceso, si durante el proceso no se tuviesen adicionalmente las facultades necesarias para hacer posible esta definitiva composición procesal. Entonces, si el juez contencioso administrativo puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, debe incluirse dentro de ello el poder cautelar general; establecido además de manera explicita por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

Se observa que la doctrina plasmada en los casos antes mencionados, es contestе con las más recientes y mejores tendencias del Derecho comparado sobre la visión constitucional de la protección cautelar. En efecto, este derecho a la tutela judicial efectiva supone que los particulares tienen un derecho de igual rango y fuerza constitucional a la protección cautelar efectiva; que ciertamente el sentido común y la sensibilidad constitucional dejan ver que para que exista una buena administración de justicia, que garantice tanto los intereses de los particulares como los de la Administración, es esencial que los litigios sean juzgados rápidamente, o que, al menos, el

juez disponga de las más amplias y rápidas posibilidades de dictar medidas cautelares, posibilidad ésta que es una de las más contundentes manifestaciones del derecho la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, pues tomando en consideración que la protección cautelar es una prolongación directa del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, las medidas entonces no son meramente discrecionales de los jueces, sino que éstos tienen un poder-deber, esto es, que una vez cumplidos los requisitos mínimos para el otorgamiento, los jueces deben dictar dichas medidas provisionales, todo lo cual supone también que las referidas medidas cautelares no poseen una naturaleza excepcional y no pueden ser estudiadas bajo concepciones restrictivas, sino mas bien criterios *pro cives* y *pro liberate* que estén a la altura del derecho fundamental a la protección cautelar.

La necesidad de tutela cautelar supone una especial y resuelta utilización en el campo contencioso tributario para la Administración tributaria, en razón de que una vez interpuesto el recurso jerárquico en sede administrativa opera *ipso iure* la suspensión del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, así como en sede contenciosa tributaria mediante la solicitud de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, por lo que resulta esencial entonces, que el juez pueda decidir antes de que el transcurso del tiempo prive a la decisión de utili-

dad y afecte definitivamente la situación del Fisco, quien carece de autotutela ejecutiva e sede administrativa o que puede ser suspendida en sede judicial.

De acuerdo con lo expuesto, si bien el referido derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva consagrado constitucionalmente, no aparece totalmente incompatible con la existencia del principio del carácter ejecutivo y ejecutorio de las decisiones administrativas, resulta sin embargo, que este derecho fundamental impone la presencia de un régimen efectivo de medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la protección jurisdiccional.

En sentencia del Tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, de fecha 23 de agosto de 1995 (caso: Almacenes la Colmena, S.R.L.), se estableció a *grosso modo:*

> (...) este Tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital no duda en hacer suyos y postular los principios relativos a la protección cautelar según los cuales, por una parte, "la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo" (principio sostenido por el Tribunal Supremo español, en sentencia de 17 de enero de 1991, y que ha sido retomado en la doctrina por García de Enterría) y de que, por otra parte, "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (principio éste inicialmente postulado por Chiovenda y Calamandrei, bajo la formula original de que *il tempo necesario ad aver ragione non debe tornare a danno di chi ha ragione,* y que recientemente ha sido retomado tanto a nivel doctrinal –García de Enterría, Chinchilla Marín-, como a nivel judicial, no solo por tribunales de países específicos, tales como la *Corte Constituzionale* italiana y el Tribunal Supremo español, sino incluso por tribunales comunitarios –como es el caso del Tri-

bunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, en su trascendental sentencia de fecha 19 de junio de 1990, caso *Factortame*, donde ese Tribunal utilizó el principio propuesto por el abogado general Tesauro-);

(...) asimismo, considerando que las medidas cautelares deben ir destinadas a salvaguardar *in natura* los mismos bienes litigiosos y no pudiendo detenerse el otorgamiento de dichas medidas cautelares por la posibilidad de una posterior indemnización resarcitoria; tal como lo ha señalado con lucidez la reciente doctrina judicial europea el contenido normal del derecho fundamental a la tutela cautelar "demanda que la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio, posibilitando, al final de éste, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso" (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 14 de octubre de 1991; cuyo contenido encuentra respaldo en doctrina autorizada, *gratia exempli,* García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares,* obra cit, p. 251; C. Chinchilla Marín, *"La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa"*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 45 175 –donde la autora habla de que la tutela cautelar debe tender hacía la "recomposición integra" del estado de las cosas antes del ataque sufrido-, vid. tam. G. Saporito, *La sospensione dellésecuzione del provvedimento impugnato nella guirisprudenza ammnistrativa,* Napoli, 1981, pp. 32); considerando que, además, la cuestión del *periculum in mora* no debe vislumbrarse solamente desde un punto de vista económico o patrimonial, sino también, y con mayor importancia aun, desde un punto de vista abstracto, en el sentido de que lo que se debe evitar –parafraseando a la jurisprudencia y doctrina española- es que se cercene la posibilidad de que los recurrentes o accionantes obtengan, para el hipotético caso de que la razón jurídica les ampare, una plena y efectiva tutela judicial, es decir, que dicho elemento debe tener una orientación dirigida al peligro o riesgo de la frustración del proceso o de fallo final, o, simplemente, de la frustración de la justicia real y efectiva".

1. Tutela cautelar y Estado de Derecho.

De acuerdo con la doctrina se tiene establecido que el Estado de Derecho surge con el sometimiento del poder público a un ordenamiento jurídico aparecido luego

de varios procesos revolucionarios, entre los cuales deben darse especial relevancia a la Revolución Francesa, toda vez que con ella vieron la luz muchos de los principios e instituciones sobre los cuales se han construido los Estados modernos.

Es así, como con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, se sentaron las bases del Estado de Derecho, al establecer en el artículo 16: "*toute societé dans laquellé la garantie des droit n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*". Significa, entonces, que en un Estado de Derecho debe haber una Constitución ubicada en la cúspide de la jerarquía normativa, que organice los poderes en ramas y contenga un catálogo de derechos reconocidos a favor de la persona, al lado de los cuales han de señalarse las garantías o medios para su protección.

No obstante, no tardó en hacerse palpable la existencia de un Estado de Derecho, convertido en una fría elaboración de esquemas, de organización del poder en ramas, creación de controles, de garantías ciudadanas formales, sin que existiera la obligación real de ofrecer protección a los derechos enunciados en la Constitución.

Ante esa realidad se hizo necesario introducir al constitucionalismo de los países –incluyendo Venezuela- el concepto de Estado Social de Derecho, novedoso, pero común en las instituciones del derecho público de los Estados, especialmente de

algunos europeos. El cambio significa la transformación de un Estado formal de derecho en un Estado material de derecho.

El Estado solamente es legitimo ante la conciencia de los hombres por los fines que se propone y realiza, como también por los valores que encarna y defiende. Los conceptos de dignidad y libertad del hombre, en el Estado Social de Derecho, son reconocidos y respetados, pero sacándolos de la esfera abstracta y formalista, para situarlos en un contexto existencial.

El Estado Social de Derecho pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos. Es el compromiso social que implica la ampliación de la igualdad y la libertad como tarea del Estado. Con él se adopta el principio de dignidad, valor supremo de la persona humana materializado en supuestos socio-económicos. La dignidad es una condición para el ejercicio de la libertad, a partir de la igualdad esencial de los hombres.

El siglo que apenas terminó ha asistido al tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado Social de Derecho, producto de profundas transformaciones políticas, económicas y sociales. A partir de ello, el derecho ha adquirido una nueva dimensión, y las normas elaboradas en otro tiempo en vista de reglar los conflictos individuales han resultado insuficientes para asegurar plena eficacia.

En este sentido opina **Berizonce, R.** (1987, 9), que los derechos plasmados en la Constitución no son sólo garantías jurídico-formales, sino derechos plenos y operativos que exigen efectiva realización material, por lo que su violación o su falta de virtualidad impone directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción.

La socialización jurídica del Estado contemporáneo ha determinado la urgencia de crear instrumentos necesarios para lograr su actuación efectiva por todos los justiciables, así lo afirma **Berizonce** en su obra *Efectivo acceso a la justicia.* (1987, 9).

Ha manifestado, en este orden de ideas **Araujo J.**, (1997, 95) que es difícil hoy en día concebir un Estado de Derecho que renuncie a garantizar los derechos fundamentales o, al menos a proclamarlos. Sería discutible a lo sumo, su aplicabilidad, su funcionamiento y su jerarquía, pero no el principio de la necesidad de su protección y de su garantía jurídico-positiva.

La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999 consagra de manera expresa y clara la existencia de un nuevo concepto de Estado. El artículo 2° establece: *"Venezuela se constituye en un Estado de Derecho democrático y social y de justicia ... "*, postulado que impregna todo el ordenamiento jurídico, que propug-

na como valores superiores: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, en general, la preeminencia de los derechos humanos y la ética.

Estos fundamentos del Estado Social de Derecho son criterios inspiradores para la producción de las demás normas que integran el ordenamiento, como también de la interpretación del sistema normativo. Ellos son norma jurídica obligatoria para gobernantes y gobernados, con peculiaridad que se desarrollan tanto en otros preceptos de la propia Constitución, como en el resto del ordenamiento jurídico.

La rama judicial igualmente se encuentra iluminada por el concepto de Estado Social de Derecho, que dispone, más que limites al comportamiento del juez, directivos para la tarea cotidiana de quien antes sólo debía limitarse a "decir el derecho".

Es por ello que el Estado Social de Derecho necesita de la existencia y eficacia de estos instrumentos, pues solamente a través de ellos el catálogo de derechos descenderá del pedestal en el que el constitucionalismo clásico lo había mantenido, para ubicarse en el terreno real de las necesidades de quien constituye la razón de ser de la organización estatal, es decir: el hombre.

A través de tales medios de defensa se logrará invertir el principio acorde con el cual el individuo se encontraba al servicio del Estado, para establecer un orden donde sea éste el que actúe en función de la persona humana.

Afirma **Tobo, J.**(1996, 220), que con los medios jurídicos creados por la Constitución se pretende convertir en realidad todo el amplio catálogo de derechos consagrados a favor de la persona humana. Se quiere, a través de ellos, poner la Carta Fundamental en contacto con sus destinatarios, acercar la Norma de Normas a las situaciones y circunstancias que a diario afectan la vida de la gente, para que la Carta y su contenido no sigan siendo considerados como modelos etéreos sino elementos tangibles. Es tanto como pretender que la Constitución descienda del sitial en que quiso Kelsen que permaneciera, para colocarla a nivel de las necesidades y vivencias diarias de los gobernados.

La necesidad de crear mecanismos para la defensa de los derechos del gobernado tiene una doble importancia, la cual es puesta de manifiesto por **Karl Loewnstein**, citado por **Tobo, J**. (1996, 228), al afirmar:

> En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legitima participación en el proceso del poder"

El animo del Constituyente, con la creación de instrumentos para mantener el Estado de Derecho, no fue otro que el de suministrarle a los integrantes de la comunidad. mecanismos jurídicos para oponerse ante el ejercicio arbitrario del poder. Entre las instituciones creadas para la defensa de los derechos, está el debido proceso y el derecho a la defensa enmarcados dentro de la tutela judicial efectiva como garantía de acceso a la justicia, la cual se encuentra subsumida dentro del derecho procesal constitucional.

Si la efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados jurisdiccionales es la meta que signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional, afirma **Morello, A.** (2000, 47), ese propósito es notorio y cobra novedosa presencia como exigencia perentoria del Estado de Derecho, en el clásico brocárdico *"ubi remedium, ibi ius"*. Es la regla áurea, en la que se apoyan las demás: el derecho a contar con –disponer de- acciones y vías útiles, porque siempre la atribución o el reconocimiento de las libertades fundamentales se traduce en el nivel constitucional, en un reconocimiento garantido, lo que *a fortiori* demanda, valga la redundancia, la asistencia de un eficaz sistema de garantías, no tanto de carácter formal, sino representativo de una protección real. De allí la exigencia de efectividad, según lo evidencia la experiencia, pues es que la sola *efectividad*, en último análisis, permite medir y verificar el grado variable de la protección concreta que reviste la garantía tanto desde

el punto de vista formal (o extrínseco) cuanto de contenido (intrínseco) que es capaz de asegurar la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger.

Por consiguiente, sin discutirse ya que el Estado de Derecho es conquista definitiva –a través del armónico refinamiento de las garantías de uso directo y principal, que cubren, preventiva y, a su vez, permanentemente la efectividad de la tutela de los derechos-, el desafío se polariza en el tránsito al *Estado de justicia.*

La efectiva tutela enmarcada en el Estado de Derecho implica necesariamente que la ejecución de las sentencias sea una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de derecho. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y decisiones judiciales firmes. (**Rubio, F.**, 1995, 3).

La Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDH), que agrupa a más de 31 países, firmada inicialmente en Roma en 1950, prevé expresamente en sus artículos 6 y 13 el derecho a la protección judicial efectiva, constituyendo más una presión hacia la efectividad del sistema de mediadas cautelares en los ordenamientos internos.

En esta Convención se hace referencia a un debido proceso, pero que sin ser más importante, señala el "derecho al recurso efectivo", lo cual conduce a reconside-

rar todas las doctrinas contrarias a esta exigencia de efectividad, como a fabricar todas las técnicas compatibles y requeridas por éste fin procesal. Resulta incuestionable, en este sentido, que las medidas cautelares están comprendidas dentro de este derecho.

En Latinoamérica también se encuentran disposiciones categóricas que establecen el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, el derecho a la tutela o protección cautelar.

En primer termino, está la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General de la ONU en fecha 10 de diciembre de 1948), cuyo artículo 8 establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y por la ley". Como se observa, esta norma alcanza a todas las jurisdicciones, y supone el derecho a los ciudadanos de la protección cautelar.

En este mismo sentido, está redactado el artículo 2 (numeral 3, literales a, b y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948) y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cono-

cida como el Pacto de San José, adoptada en Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969), la cual establece en su artículo 25, el derecho a la protección judicial.

En fin, puede sostenerse la existencia en Latinoamérica de un derecho a la efectividad de las acciones o recursos que se intentan por ante los jueces nacionales y por ante el mismo Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (cuya nueva denominación será la de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). En este sentido, precisamente, y con relación a las acciones de nulidad y de incumplimiento, el nuevo Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual se suscribe en Bolivia en fecha 28 de mayo de 1996, incorpora entre sus innovaciones la del poder cautelar, en manos del juez comunitario. Tal como lo ratifican constantemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales están investidas de amplios poderes de protección cautelar.

En tal virtud, la protección cautelar es de la esencia del derecho a la efectividad de la protección judicial, de donde resulta a su vez un derecho a las medidas cautelares el cual puede elevarse al mismo rango internacional del derecho principal de efectividad, según opina **Ortiz, L.** (1999, 78), lo que significa elevarse en los ordenamientos jurídicos internos al rango constitucional e incluso supranacional, lo que sostiene sobre la base de la naturaleza del derecho internacional y comunitario, el cual, para funcionar, debe estar por encima de las disposiciones internas de los países

miembros, pues la fuerza de tales sistemas internacionales surge en gran medida de la supremacía y aplicabilidad directa, que le son inherentes.

No están ausentes desde luego, momentos de dudas o aun de algún pequeño paso atrás, de un cierre de admisión o de ceder indebidamente el lugar al exceso ritual o una hermenéutica que sacrifica los alcances equiparables a definitiva de la resolución atacada, o –lo que es más peligrosamente obstativo a la prestación del servicio- negar legitimación de obrar a quienes ostentan títulos bastantes para tener pleno acceso a la jurisdicción, o quedar aprisionados todavía en una inteligencia demasiado estricta (**Morello, A.**, 1994, 172).

La cuestión de qué hacer con la justicia y como mejorarla, vuelve a mostrar que se tiene un instrumental técnico capaz de dar al respecto algunas cosas buenas y útiles, otras en cambio no, por lo que habrá que corregir o reemplazar a partir de la asunción de un quid crucial: el problema no está sólo en las normas, señalaba **Morello, A.**, sino en "nosotros"; en quienes cabe utilizarlas debidamente sin hacer culto de las formas, ni rendirse a las hermenéuticas conceptualistas, posturas manifiestamente rituales. Corresponde evitar que la relación y uso con las instituciones procesales y las proposiciones jurídicas no se vuelvan neuróticas ni estériles sus consecuencias concretas (**Morello, A.**, parafraseando a **Umberto Eco**, 1993, 1).

Hoy no cabe más que reconocer la labor creativa de los jueces, controlable pero que, en su elevado magisterio realizan casi imperceptiblemente, de manera no sólo integrativa sino de apertura vanguardista, resultado que se justifica si deviene de una hermenéutica prudente, sistemática y razonable. En lugar de "privar", deben "prestar" efectivamente la justicia reclamada.

Por consiguiente, el Estado Social de Derecho, en palabras **de Ortiz-Ortiz, R.** (2000, 216): tiene entre sus más importantes funciones, la *jurisdiccional*. Agrega el autor que esta función se cumple *conociendo (labor de cognición)* de los conflictos entre los particulares y estableciendo la norma concreta a cumplir entre ellos a través de la sentencia (labor de ejecución). Pero, al lado de esta cognición-ejecución, se encuentra también la labor de prevención, mediante la cual se dictan medidas de tutela de derechos propiamente dichas, y medidas cautelares.

2. La Tutela cautelar y la justicia preventiva

De acuerdo a **Ortiz-Ortiz, R.**, la función preventiva puede visualizarse en dos ordenes, caracterizados por su finalidad, tramitación y cualidades previas del órgano, a saber: el ejercicio de un poder genérico de prevención a través del cual el órgano protege a un interés *supra-procesal* y superior al interés de las partes, puede

incluso actuar de oficio si la urgencia lo requiere y las circunstancias históricas concretas así lo aconsejan. (1997, 269).

Previniendo el referido autor, de que esta labor si bien es preventiva, no podría decirse que sea cautelar, pues no está preordenada a un proceso pendiente, sino que persigue la protección de fines superiores.

Ciertamente los órganos jurisdiccionales tienen facultades típicamente procesales, sumado al poder genérico de prevención, las cuales están ordenadas a tutelar o garantizar el desenvolvimiento y la finalidad de un litigio que se pretende dirimir en el proceso, por lo que son propiamente cautelares.

Ello resultaría injustificable, cuando la efectividad de la sentencia surge como una garantía constitucional procesal del justiciable frente al Estado. En este sentido, subraya **Ortiz, L.** (1999, 40) que:

> (...) el derecho a la tutela judicial efectiva tiene incidencia directa y determinante en tres momentos o etapas, a saber, a *grosso modo*: en el acceso a la jurisdicción; en el debido proceso; y en la eficacia y ejecución de las sentencias. Como se observa, las medidas cautelares entran dentro de esta radio, básicamente dentro del debido proceso, aun cuando ellas tienen que ver con la eficacia de la sentencia. Como veremos, y así se ha hecho en la mayoría de los países, una de las claves necesarias para revitalizar el sistema de medidas cautelares, está en "conectar" tal sistema con el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, derecho cuya existencia en el ámbito del Derecho Público moderno es actualmente admitido sin discusiones. De hecho, en el ámbito contencioso

> administrativo, este derecho a la tutela judicial efectiva ha pasado a ser considerado "el derecho estrella del firmamento jurídico constitucional.

Es por ello, que los ordenamientos jurídicos han establecido diversas formas judiciales y extrajudiciales de proteger la seguridad jurídica. Por tanto, cuando se habla de la eficacia del Derecho, a la que se hacía alusión anteriormente, y específicamente de la tutela judicial efectiva, básicamente en el ámbito de la tutela cautelar como una de sus manifestaciones, hay que inevitablemente referirse a su carácter de prevención, ya que no sería satisfecha esa necesidad de seguridad, si no es posible evitar violaciones de los derechos subjetivos.

En lo tocante al ámbito judicial, esos mecanismos preventivos actúan, aún cuando ya exista una controversia o se haya producido una trasgresión jurídica, todo ello en virtud de la existencia de un *poder cautelar general* que implica la concreta posibilidad de dictar medidas cautelares adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso, y que al decir de **Ortiz-Ortiz, R.** (1999, 7) es:

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

Ciertamente, se infiere de dicho texto uno de los elementos característicos de las medidas cautelares, como lo es, la vocación preventiva que tienen éstas en el pro-

ceso. Así lo destaca **Chinchilla, C.** (1991, 31) al citar a **Calamendrei,** quien sostiene que es "la anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a *prevenir* el daño que podría derivarse del retraso de la misma".

Igual opinión destaca **Ortiz-Ortiz, R.** (1997, 78) al afirmar que todas las medidas cautelares tienen un fin preventivo y nunca ejecutivo, y las define como "disposiciones jurisdiccionales en aras de proteger o precaver que el fallo de un juicio principal quede infructuoso o ilusorio en su ejecución".

Al respecto **Campo, J.** (1989, 4), ha señalado que:

> Las medidas cautelares surgen como aquellas garantías que tienen los particulares o ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos; por ello el particular, para que no se vea burlado después de un proceso largo y difícil, en el que finalmente le son estimadas y apreciadas positivamente sus pretensiones, la ley le facilita unas medidas que debe poner en marcha a fin de asegurar los efectos de la sentencia.

Por su parte, **Hernández, V.** (1998, 21) ha dicho que "las medidas cautelares son aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo que pretenden las partes a través del proceso".

Agrega que son los instrumentos que sirven para evitar ese peligro de que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia.

En razón de lo expuesto, todas las medidas cautelares son preventivas, pero no todas las medidas preventivas, son cautelares, pues pueden tener otra finalidad distinta a la de proteger la ejecución de un fallo jurisdiccional.

II. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA CAUTELAR TRIBUTARIO VENEZOLANO

A. Medidas cautelares

En el derecho tributario, hay temas que guardan una importancia especial. Precisamente, el tema de la protección cautelar es una de esas instituciones, en palabras de **Ortiz, L**, cuya luz y destellos captan, de manera especial, la atención de cualquier observador jurídico (1999, 9).

El tratamiento de las medidas cautelares es uno de los problemas más importantes en el contencioso tributario, entre los muchos problemas existentes. Es evidente que para que exista una buena administración de justicia, que garantice tanto los intereses de los particulares como los de la Administración, en cualquiera de los casos es esencial que el juez contencioso tributario disponga de las más amplias y rápidas posibilidades de dictar medidas cautelares. En efecto, frente al desafío del tiempo y de la arbitrariedad, la Administración tributaria tiene la importante posibilidad mediante procedimientos cautelares especiales salvaguardar la situación litigiosa, frente al transcurso del tiempo, que puede privar la decisión de utilidad y afecte definitivamente la situación del Fisco. Enfatiza **Canova, A.**, al indicar que "el retardo en decidir menoscaba el derecho fundamental a la defensa y a la tutela judicial efectiva, porque poco son respetados estos pilares de la función jurisdiccional si cuando un ciuda-

dano acude a los tribunales en búsqueda de justicia el fallo definitivo que la haga, que le de la razón, no sea ejecutable, ni siquiera forzosamente, o que, aun siendo posible la ejecución, el largo período de tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda hasta la sentencia deja una clara sensación –normalmente calculable en dinero- de que en ese camino algo –sino todo- se ha perdido (1998, 129).

Precisamente la jurisprudencia venezolana ha "constitucionalizado" las medidas cautelares, lo cual empieza de manera expresa- en una gran sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 15 de noviembre de 1995 (caso Lucía Hernández y A. Echagaray), en la cual el Máximo Tribunal por primera vez conectó expresamente a las medidas cautelares con los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, al afirmar que:

> "Una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir el tiempo en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos menoscabada". (**Brewer C.** y **Ortiz, L.** 1996, 829).

Tal constitucionalización de las medidas cautelares, no es sino el reflejo de un principio general del Derecho –de rango constitucional, por lo menos-, según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón". En efecto, los ordenamientos jurídicos, se han ido ajustando a las exigencias y postulados constitucionales de protección judicial, por lo que han articulado

un cuadro constantemente renovado por la jurisprudencia –de medidas cautelares, el cual en conjunto, y si fuera bien utilizado, estaría a la altura del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, o, si se prefiere, del *derecho a la protección cautelar efectiva.*

La resuelta y adecuada utilización de las medidas cautelares vienen, sin duda, en aumento, debido a la aceptación y articulación de un verdadero derecho a la tutela cautelar, manifestación directa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como bien lo anota **García de Enterría, E.**, al referirse a los avances jurisprudenciales recientes, finalmente se ha "incluido así el derecho a una tutela cautelar inmediata entre los contenidos inesquivables de una tutela judicial efectiva en la esfera contencioso-administrativa. Se ha proclamado, por tanto, que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar contencioso-administrativa" (1995, 15).

Pues bien, esto obliga a cambios y renovaciones, debido a las constantes interpretaciones, dentro de las cuales está la protección cautelar en el contencioso tributario, la cual aun debe someterse a otras muchas mejoras. La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, indiscutible derecho inherente a todo Estado de Derecho –y que en todo caso suele encontrar consagración expresa en la mayoría de los Textos Fundamentales-, ciertamente supone, entre todo un bloque de fuertes consecuencias sobre el contencioso general y tributario *in concreto,* la

existencia de un derecho –del mismo rango constitucional- a la protección cautelar efectiva.

1. Generalidades

Las medidas cautelares no es un término que haga referencia a una categoría jurídica prevista y definida en el Derecho positivo, pues se trata de un concepto doctrinal, resalta **Chinchilla, C.** (1991, 30). En todo caso, según apunta **Rodríguez, J.**(1999, 33) ante la posición tradicional de definir las medidas cautelares como elemento que garantiza la ejecución de la resolución final, se abre paso una concepción más amplia, que habla de garantizar su eficacia para que sea plenamente útil, lo cual puede conllevar la exigencia de medidas anticipadoras, pues como resalta **Ortiz, L** (1999, 78) la protección judicial efectiva implica, el ejercicio a fondo por parte de los tribunales de sistemas efectivos de medidas cautelares.

Son muchos los estudiosos que afirman casi unánimemente que en Venezuela, haciendo una comparación con la jurisprudencia y doctrina actuales del derecho extranjero, el problema ya no recae sobre la existencia o no de disponer de la posibilidad de establecer medidas cautelares que sean necesarias e idóneas, sino sobre la articulación técnica de tales medidas y sobre la actitud de renovación dentro de la cual

debe entrar la jurisprudencia venezolana, la cual se encuentra todavía por debajo de las posibilidades normativas y con cierto retraso (**Ortiz, L.**, 2000, 100).

2. Precisiones conceptuales.

Es necesario decir que no existe en el ordenamiento jurídico venezolano ninguna disposición o precepto en el que se definan las medidas cautelares, o el que se incluyan las notas, elementos o caracteres fundamentales que permitan llegar a deducir un concepto genérico de la institución en estudio.

Por otra parte, también debe destacarse, que la acepción usual de lo qué debe entenderse por medida cautelar está muy condicionada por su sentido técnico-jurídico. Así lo reconoce precisamente el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que al definir el adjetivo "cautelar" circunscribe su significado al campo del Derecho, ofreciendo dos posibilidades: una más genérica, que identifica cautelar con preventivo o precautorio; y otra descriptiva, según la cual, "son las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo".

En este sentido, apunta **Corcuera A.**, (1998, 20) que dado este predominio del carácter esencialmente jurídico no resulta equivocado considerar que la acepción

usual y la jurídica de medida cautelar coinciden, pudiéndose definir a las medidas cautelares, *lato sensu*, como cualquier acto que tenga por finalidad o bien asegurar la ejecución de un proceso judicial o bien la producción de un resultado establecido en una norma jurídica, que puede o debe producirse en el futuro.

No obstante, el hecho de que el Código Orgánico Tributario vigente no defina las medidas cautelares, no debe obligar a prescindir de la normativa vigente en la materia, sino todo lo contrario, pues será necesario partir del propio tenor literal de los artículos 296 y siguientes del texto legal mencionado, para llegar al conocimiento de estas figuras.

Siguiendo a **Corcuera A.** (1998, 46), la determinación del concepto de las medidas cautelares tributarias se va a ver condicionada por un segundo factor - ya se había dicho que la primera era la ausencia de definición legal- que deriva de su régimen jurídico, como es el hecho de que son adoptadas en un proceso judicial.

Estos elementos, que responden a las preguntas de quién, qué, para qué y cómo se adoptan las medidas cautelares, son los siguientes según **García de Enterría E.**, y **Fernández T.** (1995, 522): el órgano del Poder Público que tiene atribuida la competencia para dictar el acto; en segundo término, el presupuesto de hecho, el fin, la causa y el motivo del acto, y el contenido y objeto del mismo, que puede ser declarativo de una voluntad determinada (decisión) o de otros estados psicológicos (juicio,

conocimiento, deseo, etc.) y finalmente, el procedimiento común para la producción de los actos y su forma de manifestación, que normalmente ha de ser escrita y necesita del conocimiento de los interesados.

Comenzando por la competencia, el artículo 296 del Código Orgánico Tributario indica que el tribunal competente es el mismo que resulta competente para conocer del recurso contencioso tributario, vale decir, el Juez Superior de lo Contencioso Tributario a pedimento de la Administración tributaria.

En segundo lugar, hay que referirse al presupuesto de hecho, el fin, la causa y el motivo del acto, y el contenido y objeto del mismo. El supuesto de hecho que puede originar que se dicte una medida cautelar de las reguladas en el artículo 296 del COT, estriba en la existencia de un *periculum in mora* respecto al cobro de la deuda tributaria, que se concreta en la existencia de un riesgo para la percepción de los créditos por tributos, accesorios y multas, aún cuando se encuentren en proceso de determinación, o no sean exigibles por causa del plazo pendiente, lo cual se traduce en perjuicio de la Hacienda Pública, y que produzcan que el cobro se vea frustrado o gravemente dificultado. En cuanto al fin, la causa y el motivo del acto, hay que decir, que el propósito perseguido por las medidas cautelares es doble: por un lado, tienen una finalidad principal, como es asegurar el cobro de la deuda tributaria, puesto que con su adopción producen el efecto de disuadir del impago al obligado, a la vez que prever actuaciones del mismo destinadas a alcanzar situaciones de insolvencia frau-

dulenta; por otro lado, de forma complementaria, las medidas están motivadas en facilitar una futura ejecución forzosa de los bienes, en caso de que el impago sea definitivo, ya que al trabarse bienes del deudor se está anticipando en cierto modo el inicio del procedimiento ejecutivo de créditos fiscales. Por lo que se refiere al contenido y el objeto de las medidas cautelares tributarias *extralitem*, debe destacarse que se caracterizan por su discrecionalidad, pues corresponde al órgano judicial apreciar la existencia de los presupuestos legales que conforman el *periculum in mora*, y cuyo objeto recae sobre bienes del deudor – salvo las medidas cautelares innominadas que consisten en autorizaciones o prohibiciones-, que sirvan para garantizar el cobro de la deuda tributaria.

El último elemento que ha de tenerse en cuenta para formular el concepto de las medidas cautelares tributarias *extralitem* es el relativo al procedimiento para acordarla. Como acto procesal que es, necesita de un procedimiento reglado para su adopción y deben ser conocidas por el afectado por las mismas (queda salvo su carácter *inaudita alteram parte*).

3. Clasificación de las medidas cautelares tributarias

a. Las Medidas Típicas o Nominadas

1) Generalidades

Las medidas típicas son aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la ley para situaciones especificas y con vistas a un temor de daño concreto establecido por el legislador; son típicas en tanto que están previstas para un particular procedimiento y pueden revestir dos modalidades: primero, que el mismo legislador establezca el contenido de la medida, y segundo que se deje a criterio del tribunal la medida adecuada para el especifico temor y daño alegado.

El elemento diferenciador de las medidas cautelares típicas está en que solo son procedentes para un especifico temor de daño y en el marco de un procedimiento previamente establecido por el legislador; en cambio, las medidas cautelares innominadas son procedentes ante cualquier temor de daño a los derechos de las partes en el proceso, y pueden dictarse en cualquier procedimiento (**Ortiz-Ortiz, R.,** 2002, 315).

Igualmente señala el mencionado autor, que lo que cualifica a una medida cautelar típica o nominada no está en que tenga un *nomen iuris* o una denominación en la ley, pues existen medidas que carecen de tal denominación pero siguen siendo típicas a un específico procedimiento. Así las clasifica en:

- Medidas típicas de contenido concreto: son aquellas en las cuales la propia ley señala el contenido de la medida y reciben una denominación especifica en el texto de la ley, Vgr. El embargo, secuestro, retención, prohibición de enajenar y gravar, la suspensión de efectos de una acto administrativo, etc.;
- Medidas típicas de contenido indeterminado: las cuales se deja al juez la prudencia para determinar el contenido de la medida, pero con la peculiaridad que sigue siendo típica para un procedimiento previamente establecido; por ejemplo las medidas de aseguramiento en materia de salvaguarda del patrimonio público (artículo 54 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público). Estas medidas se asemejan a las medidas cautelares innominadas en cuanto a la carencia de una previsión legal expresa sobre el contenido de las mismas y, por ello mismo, entra a funcionar la discrecionalidad del juez para medir, en ambos casos, la adecuación y la pertinencia de la medida con respecto del daño que se quiere evitar. Se diferencia en cuanto que las medidas típicas siguen estando destinadas a un procedimiento especialmente arbitrado por el legislador, en cambio las cautelares innominadas son aplicables a todo tipo de procedimiento, por ello es manifestación del poder cautelar general de juez.

En principio, las medidas típicas se presentan de manera taxativa y de interpretación restringida pues, tal como lo había sostenido la extinta Corte Suprema de Justicia en tanto que limitan el derecho constitucional de propiedad, su interpretación

no puede realizarse extensivamente. Las medidas típicas en nuestro ordenamiento procesal *civil* son : i) el embargo; ii) el secuestro y iii) la prohibición de enajenar y gravar.

La tipicidad de las medidas cautelares trae como consecuencia igualmente, que no necesariamente, los elementos existenciales o de validez de unas medidas tengan que aplicarse a otras; así entonces, los requisitos existenciales y de validez para las medidas cautelares civiles no tienen porqué corresponder con exactitud a las medidas típicas de otros procedimientos, pues la consideración de "especial" las hace sustraer del régimen general o común previsto en el Código de Procedimiento Civil. Así explica **Ortiz-Ortiz, R.,** en su obra *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano,* las siguientes situaciones:

- El *periculum in mora* que se exige para las medidas cautelares civiles consiste en un "fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo", es lo se ha denominado "peligro de infructuosidad". Ahora bien, este *pericolo* sufre una adecuación en cada procedimiento especial y en cada medida cautelar típica en particular.

  En el derecho tributario, no se exige, como condición existencial ese "riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo" sino más bien la pre-

sencia de un *periculum in mora específico*, constituido por el riesgo en la percepción de los créditos por tributo, accesorios y multas.

- Las medidas cautelares típicas pueden "coincidir" en su denominación, pero su específica regulación las diferencia sensiblemente; esto es, la medida cautelar de secuestro en el proceso civil responde a unas causas específicas y con riesgos también especiales, tanto que no podría decretarse una medida de secuestro si no con base en las causales que, taxativamente, establece el artículo 599 del texto procesal.

En este orden de ideas, el secuestro cautelar también puede decretarse como cautelar típica de otros procedimientos para lo cual se exigirá condiciones, requisitos y modalidades diversos; así tenemos el secuestro previsto en el artículo 296 del Código Orgánico Tributario, el cual se asimila a una retención de bienes muebles. Es evidente que, en ninguno de estos casos, puede exigirse al solicitante de la medida que cumpla con las causales previstas en el artículo 599 del CPC, pues, se trata de ordenes jurídico-normativos diversos e individualizados.

- La remisión al Código de Procedimiento Civil que hace el Código Orgánico Tributario con relación a las medidas cautelares innominadas previstas en el artículo 296 *eiusdem.* Tal remisión hace indispensable que se cumpla exacta-

mente las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil. Tales medidas, pueden identificarse, como típicas.

El derogado Código Orgánico Tributario de 1994 establecía en el artículo 211:

> "Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, intereses o recargos, determinados o no, no exigibles por causa de plazo pendiente o por haberse interpuesto algún recurso, la Administración Tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del Recurso Contencioso Tributario que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser: 1. Embargo preventivo de bienes muebles; 2. Secuestro o retención de bienes muebles; 3. Prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles.
>
> Las medidas procederán también en los casos de multas, cuando estas hubieren sido confirmadas mediante resolución dictada en el Recurso Jerárquico o en la sentencia de primera instancia del Recurso Contencioso Tributario".

Por su parte, el artículo 213 indicaba:

> "El juez decretará la medida el mismo día, o a más tardar el día hábil siguiente, sin conocimiento del deudor. En el mismo acto fijará el plazo de duración de la medida que no podrá exceder de noventa (90) días continuos prorrogables por un término igual, a solicitud de la Administración Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 189".

Con respecto a esta regulación anterior, el nuevo texto legal modifica la regla con respecto a las multas, en el sentido de haber eliminado la exigencia de "ser confirmadas mediante resolución dictada en el recurso jerárquico o en la sentencia de

primera instancia del recurso contencioso tributario"; y se adicionó, en el elenco de medidas, las innominadas del Código de Procedimiento Civil

2) Clasificación de las medidas típicas tributarias

a) Las medidas cautelares autónomas o extralitem

a.1 Medida cautelar de embargo preventivo de bienes muebles

El embargo es la medida cautelar por excelencia, no es exclusiva del fenómeno cautelar, pues procede también ejecutivamente, esto es, como medida de ejecución del fallo en su fase ordinaria y también como "ejecución anticipada del fallo" en los procesos monitoreos, y en tales casos no se trata de medidas cautelares, sino concretamente de medidas ejecutivas.

En cuanto al embargo cautelar o embargo preventivo, define **Cabanellas G.**, que es una medida procesal precautoria de carácter patrimonial que, a instancia del acreedor o actor, puede decretar un juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio (1989, tomo III, 409).

Por su parte **Henríquez R.**, señala que es el acto judicial en virtud del cual, a requerimiento de parte, se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad – *ius abutendi, fruendi et utendi* – y tenerlos a las resultas del juicio (1997, tomo IV, 408). Según **Ortiz-Ortiz, R.**, el embargo es una medida preventiva de carácter cautelar que a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el juez previa la comprobación de los requisitos de ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dirija, impidiendo el uso, goce, disfrute y disposición por el tiempo que dure el proceso principal, y los cuales quedarán afectos a responder el contenido del dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva (2002, 319).

a.2. Secuestro o retención de bienes muebles.

En este apartado se va a distinguir la medida de secuestro y la medida de retención de bienes a que se refiere el Código Orgánico Tributario.

Medida cautelar de secuestro: La voz "secuestro" proviene del latín *sequestrum* que alude a la acción y efecto de "secuestrar" (*sequestrare*), esto es, "depositar judicialmente o gubernativamente una alhaja en poder de un tercero hasta que se decida a quién pertenece"; por secuestro entiende **Cabanellas G.**, las siguientes acep-

ciones: "deposito de una cosa litigiosa//Embargo de bienes//Detención o retención forzosa de una persona y exigir por su rescate" (1989, tomo VI, 310). Por otro lado, **Falcón** citado por **Martínez R.**, lo define como la medida cautelar en virtud de la cual se desapodera a una persona de un objeto de su propiedad (1999, 287).

Por otra parte **Borjas A.**, citado por **Ortiz-Ortiz, R.,** afirma que el legislador ha considerado indispensable privar a algunos de los litigantes de la libre disposición de la cosa o de los bienes que son materia de la controversia, porque en sus manos corren peligro de pérdida, ruina o deterioro, poniéndolos a tal efecto bajo la guarda de algún depositario (2002, 337).

Todos los códigos y, en general, todas las legislaciones consagran la institución del secuestro, por la característica de que los bienes secuestrados son aquellos sobre los cuales se entablen un litigio y en donde los litigantes tienen un interés especial sobre la cosa misma, a diferencia de la medida de embargo donde la cosa embargada no necesariamente tiene que coincidir con el bien por el cual se litiga.

Es necesario advertir que el secuestro como medida cautelar prevista en el Código Orgánico Tributario, es una medida cautelar especial pues a diferencia de la establecida en el Código de Procedimiento Civil, no tiene que cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 585 del CPC, y mucho menos encuentra limitación por las causales establecidas por el artículo 599 *eiusdem*, pues al tratarse de una previsión especial del legislador tributario habrá que atender los requisitos y

visión especial del legislador tributario habrá que atender los requisitos y finalidad señalados en dicho texto normativo. En efecto, en el Código Orgánico Tributario se establece en el artículo 296 un *periculum in mora* especial.

El secuestro en materia procesal tributaria solo puede ser judicial, el cual es definido por la doctrina como el deposito de una cosa hecho merced a un juicio: en tales casos el depositario deberá poner en la conservación de los efectos embargados el cuidado de un buen padre de familia, o sea, el cuidado clásico del *bonus pater familiae* (**Quintero, G.**, citado por **Ortiz-Ortiz R.** 2002, 341).

Igualmente **Borjas A.,** señala:

> "El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el tribunal. Es voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual, aunque no es una convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario. Aquél se rige únicamente por el Código Civil; éste, por esas mismas disposiciones y por las del Código de Procedimiento Civil" (1984, tomo IV, 14)

Medida cautelar de retención:Según **Cabanellas G**. (1989, tomo VII, 209), la acepción principal en lo jurídico, consiste en la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión o tenencia de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella o algo conexo. No configura privilegio crediticio, sino una prenda. Por su parte, **Corcuera A.**, indica que ésta medida cautelar no es desco-

nocida ni en el ámbito del ordenamiento jurídico general -refiriéndose a España- ni en el específicamente tributario. En este sentido, cita a **Díez L.**, quien define el derecho de retención como aquella facultad concedida u otorgada por la ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió entregarlo a su deudor o bien como el derecho del detentador de una cosa a retardar la restitución hasta obtener la satisfacción de un crédito de que es titular (1998, 144).

De ello se desprende varias consecuencias, a saber:

- El retenedor, con independencia de su derecho, puede hacer uso de todas las facultades inherentes a su condición de acreedor, incluida la ejecución forzosa, pero en tal caso no puede hacer efectivo su crédito sobre los bienes retenidos, pues la retención, si bien permite denegar la restitución hasta tanto sea satisfecha la obligación, no añade al crédito el derecho de realización directa sobre tales bienes.

- El retenedor, lógicamente, no puede adquirir por usucapión los bienes retenidos, pues su posesión no lo es concepto de dueño.

- El derecho de retención tiene una eficacia *erga omnes* mientras que las cosas objeto del mismo se encuentra en poder de su titular, pero si el retenedor

pierde la posesión de la cosa tal eficacia desaparece, pues este derecho tiene naturaleza personal, y por lo tanto carece del carácter de la reipersecutoriedad típico de los derechos reales.

- Por último, el derecho de retención también resulta eficaz frente a otros eventuales hacedores, por cuanto no genera un privilegio por si mismo.

En el derecho comparado, la medida cautelar de retención recae exclusivamente sobre cantidades monetarias y no se trata como en el campo del derecho privado de retener un bien sino que en el caso de la administración tributaria se trata de las devoluciones tributarias de las cuales es poseedora y que no le corresponde jurídicamente. Por ello, puede afirmarse que más que retención física del bien, lo que existe es una suspensión temporal de la actividad pública tendente a la devolución de un tributo o a la realización por la Hacienda Pública de un pago debido.

Sin embargo, se observa en la normativa tributaria venezolana que la medida cautelar de retención es asimilada al secuestro, y se habla indistintamente de ambas figuras. Lo lógico sería delimitar el contenido de cada una de ellas para darle su verdadero alcance y obtener la eficacia que se persigue con su adopción. Efectivamente, si se consideran algunos casos como el de España, la medida de retención sería ampliamente utilizada en Venezuela por el Fisco, previo al establecimiento de un control adecuado de esta medida a fin de que cause el menor perjuicio posible al afecta-

do, sin que pueda utilizarse con la intención de retrasar la devolución o la entrega de cantidades a los titulares de las misma, puesto que si se utiliza de forma abusiva se plantea el problema adicional de que el ejercicio del derecho de defensa del interesado, esto es, la impugnación de la retención, provocará que se demore aún más el cobro de las cantidades adeudadas por la Hacienda Pública.

a.3 Medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar:

Es aquella medida a través de la cual el tribunal, a solicitud de parte y cumpliéndose los requisitos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, impide que el afectado por la medida pueda de alguna forma vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble, (litigioso o no) o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contraparte.

b) Las medidas cautelares típicas *pendente lite*

Esta medida no está articulada en las normas relativas a las medidas cautelares a que se refiere al Capitulo III, sección Quinta, del titulo VI. Se encuentra establecida específicamente en el artículo 263 del Código Orgánico Tributario que señala:

> La interposición del recurso 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 causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho.

Es menester señalar que tradicionalmente se ha sostenido que, como una consecuencia de los principios de autotutela administrativa, la suspensión de efectos de los actos administrativos por parte del juez, debe tener una naturaleza extraordinaria y excepcional. En efecto, como argumento de base para situar y debilitar a la técnica de suspensión de efectos, suelen destacarse las características de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos impugnados, cuya consecuencia principal ha sido el del carácter no suspensivo con la interposición de los recursos.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en numerosas oportunidades reiterando el criterio de que en los procedimientos de nulidad de los actos administrativos, existe una medida que participa de la naturaleza de las medidas cautelares, es decir, de ser un medio de proteger las resultas del juicio para el caso de que éste resulte favorable al demandante. Esta medida es la suspensión provisional de los efectos del acto cuya nulidad se solicita (Sentencia de 29/01/87, caso Cristina Contreras).

Tal como está establecida en el Código Orgánico Tributario, esta medida tiene una naturaleza cautelar e instrumental pero, que a diferencia de las medidas caute-

lares típicas *extralitem* previstas en el artículo 296 *eiusdem,* se caracterizan por una instrumentalidad inmediata pues depende de un proceso principal.

El legitimado activo de la medida, no es otro que el contribuyente que, en virtud de la no suspensión de la ejecución del acto recurrido, establecida en el Código Orgánico Tributario, puede invocar que la ejecución le podría ocasionar graves perjuicios con la demostración de los requisitos relativos al *periculum in mora* y *fumus boni iuris.* De la lectura de dicho artículo se advierte un error de técnica legislativa por cuanto pareciera alternar estos requisitos, cuando por la naturaleza y la arquitectónica propia de las medidas cautelares, deben ser concurrentes.

El otorgamiento de esta medida cautelar, una vez cumplidas las condiciones tradicionales de procedencia, es potestad del juez contencioso tributario, esto es, entra dentro de las facultades discrecionales del juez. Sin embargo, bajo una visión constitucional moderna, donde se ha visto que las medidas cautelares están involucradas como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, se trata más bien entonces de una verdadera potestad-deber.

Como ya se ha mencionado con relación a esta medida es a solicitud de instancia de parte, de donde se concluye que, el juez contencioso tributario no puede decretar tal medida de oficio.

En lo que respecta a la iniciación la medida de suspensión de efectos se supedita en este caso al ejercicio previo o conjunto de un juicio contencioso tributario principal de nulidad. Sin la existencia de tal proceso principal, se dice, no puede admitirse ni declararse procedente dicha medida.

También prevé el texto orgánico tributario la posibilidad de suspensión total o parcial de los efectos del acto. Por lo que se estima que si así es solicitado y la naturaleza del acto administrativo lo permite por su divisibilidad de efectos, es perfectamente admisible la suspensión parcial del acto administrativo. (**Chapus, R.,** citado por **Ortiz L.**, 1999, 321).

En todo caso y para finalizar, esta medida cautelar está recientemente introducida en el Código Orgánico Tributario y su vigencia está pautada luego de transcurridos trescientos sesenta días (360) continuos contados a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Código Orgánico Tributario de 2001.

b. Las Medidas Innominadas

En diversas sentencias el Tribunal Supremo de Justicia ha venido discutiendo si las medidas cautelares innominadas sólo se encuentran previstas en el Código de Procedimiento Civil o si, por el contrario, existen en el ordenamiento jurídico otras disposiciones cautelares que pueden merecer la misma denominación. En efecto la

Sala Constitucional a entendido que tales medidas no sólo son aquellas que postula el artículo 588 del CPC, sino aquellas otras donde "conducentes a evitar aquel peligro, con lo que se le otorga total arbitrio en cuanto a los caracteres de la medida"; lo que hace suponer que la falta de nombre es lo que le otorga naturaleza a la medida. De dicho criterio disiente **Ortiz-Ortiz R.** (2002, 497), pues él señala que lo que hace que una medida responda al fenómeno de cautelares innominadas es su generalidad, en consonancia con la doctrina comparada, las medidas innominadas, producto del poder cautelar general del juez solo están consagradas en Venezuela en los tres parágrafos del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, al establecer:

> Parágrafo primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda ocasionar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.
>
> Parágrafo segundo: Cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el parágrafo primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 de este Código.
>
> Parágrafo tercero: El tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 589.

Estos tres parágrafos recogen de manera exclusiva la institución de las medidas innominadas. De la disposición parcialmente transcrita puede observarse que se utiliza la expresión genérica "las providencias cautelares que considere adecuadas", y esta observación es lo que permite afirmar, no solo un grado de discrecionalidad del juez, sino una indeterminación en el contenido de la medida.

Además de lo anterior es significativo apuntar que el poder cautelar general tanto en la legislación venezolana como en el derecho comparado más que una facultad es un poder-deber, esto es, no queda exclusivamente al arbitrio judicial sino que se requiere la voluntad de partes, y el juez se limita a la verificación de los requisitos legales y de hecho, en cuyo caso se encuentra en el deber de decretar y ejecutar la medida solicitada.

En la doctrina patria, **Rengel, A**. (1989, 91) define a estas medidas de la siguiente manera:

> Son aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

De la anterior definición, se destaca el hecho de que las medidas innominadas pueden ser dictadas con independencia de las medidas típicas, o concurrir con éstas para asegurar el resultado procesal.

Por otra parte, el juez no está facultado para actuar de oficio sino que está sometido al principio dispositivo, y los límites de su discrecionalidad estarían circunscritos a los medios de pruebas acompañados, y la prueba del daño inminente y específico que anima las disposiciones legales en torno al tema. Se trata de una discrecionalidad para evaluar la adecuación y escogencia de la medida con respecto de la situación fáctica planteada, pero no podría el juez escoger la oportunidad, pues como dice **Rengel A.**, nadie más que las partes para saber el grado de inminencia del daño y la medida que más satisfaga su necesidad de protección preventiva.

Conviene señalar igualmente, la definición de **Ortiz-Ortiz R**. (2002, 502), sobre las medidas cautelares innominadas:

> Aquellas medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no se encuentra establecido en la ley, producto del poder cautelar general del juez, quien- a solicitud de parte – puede decretar y ejecutar siempre que las considere necesarias (adecuación) para evitar una lesión inminente, actual y concreta, o para evitar su continuación, todo ello con la finalidad no sólo de evitar que el fallo quede ilusorio en su ejecución, sino fundamentalmente para prevenir el daño o una lesión irreparable que una de las partes pueda causar en los derechos de la otra durante tramitación de un proceso (pertinencia).

Se trata de verdaderas medidas preventivas de naturaleza cautelar cuya finalidad primaria es evitar que una de las partes lesione irreparablemente el derecho debatido en el proceso de la otra parte.

Sus requisitos esenciales son: el requisito específico y propio de toda cautela innominada *periculum in damni*, y el hecho de evitar la ilusoriedad de la futura ejecución del fallo *periculum in mora*.

Este tipo de medidas son preferentemente extrapatrimoniales, mientras que las medidas típicas son preferentemente patrimoniales; es decir, las medidas innominadas no están destinadas a recaer sobre bienes que aseguren obligaciones de dar sino preferentemente sobre obligaciones de hacer, las cuales pueden tener o no efectos patrimoniales o valorables en dinero.

Por otra parte, la instrumentalidad que caracteriza a estas medidas innominadas, no constituye una excepción en el caso del Código Orgánico Tributario; pues por haberse establecido la obligación de remitirse a lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil, debe necesariamente haberse iniciado un procedimiento, es decir, éstas no son *extralitem*, como pareciera serlo por estar ubicadas junto al elenco de las medidas del artículo 296 del COT, sino *pendente lite*.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS.

A. Generalidades

Ahora bien, ya examinado el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus manifestaciones, como es la tutela cautelar, se revisarán algunas opiniones respecto de la tutela cautelar típica tributaria, la cual tiene como finalidad proteger los intereses públicos que implica la recaudación fiscal en el país, protegiendo el cobro del crédito tributario, frente al fuerte desequilibrio que se origina por el efecto suspensivo de los efectos de los actos recurridos en sede administrativa y jurisdiccional.

Este efecto suspensivo de los recursos en materia tributaria, se encuentra presente en Venezuela desde el Código Orgánico Tributario de 1982 (artículo 189), y al parecer inspirado en un remoto Código Fiscal uruguayo de 1957, cuyo contenido fue recogido por el texto orgánico tributario de 1994, radicando su especialidad en el reforzamiento de la regla de suspensión hasta convertirla en una suspensión automática, en caso de interposición de recurso, sin que ello llegara a constituir una medida cautelar.

En este sentido, en la Reforma del Código Orgánico Tributario de 2001, publicada en Gaceta Oficial Nº 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, se estableció la regla de la suspensión automática en el caso de la interposición de recursos administrativos (jerárquico) en el artículo 247. Sin embargo, en el caso de interposición de recursos contencioso tributarios, la regla ha cambiado en su totalidad, estableciéndose en el artículo 263, la no suspensión de los efectos del acto impugnado; quedando establecida la suspensión como una medida cautelar típica, cuyo sujeto activo es el contribuyente afectado por el acto administrativo.

Pues bien, al respecto, señala **Fraga, L.** (1997, 31) que tal efecto suspensivo automático se ha consagrado entre nosotros, entre otras razones como una especie de reacción a la debatida tradición del principio *solve et repete*, destacando que:

> (...) el justificado abandono de este postulado –del *solve et repete*- no significa necesariamente colocarse al otro extremo de la ecuación, impidiendo en todo caso y sin ningún examen adicional la ejecución del acto de la Administración Tributaria, con la única posibilidad de decretar medidas cautelares para salvaguardar la futura recuperación del crédito fiscal

Ello comporta en otras palabras, que tal suspensión *ope legis*, trae como contrapartida la posibilidad para la Administración Tributaria de pedir al juez la ejecución de medidas cautelares cuando exista riesgo para la percepción de los tributos, intereses o recargos, determinados o no.

En tal virtud, resulta muy acertado en este punto, un comentario que hace el mencionado autor respecto de la conveniencia de tal régimen:

> (...) de *lege ferenda* es preciso que, por una parte, se establezca una regulación legal más exhaustiva de la suspensión automática del acto, que por automática e indiscriminada ha devenido en abusivo instrumento que obstaculiza la acción oportuna y eficaz de la administración tributaria, salvaguardando a los sempiternos infractores de las leyes fiscales, y, por la otra, que se morigere la posibilidad de ejecución irrestrictiva de los actos de la Administración tributaria, pero mediante un adecuado sistema de tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de las medidas cautelares –autónomas o atadas al proceso contencioso tributario, o ambas- inspiradas siempre en la debida ponderación y equilibrio de los intereses en disputa.

Muy al contrario opina **Blanco, A**. (1996, 100) respecto de la regla según la cual "la interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido", prevista ahora sólo en el artículo 247 de la Reforma del Código Orgánico Tributario de 2001, al decir que ha sido consagrada:

> (...) en resguardo y garantía del disfrute pleno, real y efectivo del derecho de acceso a la justicia, del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, así como, mediatamente, del derecho al patrimonio y a la propiedad privada, sin menoscabo de los derechos y potestades recaudatorias del Fisco Nacional, Estadal o Municipal.

No obstante, reconoce el mismo autor que:

> (...) este dispositivo legal, a fin de asegurar la vigencia del principio de igualdad de las partes en el proceso y la debida actuación imparcial y proporcional del órgano jurisdiccional, según lo ordena el artículo 15

del Código de Procedimiento Civil, deja a salvo la utilización de medidas cautelares para garantizar los derechos fiscales.

En este orden de ideas, es valiosa la conclusión a la que llega **Ortiz, L.** (1999, 182) al precisar que:

En definitiva, e independientemente de las virtudes o defectos que puedan atribuirse a la regulación del efecto suspensivo de los recursos en materia tributaria, lo cierto es que este tipo de técnicas de protección cautelar son en principios bienvenidas y deben expandirse en otros campos, algunos de los cuales quizás técnicamente sean un poco más apropiado para – y están más necesitados de – este tipo de regímenes legislativos de suspensión automática. Sin embargo, algunas otras extensiones importantes, según la práctica lo ha evidenciado, tampoco parecen ser muy compatibles con el establecimiento inflexible de suspensiones automáticas o semiautomáticas, bien que la jurisprudencia reciente, a la luz de los postulados constitucionales, parece haber empezado a atemperar estos sistemas, tal como sucede en materia de libre competencia.

Dicho esto, huelga revisar el esquema estructural de estas medidas, objeto del presente estudio, tomando en consideración que se trata de medidas cautelares, circunscritas al ámbito procesal, y denominadas por un sector de la doctrina como *atípicas,* atendiendo al hecho de que no están consagradas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, enfatiza **Ortiz-Ortiz, R.** (1997, 198) que tal denominación no es acertada, y que es preferible denominarlas *preventivas especiales,* y explica que las mismas son: "aquellas medidas cautelares que puede acordar el juez en virtud de una disposición especial y atendiendo a la finalidad, características, requisitos y procedimiento previstos en leyes especiales".

En este orden de ideas, es preciso decir, que las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Tributario, constituyen las medidas cautelares típicas del contencioso tributario, sean con instrumentalidad inmediata sea que se dicten sin haberse iniciado el procedimiento principal (instrumentalidad mediata).

Este trabajo se concreta en el estudio de las medidas cautelares típicas dictadas sin que se haya iniciado un juicio principal (*extralitem*) sobre cuyo carácter cautelar y preventivo, ha dicho **Ortiz-Ortiz, R** (1997, 199):

> (...) Puede decirse que para que una medida pueda ser catalogada de *cautelar o preventiva* debe dictarse en sede jurisdiccional y en el curso de un proceso, salvo que por disposición expresa en contrario, pueda decretarse y ejecutarse *extralitem.* En efecto, existen muy pocos casos – en el sistema de medidas cautelares- y por ello mismo debe ser establecido como casos excepcionales dentro del ordenamiento jurídico, en el cual pueden decretarse algunas medidas sin la previa iniciación de un proceso. Vgr. las medidas preventivas *extralitem* previstas en la Ley sobre Derecho de Autor o las medidas previstas en los artículos 211 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

Por otro lado, es valioso mencionar que estas medidas cautelares típicas tributarias *extralitem*, como toda medida cautelar, no constituye un fin en si misma, tal como explicaba **Calamandrei, P.** (1984, 139), sino que sólo sirven para proteger, precaver o prevenir un fallo principal, de tal manera que son un instrumento del proceso para garantizar la eficacia y efectividad del proceso mismo. Por lo que no es legítimo en el moderno Estado Social de Derecho, la posibilidad de medidas cautela-

res autónomas, puesto que ello sería inconstitucional, en virtud de que nadie puede ser juzgado ni sentenciado sin un juicio previo, en el pleno ejercicio del derecho a la defensa y dentro de un debido proceso.

En tal razón, es conveniente explicar que estas medidas cautelares tributarias, aun cuando no requieren la existencia previa de un procedimiento principal para que proceda, sino que puede dictarse *extralitem*, su duración, aunque no establecida, no puede ser indefinida en el tiempo..

En virtud de que estas medidas constituye un supuesto de medidas cautelares *típicas* de lo contencioso tributario, hay que atender a su especificidad para poder visualizar sus propios requisitos y su tramitación procedimental.

En efecto, los requisitos de procedencia de estas medidas, presentan la particularidad, según expresa **Ortiz-Ortiz, R.** (1999, 36) de exigir un *periculum in mora* especial o cualificado, es decir, el riesgo temido por la Administración ya viene establecido en la ley, pues no se trata de la simple expectativa de que la ejecución del fallo sea ilusorio, sino concretamente referido a los tributos, accesorios y multas. De la misma manera, explica el referido autor, que se exige un *fumus boni iuris* cualificado, pues se requiere una prueba instrumental donde conste el derecho de percepción del tributo, y agrega, que "no se trata de la mera expectativa o de una simple presun-

ción del derecho reclamado sino que debe haber constancia suficiente del crédito por tributo, intereses o recargos.

Ya por último, la causa que motiva las medidas cautelares *sub examine*, es asegurar el cobro de la deuda tributaria, ante la existencia de indicios que frustren o impidan la exacción del crédito tributario.

B. Su naturaleza

La cuestión debatida por los procesalistas gira en torno a la autonomía procesal de la tutela cautelar, es decir, a determinar si se trata de un procedimiento autónomo, un "tertium genus" distinto del juicio declarativo o, por el contrario, si carece de esa autonomía, no siendo, por tanto, más que una fase instrumental de ambos procesos.

En Italia la tesis mayoritaria –representada por **Chiovenda** y **Liebman**- concibe la acción cautelar como una especie distinta de la acción ejecutiva y de la declarativa. Para **Calamandrei**, por el contrario la tutela cautelar carece de una característica y constante estructura exterior; en una palabra, de una autonomía procedimental que para él parece ser la clave para afirmar o negar su autonomía procesal.

Por lo que respecta a España, la mayoría de la doctrina defiende la autonomía del procedimiento cautelar (**Faire, V.**, 1976, 56). A *grosso modo* señalan que del carácter accesorio y dependiente de la cautela con relación a la sentencia declarativa, no se deriva la negación de la autonomía del procedimiento cautelar que, por el contrario, se fundamenta en que las medidas cautelares se adoptan bajo unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal.

En este orden de ideas el procedimiento cautelar y especialmente el tributario *extralitem*, se caracteriza por:

- Se trata siempre de un proceso sumario.
- Su esencia y función exigen que las medidas cautelares se tomen siempre sin la vigencia del principio de contradicción.
- Es competente para acordar la medida cautelar el juez competente para el conocimiento de la causa principal.
- Legitimado activamente para solicitarla no es el actor del pleito principal; ni el legitimado pasivo lo es el demandado.
- Al ser las medidas cautelares temporales y revocables, la resolución judicial que las adopta no produce los efectos de la cosa juzgada.

En una posición contraria a la concepción que se acaba de describir y, por ende, opuesta a la autonomía procedimental de la tutela cautelar, están **Fernán-**

dez M (1988, 96). y **Serra M**. (1974, 31), pues la nota que define a las medidas cautelares es la instrumentalidad y no son más que un adelanto de parte de las actuaciones que forman la ejecución futura.. Según el último de los autores mencionados, son dos las razones que sirven para argumentar esta tesis. De un lado, la forzosa dependencia y subordinación del procedimiento cautelar respecto del proceso principal del que tan sólo es un simple incidente. De otro, la falta de unidad de los diversos procedimientos cautelares que constituye una característica inherente a la misma naturaleza de la medida cautelar que debe adaptarse a la situación sustancial garantizada.

En el caso de las medidas cautelares tributarias *extralitem*, no existe tal subordinación y dependencia respecto del juicio principal, pues estas medidas pueden solicitarse y adoptarse antes de la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales y hasta tanto no ocurra eso, tienen vida propia.

Respecto del segundo argumento, tampoco parece tan decisivo, ya que si la autonomía procedimental no es razón suficiente para defender la autonomía procesal de la tutela judicial, la falta de unidad procedimental en las diversas medidas cautelares tampoco debería ser razón suficiente para rechazar la sustantividad de estos procesos. Ciertamente, partiendo de la base de que el proceso es una unidad, no puede haber inconveniente en afirmar que las medidas cautelares definen una fase autónoma del mismo, y no sólo desde una perspectiva procedimen-

tal, sino también sustantiva. La decisión sobre la medida cautelar no genera ninguna certeza utilizable en el juicio principal. (**Chinchilla, C.**, 1991, 109).

La diferencia entre el juicio cautelar y el principal radica tanto en el *petitum* como en la *causa patendi*. En el juicio cautelar se sostiene que de la ejecución del acto deriva un daño grave e irreparable y se pide poder conservar intacto el bien o inmutable la situación de ventaja. Por el contrario, en el juicio principal, sobre la base de una pretendida ilegalidad del acto, se pide su anulación.

C. Caracteres de la institución

Siguiendo a la doctrina procesalista, que como advierte **Serra, M.** (1974, 14), es pacifica en este aspecto concreto de la categoría en estudio, las características que definen a las medidas cautelares son las siguientes:

1. Inaudita alteram parte.

Entre las características más resaltantes de las medidas *sub examine* se encuentra el carácter de *inaudita alteram parte*. En efecto, las medidas pueden ser acordadas sin presencia del afectado pues su finalidad eminentemente preventiva hace recomendable, y así se ha establecido en el Código Orgánico Tributario.

La cualidad de las medidas cautelares de dictarse sin audiencia de parte es solo una de las múltiples posibilidades derivadas del hecho de que pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa; y tratándose de este procedimiento cautelar *extralitem*, es lógico suponer que sean dictadas cuando el contribuyente ni siquiera haya sido citado.

Este carácter significa más o menos literalmente: "sin escuchar a la parte contraria". La razón de ser de estas circunstancias viene dada por la necesidad de asegurar preventiva y sumariamente las garantías suficientes para la futura ejecución del fallo. Si se permitiera la necesaria notificación o contestación de la otra parte, se iría contra el sistema cautelar mismo.

En los tramites previos dirigidos a obtener la traba de la medida cautelar no corresponde dar intervención al eventual afectado. La ausencia del previo derecho de defensa, es característica común a las mismas en los diversos ordenes jurídicos, pues podría frustrarse, si así no fuese, el fin cautelar común a todas ellas.

Martínez, R. (1999, 89), acota que la adopción de las medidas precautorias sin previo debate concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas.

El principio relativo a la unilateralidad (*inaudita parte*) se ha dicho también, en el dictado de las medidas cautelares, ha ido receptado por esta norma contenida en el artículo 298 del Código Orgánico Tributario, al disponer que las mismas se decretan y cumplen sin la audiencia de la otra parte, por lo que no existe agravio al derecho de defensa por no haberse dado vista de lo solicitado al afectado por la medida.

2. Instrumentalidad.

Quien puso el acento sobre la instrumentalidad como nota característica y definidora de las medidas cautelares, fue **Calamandrei**, al decir que son instrumentales o subsidiarias, puesto que nacen en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva. La tutela cautelar es, por ello, una tutela mediata que más que hacer justicia sirve para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia. Es, dirá **Calamandrei**, instrumento del instrumento.

En efecto, la instrumentalidad, considerada unánimemente por la doctrina española como la nota principal de las medidas cautelares, determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final. Así, las medidas cautelares, solicitadas y adoptadas antes de la interposición de la demanda, quedarán extinguidas automáticamente si ésta no se presenta en el plazo indicado por la ley. También pueden sufrir modificaciones durante el proceso si también las sufre la pretensión principal y, por ultimo, se extinguen -sin necesidad de

revocación expresa- cuando se procede a la ejecución de la sentencia. (**Serra, M.**, 1974, 471).

Chinchilla, C. (1991, 33) en este sentido opina, que puede subsumirse en esta nota de instrumentalidad la sujeción a la regla *rebus sic standibus* que para **Fairen, V.** (1966, 54) tendría sustantividad propia. Es evidente que la medida cautelar puede y debe modificarse al ritmo de las modificaciones de las circunstancias que justificaron su otorgamiento; y en el cambio de esas circunstancias ocupa, desde luego, un lugar primordial la evolución de la pretensión principal a lo largo del proceso. En tal sentido, **Serra M.** (1974, 16), afirma que "la suerte de la pretensión principal llevaría aparejada la de la medida cautelar".

La instrumentalidad, más que una característica es un elemento propio de su esencia, afirma **Fraga, L.**, en su obra "*Los recursos tributarios. El efecto suspensivo y las medidas cautelares*"; pues ellas nunca son un fin en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, pues están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y, por la otra, que las mismas se constituyen en auxilio y ayuda para garantizar el resultado útil de la providencia definitiva y principal que es la sentencia de fondo (1997, 59).

En este aspecto característico de las medidas es importante señalar que las mismas no son *pendente lite,* vale decir, la pendencia de un proceso principal, que es

condición *sine qua non* en la mayoría de las medidas cautelares, pues sólo pueden ser adoptadas una vez iniciado el proceso principal. Lo cual no sucede en el caso de las medidas *sub examine.*

Sin embargo, en estos casos en que la medida cautelar puede solicitarse y, por ende, adoptarse, antes de iniciar el proceso principal, la interposición del correspondiente recurso no es presupuesto y, como tal, previo a la medida cautelar, sino más bien una condición de la eficacia de ésta, pues aunque no se encuentra previsto un determinado plazo -como antes estaba señalado el Código Orgánico Tributario de 1994, de noventa días prorrogables por un tiempo igual- sino que señala "durante todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito", es lógico suponer que no es indefinido este plazo.

Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, éstas medidas cautelares tributarias *extralitem* pueden dictarse sin que exista un juicio pendiente (instrumentalidad inmediata) y, sin que la Administración tributaria, tenga la obligación de hincar ningún juicio con posterioridad (instrumentalidad mediata); el Código Orgánico Tributario señala al respecto que la medida "tendrá plena vigencia durante todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito, y sin perjuicio que la Administración tributaria solicite su sustitución o ampliación" (artículo 298). Esto implica que la instrumentalidad no es con respecto de la futura ejecución de una sentencia ni tampoco tiene que ver con la efectividad del proceso sino que, sobre la base presuntiva

del riesgo, las medidas se acuerdan y se mantienen vigentes. La nueva regulación no sujeta, como sí lo hacía el Código anterior, la vigencia de la cautela dictada *extralitem* al inicio del juicio de cobro del crédito, con lo cual existe una total indeterminación en cuanto a la duración de la medida.

Se instituye entonces, en palabras de **Ortiz-Ortiz, R.** (2002, 614), un verdadero "proceso cautelar autónomo e independiente" en el sentido de que, la existencia de las cautelas no depende ni está sujeta a otro juicio, sino que ellas en sí mismas son autosuficientes. Esto es aplicable a las medidas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar pero las medidas cautelares innominadas no pudieran ser dictadas sin la existencia de un proceso, no sólo porque el Código de Procedimiento Civil no lo permite sino, fundamentalmente porque éstas cautelas apuntan a prevenir un daño potencial "dentro" de un proceso. Ello se deriva de la expresión "cuando una de las partes pueda causar una lesión en los derechos de la otra", lo que supone que haya partes procesales y, donde no hay juicio, no puede hablarse de partes de un proceso. En torno a este tema, el precitado autor maneja dos criterios relacionados con su constitucionalidad:

- El hecho de que las medidas cautelares puedan permanecer "vigentes" sin que la administración tributaria tenga la obligación de iniciar ningún proceso judicial, supone una ingerencia indebida en la esfera jurídico-patrimonial de los contribuyentes; si se entiende que nadie puede ser condenado sin un juicio

previo, pues no tiene sentido mantener a una persona con sus bienes embargados sin que exista o sin que tenga que existir juicio alguno; atentando esta situación contra la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 49 constitucional.

- Una segunda opinión pudiera sostener que, el hecho de establecer la posibilidad de "oposición" a la medida y, consecuentemente, apelación de la decisión que decida tal oposición, garantiza a los contribuyentes afectados el ejercicio del derecho a la defensa, por cuanto se le permite el ejercicio de los mecanismos de impugnación. En este caso la medida no podría refutarse como inconstitucional.

El criterio manejado por **Ortiz-Ortiz, R.,** respecto a la vigencia de las medidas cautelares *extralitem* sin la obligación de iniciar un proceso, es que rompe con la naturaleza de las mismas, en tanto que están diseñadas para garantizar la eficacia de un fallo o la efectividad de un proceso; al no existir proceso principal alguno y, en consecuencia ningún fallo que tutelar, entonces no se está en presencia de una medida, técnicamente, "cautelar" sino una ingerencia indebida en la esfera de los derechos subjetivos de los administrados. He aquí, su posible inconstitucionalidad.

3. Jurisdiccionalidad

Para **Herce V.**, (1976, 231), frente a una minoría que sostiene que son una forma de la actividad administrativa, es indudable que tienen naturaleza jurisdiccional, por cumplir una de las funciones del proceso: la aseguratoria.

Entiende **Serra M.** (1974, 31) que la medida cautelar es jurisdiccional en cuanto contiene elementos jurisdiccionales típicos, como son la declaración con fuerza de cosa juzgada y, sobre todo, por su carácter instrumental respecto de un ulterior pronunciamiento jurisdiccional.

Para **Garberi J.** (1989, 141) son jurisdiccionales porque necesitan de una resolución judicial, en forma de un auto motivado, para desplegar su completa virtualidad.

Por su parte, **Chinchilla, C.** (1991, 40) opina que las medidas cautelares son jurisdiccionales "en cuanto son adoptadas en un proceso judicial con el contenido y los efectos ya conocidos", lo que significa que junto a las medidas cautelares de carácter jurisdiccional hay también administrativas; y son aquellas, idénticas por su contenido y efectos a las jurisdiccionales, pero adoptadas por la Administración en vía de recurso administrativo.

4. Provisionalidad.

Esta nota también ha sido destacada por todos los autores como característica esencial de las medidas cautelares, sin olvidar su intima conexión con la instrumentalidad.

Hace referencia a la vigencia temporal de la tutela cautelar que pierde su eficacia cuando emana la sentencia, ya sea reconociendo el derecho, ya negando su existencia.

Adoptar medidas cautelares significa tomar decisiones que permitan garantizar la integridad del derecho cuya tutela se solicita, *mientras* dura el proceso, es decir, *hasta* que se obtiene la sentencia.

En este sentido, advierte **Chinchilla, C.** (1991, 34) que no todo lo que se hace en el incidente cautelar tiene, sin embargo, carácter provisional; añadiendo que:

> No lo tiene, por ejemplo, el juicio de la apariencia del "buen derecho" o de la certeza del "peligro en la demora", que, como creo que acertadamente señaló Calamandrei, es una "apreciación plena y definitivamente fundada". Puesto que en el juicio principal no se examina la existencia de las condiciones de la acción cautelar (derecho y peligro de daño), ya que versa sobre una acción diversa, esto significa que una vez apreciado el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, la acción cautelar está plena y definitivamente fundada.

Igualmente es importante resaltar que habrá ocasiones en las que los efectos – todos o algunos- de las medidas cautelares otorgadas se convierten en definitivos, por la sencilla razón de que den lugar a situaciones irreversibles. En ese caso la provisionalidad de la medida es muy relativa, ya que significa simplemente que los efectos que en ese momento se está soportando no se sabe todavía si se deberán soportar siempre, es decir, con carácter definitivo, pero ello no quita que alguno de ellos sea efectivamente definitivo.

Por eso es significativo que en la aprobación que el juez ha de hacer al adoptar las medidas cautelares sopese tanto la irreversibilidad o dificultad en la reparación del daño para el demandante como para el demandado; con más razón en el proceso contencioso-administrativo, y por antonomasia en el contencioso tributario, donde los intereses de la demanda (la Administración) son los de la comunidad.

En este orden de ideas, la jurisprudencia y la doctrina han sido contestes al afirmar como uno de los presupuestos fundamentales de toda medida cautelar, la existencia de una causa pendiente (*pendente lite*) de tal manera que cuando el juicio fenece, normal o anormalmente, no pueden tales medidas subsistir, toda vez que se ha extinguido la razón misma de su existencia: el proceso (**Fraga, L.,** 1997, 60),

Señala el texto orgánico tributario en el artículo 298 que las medidas *sub examine* tendrán plena vigencia durante todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito

5. Revocabilidad

El decreto cautelar, acordando o negando la cautela, crea cosa juzgada en relación con los hechos en que se basó el decreto, pero no impide que pueda formularse nueva petición sobre la base de hechos distintos, o los mismos hechos si faltaba actividad probatoria. Las medidas cautelares se encuentra comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic standibus* según la cual, al variar las circunstancias que le dieron origen pueden ser revocadas o modificadas a petición de parte.

En este sentido, establece el artículo 298 *in fine,* que el juez podrá revocar la medida, a solicitud del deudor, en caso de que éste demuestre que han desaparecido las causas que sirvieron de base para decretar la medida.

6. Urgencia

Es menester mencionar que la doctrina procesalista no suele incluir esta característica, sin embargo, siguiendo la corriente de autores como **Calamandrei** y **Chin-**

chilla, C., entre otros, como nota con sustantividad propia y, definidora por excelencia, junto a la instrumentalidad, de la tutela cautelar.

Lo característico de las medidas cautelares es que han de adoptarse con urgencia, inmediatamente, al margen, por tanto, de las formas del proceso; pues la urgencia es lo que explica y justifica las distintivas condiciones en las que el juez adopta su decisión de otorgar o denegar la medida cautelar solicitada.

Es precisamente la urgencia lo que obliga a que el cálculo que el juez debe hacer sobre cuál puede ser el contenido de la futura sentencia sea un preventivo cálculo de probabilidades como puso de relieve **Calamandrei, P.** (1936, 17).

En este mismo sentido, advierte el referido autor que para poder cumplir esa función de prevención urgente, las medidas cautelares no pueden llegar a alcanzar la comprobación sobre los dos extremos, sino que tendrán que conformarse con la apariencia de los mismos. Y por supuesto esa cognición tiene que ser mucho más rápida y superficial que la ordinaria.

La urgencia es, asimismo, la razón de que las medidas cautelares del proceso civil se adopten generalmente *inaudita parte.* Al ser un juicio sumario y abreviado, donde el juez tiene una extraordinaria limitación en su poder de conocimiento, se produce –en muchos casos- sin oír al demandado. En este sentido, se ha dicho que se

trata de un proceso sin vigencia del principio de contradicción (**Cortés, V.**, 1989, 468).

Es también la urgencia la que en último término justifica la necesidad de garantizar la medida cautelar con una caución. En las medidas cautelares, indica **Calamandrei**, hay un cierto riesgo, inherente al estado de incertidumbre del derecho que justifica la medida de urgencia. Si después resulta que el derecho no existe y que la aplicación de la medida cautelar fue inútil e incluso dañó injustamente a la otra parte, ésta tendrá derecho al resarcimiento de daños. Pero no porque la medida cautelar fuese ilegitima, sino dice **Calamandrei**, porque cada acción cautelar, debido a la urgencia con que se adopta, lleva consigo un cierto margen de error que constituye el precio de la rapidez con que se otorga, precio que lógicamente tiene que pagar el que se aprovecha de ella (**Calamandrei, P.**, 1936, 72).

IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

A. Generalidades

Tal como afirma **Fraga L.**; la regulación adjetiva de las medidas cautelares tributarias *extralitem*, es limitada y sólo alcanza a disciplinar una pequeña parcela de los acontecimientos que se suceden con su solicitud (1997, 90).

En consecuencia, este vacío legislativo, debe ser cubierto por las normas que regulen situaciones análogas, conforme se desprende del contenido del artículo 7 del Código Orgánico Tributario. En tal virtud, tratándose de las medidas cautelares, la remisión obligada es al Código de Procedimiento Civil, en el cual están previstas y resueltas la mayoría de los episodios que se producen al solicitarse estas medidas.

B. Requisitos de procedencia

En cuanto a la procedencia de los requisitos o condiciones que hacen viable las medidas cautelares, ha dicho **Morello, J.** (2001, 304), especialmente en lo tocante a la verosimilitud del derecho, que no existen guías rígidas y es una materia susceptible de grados, que se halla influida por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la especial medida cautelar de que se trate. Además que lo

que se disponga sobre el particular *no causa estado*, no persigue lo inmodificable, no deriva en resultados definitivos no se arropa en la preclusión o la estabilidad "para siempre".

Ha dicho que al enfocar las proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, que las medidas cautelares en concreto altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que en buena lectura redondea un expreso anticipo jurisdiccional favorable respecto de la decisión final. Por tal exige una mayor ponderación de los requisitos de admisibilidad, sin que se pueda descartar su procedibilidad cuando ella emerge como necesaria para resguardar los fines del proceso; tampoco se puede descartar su aplicación con motivo de incurrir en prejuzgamiento cuando existen los fundamentos que imponen expedirse (provisoriamente) en sentido favorable a su recepción sin perder de vista, asimismo, extremar la ponderación, cuando entra en juego la recaudación de la renta pública.

El actual panorama queda suficientemente iluminado con las apreciaciones de Storme, M., el eficiente Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal: "a) en todos los países, se toman medidas para analizar la productividad y la calidad de la Justicia y de mejorar, en consecuencia, la gerencia y la gestión de los órganos jurisdiccionales; b) la lentitud de la Justicia tiene como consecuencia que, más que nunca se recurre a los procedimientos de urgencia *(réferés)* con medidas cautelares, provisorias y/o urgentes.

1. Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*).

La expresión *fumus boni iuris* equivale a apariencia de buen derecho e implica que la situación que se pretende cautelar con la medida correspondiente tiene visos de ser la más probable conforme a derecho (**Serra, M**, 1974, 36). Normalmente, esta apariencia de derecho debe resultar acreditada por un principio de prueba de carácter documental, que en el campo tributario, consiste en actos que proceden de la Administración Pública y que está investidos *iuris tamtum* de la presunción de legalidad.

La adopción de la medida cautelar sólo es posible en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante (**Serra, M.,** 1974, 36).

La cognición cautelar se limita, pues, a un juicio de probabilidad y de verosimilitud sobre el derecho del solicitante y, en último término, sobre la buena fundamentación de su solicitud cautelar y, en consecuencia, sobre las posibilidades de éxito de la misma. Por eso es importante que quien solicita la medida cautelar fundamente suficientemente su pedimento y se comprende por ello, como ha afirmado **Serra M.**, que normalmente la prueba documental aparezca como absolutamente necesaria para la adopción de la medida cautelar. Así se observa, al examinar la normativa referente a las medidas cautelares tributarias *extralitem* en el Código Orgánico Tributario, que se exige la justificación documental.

Ciertamente, el artículo 297 del COT requiere que el tribunal acuerde la medida *"... con vista al documento en que conste la existencia del crédito o la presunción del mismo..."*, lo que equivale a decir, que se exige un elemento tangible sobre el cual el tribunal constate la existencia del crédito, de tal suerte que no basta afirmarlo.

Al respecto señala **Fraga, L.**, que el documento por antonomasia sería el acto administrativo definitivo (que determine tributos, imponga sanciones o en cualquier forma afecte los derechos de los administrados). Sin embargo, como las medidas proceden con respecto a tributos determinados o no, también sería admisible el acta fiscal, que aunque se dice que no determina tributos, lo cierto es que no se trata de un simple documento administrativo o acto de mero tramite, sino de una declaración de conocimiento de la Administración, sin carácter definitivo, pero rodeada de una presunción de legitimidad que le otorga fe a su contenido, mientras no se demuestre lo contrario, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del Código Orgánico Tributario (1997, 79).

Igualmente existen otros documentos de los cuales puede el juez constatar la existencia de un crédito fiscal, tales como las declaraciones estimadas y definitivas presentadas por los contribuyentes con respecto al tributo de que se trate, las cuales se presumen fiel reflejo de la verdad y comprometen la responsabilidad de quienes las suscriban, según el artículo 147, *eiusdem*, y cuya exactitud puede ser verificada por la Administración tributaria de conformidad con el artículo 130, *ibidem;* las solicitudes

de remisión de la obligación tributaria, de haberse acordado tal beneficio por ley especial según el artículo 53, *eiusdem*, y en general de todo documento del cual pueda constatar el juzgador, razonablemente, la existencia de un crédito a favor del Fisco y, conforme a dicho la jurisprudencia, las planillas de liquidación y los alcances de cuenta (Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, de fecha 11 de noviembre de 1996, caso Brudiam y Gil Triayre Mombrini, consultada en original).

En tal sentido, es inaceptable que los jueces exijan que se trate de un título ejecutivo, pues como ya se ha señalado, las medidas *in comento*, proceden con respecto a créditos determinados o no, mientras que un titulo ejecutivo supone, no sólo un crédito determinado, sino además que sea liquido y exigible (**Fraga, L.**, 1997, 81).

Así se han pronunciado los Tribunales de Instancia, específicamente el Juzgado Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, respecto a los créditos determinados o no:

> "Como se observa, se refiere el legislador a que el crédito sea determinado o no, y por ello el Tribunal estima necesario interpretar en forma concatenada los artículos 211, 111 197 del Código Orgánico Tributario. Según el artículo 111 *eisudem* "la determinación o liquidación es el acto o conjunto de actos que declaran la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia, por lo que frente al lector pudieran aparecer las expresiones determinación y liquidación como sinónimas, sin embargo `en una clara y acertada utilización de conceptos, debemos aplicar el vocablo determinación para identificar a esa operación mediante la cual se busca precisar la existencia o inexistencia, de la obligación tributaria, en cada caso particular,

con todos los elementos referidos al sujeto activo, al sujeto pasivo, a la base imponible, al monto de la deuda o liberación de esta (sic), etc; en tanto debemos limitar el uso de la expresión liquidación, al acto último de la `determinación tributaria´,..., a la cuantificación de la deuda (sic) tributaria, o su liberación, como resultado de aquel acto o proceso realizado´(Ilse van der Velde Heddrich en Determinación de la obligación tributaria, los convenios tributarios y el procedimiento sumario administrativo en nuestro Código Orgánico Tributario, Comentarios al Código Orgánico Tributario 1994, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 19985).

(...) Así, al no acoger el Código Orgánico Tributario en su artículo 111 la definición de liquidación en sentido estricto (sic) y no ser sinónimas las expresiones determinación que se exige a los fines de la solicitud y posterior decreto de medida cautelar con fundamente en el artículo 211 eiusdem, no requiere necesariamente la emisión de planilla de liquidación; y así debe entenderse lo referente a la existencia del crédito a tales fines". (Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, del 11/11/96, caso: Brudiam, C.A. y Gil Triayre Mombrini, consultada en original).

Esta sentencia parcialmente transcrita, dilucida que lo determinante a los fines de la procedencia de las medidas cautelares previstas en el COT, es la realización de un hecho imponible, al encuadrar un sujeto en el supuesto de hecho de la norma correspondiente que dé lugar al nacimiento de la obligación tributaria, que cause un crédito determinado o no y que además no sea exigible para la fecha en que se solicite la medida por existir un riesgo para la percepción de dicho crédito, resultado de la operación que se efectúa para determinar la existencia o inexistencia de la obligación tributaria.

Este requisito documental se justifica, no solo por el peligro de que la solicitud de la medida pueda ser desechada por el juzgador, sino porque habiéndose acor-

dado, puede suceder que luego se determine en un proceso posterior de conocimiento, que tal crédito no existía, o al menos no en la cuantía o por los conceptos que se había determinado originalmente, lo que podría servir de fundamento para exigir la responsabilidad del Fisco a que se refiere el artículo 299 del Código Orgánico Tributario.

No deber ser excesivo el rigor aplicado por el legislador para la exigencia de este requisito, pues como dice **García de Enterría, E**. (1989, 601), no se trata de apelar al *flair* o al olfato del juez, sino de "administrar justicia legal" acudiendo a criterios jurídicos perfectamente objetivables. El "humo de buen derecho" no se parecía por la nariz -continua diciendo el citado autor-, sino por un juicio objetivo.

El *fumus boni iuris* o la "posición jurídica tutelable" de la Administración tributaria puede sustentarse en "tributos, accesorios y multas" los cuales, a tenor de ley, pueden estar determinados o en proceso de determinación y aún cuando "no sean exigibles por causa de plazo pendiente".

Al respecto la determinación ha sido definida por la doctrina como el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares, o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación (**Giuliani, C**., 1993, 491). Para **Valdés, C.** (1996, 356), por su parte la determinación es el

acto que declara la existencia y cuantía de la obligación tributaria, hasta entonces en estado potencial o de inercia.

De igual forma la jurisprudencia patria, al referirse a la determinación ha señalado que no hay que confundirla con liquidación del tributo, ya que ésta es posterior a la determinación, y su concepto está vinculado al aspecto final del proceso de determinación. De donde se deduce que no puede haber liquidación sin una previa determinación (Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa. Sentencia de fecha 03/05/84).

2. Peligro en la demora (*Periculum in mora*).

Este requisito hace referencia al fundamento mismo de la medida a adoptar. En efecto, como se ha dicho, con la cautela se pretende paliar los riesgos que el transcurso del tiempo puede producir sobre la eficacia de una determinada actuación (el peligro de la demora), y por ello las medidas se configuran, en palabras de **Calamandrei**, como "una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma" (**Chinchilla, C.**, 1991, 42).

La medida cautelar tiene como finalidad evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio está en la propia definición de las medidas cautelares.

En efecto, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza. Sin este peligro, que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga integro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares.

En la cognición que el juez debe hacer sobre el derecho y sobre el daño hay una diferencia sustancial, ya que según **Calamandrei, P.**, mientras que la cognición del primero de los elementos se limita a un juicio de probabilidad y verosimilitud, la cognición cautelar del daño debe alcanzar la certeza y no la verosimilitud del mismo. (1936, 63).

En este sentido, advierte **Calamandrei**, la indagación y posterior comprobación sobre el *periculum in mora* puede realizarse de diferentes maneras:

a) De modo pleno y profundo, antes de la concesión de la medida cautelar;

b) En dos tiempos, dentro del proceso cautelar: cognición sumaria en el primer tiempo y ordinaria en el segundo, cuando es confirmada por el juez, y

c) En vía sumaria sin que le siga una ulterior fase de comprobación.

La indagación y comprobación de la certeza del daño exigen una actividad probatoria de parte del solicitante de la medida. Este deberá probar que los daños o perjuicios son realmente irreparables o de difícil reparación y que esos daños se derivan precisamente del posible impago por parte del deudor.

Es necesario que estos daños sean reales y efectivos, aunque ello no significa que hayan de ser actuales, pues suficiente que sea un daño futuro y eventual; pueden ser materiales o morales y, finalmente, han de ser concretos. (**Rodríguez-Araña, J.**, citado por **Chinchilla C.**, 1991, 43).

Además de esas características, señala **Saporito G.**, citado por **Chinchilla C.**, debe ser, de difícil o imposible reparación, lo que no significa que sea irresarcible, sino irreversible. Es decir, la irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca integro y no que se le asegure una indemnización.

En el caso de la medida cautelar tributaria *extralitem,* la comprobación por parte del juez del *periculum in mora,* presenta como peculiaridad importante, que

debe valorarse siempre el interés público implícito en el acto administrativo de que se trate. Huelga decir, que la apreciación del daño irreparable debe hacerse en presencia de la apreciación del posible daño que para los intereses generales puede derivarse de la adopción de una medida cautelar. Por tanto, ello significa que la irreparabilidad del daño para el solicitante ha de ser comparada y ponderada con la irreparabilidad del daño para el interés público.

Como señaló **Calamandrei**, el interés especifico que justifica la emanación de una medida de este tipo es la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva, es decir, la razón de ser de la tutela cautelar es el denominado *periculum in mora* (1936, 15).

Esta situación de peligro para la satisfacción del crédito tributario, accesorios o multas, se ha de concretar, en dos circunstancias: la primera, de índole subjetivo, es la creencia por parte del órgano competente de que el cobro se va a ver imposibilitado, y que corresponde al ámbito de la formación de su voluntad administrativa, y la segunda, de naturaleza objetiva, que debe acompañar a la anterior, consiste en que el deudor realice una serie de actos que hagan presumir un riesgo para la exacción fiscal (**Arangüena C.**, citado por **Corcuera A.**, 1998, 79).

Como se observa no define la legislación tributaria nacional a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el contenido de este requisito de procedencia. Por tanto, queda a libre arbitrio del juez considerar el riesgo temido por la Administración.

En efecto, en el derecho positivo español la explicación del significado se refiere a la existencia de indicios racionales del cobro frustrado o gravemente dificultado mediante la realización por el deudor de actos que tiendan a *ocultar, gravar o disponer de sus bienes* en perjuicio de la Hacienda Pública.

Sin embargo, del mismo modo se puede asumir que ese *riesgo para la percepción de los créditos por tributos, accesorios y multas* se encuentre fundado en un elenco de indicios, que a decir de la doctrina, deben estar debidamente probados, no bastando las meras sospechas y que el hecho consecuencia aparezca directamente enlazado con el hecho base a través de un raciocinio lógico, según las reglas del criterio humano, de forma que quede constancia del camino en virtud del cual se ha enlazado, bajo criterios de lógica y racionalidad, los indicios y la conclusión a la que se ha llegado -motivación. (**Corcuera A.**, 1998, 82)

En definitiva, se tratará del acontecimiento de una serie de hechos, llevados a cabo por parte de los sujetos pasivos de la relación jurídica tributaria, a partir de los cuales el tribunal competente tenga la certeza de que se realizan con la finalidad de

alcanzar la situación de insolvencia, para burlar de esta manera sus obligaciones con el Fisco, con el menoscabo que ello supone para el crédito tributario.

En opinión de **Corcuera A**.(1998, 83) es aconsejable configurar de una forma totalmente objetiva los requisitos para acordar las medidas, de manera que se pudieran adoptar a partir de que se realizaran actos en perjuicio de la Hacienda Pública, sin que el órgano competente tuviera que apreciar indicios racionales de que el cobro se va a desbaratar, pues en última instancia, la finalidad de eludir el pago del tributo se podría haber supuesto ante la realización de los actos en fraude de acreedores.

En este orden de ideas, se aprecia que el análisis de este requisito es totalmente subjetivo en el COT, pues no señalan actuaciones que constituyan indicios.

Por otra parte, el riesgo para la percepción del crédito fiscal se debe suponer cuando el cumplimiento de la obligación de que se trate se imposibilite u obstaculice, en fase voluntaria.

El Código Orgánico Tributario en su artículo 297, único aparte, solo exige que el riesgo sea *justificado por la Administración tributaria*, es decir, que no es necesario que se pruebe el riesgo, sino que se ofrezcan al juez razones de hecho que sustente la inminente frustración de cobro de un crédito fiscal y se justifique, mediante argumentos de hecho y de derecho (**Fraga, L.**, 1997, 88).

Resulta sano y valiosamente correcto, desde la perspectiva procesal aportar junto con la solicitud de la medida cualquier elemento que contribuya a llevar a la convicción del juzgador la existencia incontestable del riesgo, toda vez que el juez es libre y soberano en la apreciación de éste; y siempre tomando en consideración la responsabilidad involucrada del Fisco en los resultados de las medidas solicitadas, por lo que es conveniente su convencimiento de que el procedimiento de fiscalización sea lo suficientemente exhaustivo.

3. Peligro de daño (*Periculum in damni*).

Este requisito consiste en el fundado temor de que una de las partes, con su conducta, va a cometer una lesión grave y de difícil reparación en los derechos de la otra siendo necesario demostrar al juez en lo contencioso tributario que la conducta procesal del contribuyente perjudicará los derechos del Fisco. Con la particularidad de que, este requisito se exigiría cuando se solicite y se decrete una medida cautelar innominada prevista en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Ciertamente las medidas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, previstas en el artículo 296 del COT, sólo pueden ser solicitadas por la Administración tributaria, las medidas cautelar innominadas pueden ser solicitadas, tam-

bién, por el contribuyente; pues éstas medidas consisten en "autorizaciones" y "prohibiciones", por lo cual es posible que el contribuyente requiriese de medidas de este tipo para garantizar sus propios derechos.

C. Sujeto activo y sujetos afectado por las medidas. Órgano competente para atender la solicitud.

1. Sujeto activo:

El análisis del sujeto activo de las medidas cautelares tributarias *extralitem* parte en determinar a quién corresponde solicitarlas recayendo en la Administración tributaria, quien posee la legitimación activa para pedir al tribunal competente la medida cautelar que considere proporcional al riesgo temido en la percepción de los créditos por tributos accesorios y multas.

Es menester, en tal sentido, la presencia de una circunstancia que debe darse en el proceso de formación de voluntad del citado órgano, como es el que exista un indicio racional del cobro tributario, por lo que se requerirá de este sujeto activo la comprobación, investigación y obtención de información para luego llevar a la convicción del juez la necesidad de adoptar la medida cautelar solicitada.

2. Sujeto afectado por la medida:

De la combinación de la finalidad de las medidas cautelares tributarias *extralitem* – asegurar el cobro del crédito fiscal -, junto con las circunstancias para acordarlas, se desprende que las medidas están dirigidas a los deudores tributarios, por lo cual va a ser preciso establecer quiénes se encuentran incluidos en tal categoría.

Se trata de asegurar el cobro de créditos tributarios, es obvio que debe referirse necesariamente al contribuyente, respecto del cual se verifica el hecho imponible, a tenor de lo establecido en el artículo 22 del Código Orgánico Tributario. Esta condición puede recaer en las personas naturales, prescindiendo de su capacidad según el derecho privado; en las personas jurídicas y en los demás entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyen calidad de sujeto de derecho; y en las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica que dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional. Sin embargo, los deudores principales lo son los sujetos pasivos, a titulo de contribuyente o sustituto, huelga decir, los responsables y los sujetos infractores que pueden coincidir con los anteriores o no.

El contribuyente realiza el hecho imponible y manifiesta la capacidad económica que se pretende gravar, mientras que el sustituto se coloca en lugar del anterior, asumiendo el cumplimiento de sus obligaciones materiales y formales, cuando acontece el presupuesto de hecho previsto para ello. Dentro de este ámbito subjetivo, y

como un supuesto excepcional, el artículo 296 del COT permite adoptar medidas que van a recaer sobre una serie de sujetos que en el momento de acordarlas no son todavía obligados tributarios, pero que lo serán en el futuro, pues no exige la norma que los créditos tributarios estén determinados o sean exigibles.

Los responsables, que no están en relación con el hecho imponible sino con el presupuesto de hecho de la responsabilidad, se colocan por mandato legal junto al sujeto pasivo y se hacen cargo, en virtud del carácter de la misma, solidaria o subsidiaria, del pago de los distintos conceptos que integran la deuda tributaria.

Como se desprende, hay que decir que todos los deudores, principales o supletorios, y los supuestos en los que técnicamente todavía no hay deudor pero lo puede haber próximamente, son susceptibles de considerarse como sujetos afectados por las medidas cautelares, pues al estar obligados, en el presente o en el futuro, al pago de créditos por tributos, accesorios y multas, puede surgir la necesidad de asegurarlos cuando se den, junto al resto de requisitos subjetivos

3. Órgano competente para atender la solicitud:

El ordenamiento jurídico ha atribuido esta competencia al órgano jurisdiccional, concretamente al Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario, el cual las de-

cretará sobre la base de la concurrencia de dos hechos: el documento en que conste el crédito fiscal y el riesgo que corre su recaudación, según justificación fundamentada pero sumaria que deberá hacer la Administración tributaria.

El tribunal tiene encomendada la labor de dictar las medidas cautelares en proporción al riesgo, a la cuantía y las demás circunstancias.

D. Contenido y oportunidad de la solicitud.

1. El contenido de la solicitud:

La Administración tributaria debe justificar el riesgo para la percepción de un crédito tributario mediante una prueba documental para llevar al convencimiento del juez la necesidad de adoptar medidas cautelares para garantizar un derecho que se encuentra bajo la amenaza de no ser satisfecho. Es por ello, según indica **Fraga L.**, (1997, 96) que el solicitante debe explanar en su solicitud lo siguiente:

- Identificación del sujeto contra quien debe obrar la medida.
- Relación de los hechos que han dado lugar a la existencia del crédito fiscal y del riesgo de recuperación que se cierne sobre el mismo (investigación fiscal).

En este apartado afirma acertadamente el citado autor, que el concepto de riesgo es sin duda un concepto jurídico indeterminado, por lo que la Administración tributaria debe ofrecer al juez diversos elementos que faciliten la operación del conocimiento sumarísima que debe realizar. Así, el monto de los derechos fiscales frente al patrimonio del contribuyente; la infracción reiterada de normas tributaria por parte de éste; la realización de actividades al margen de la ley; la existencia de empresas "fantasmas" llevando a cabo operaciones de gran magnitud económica; el abuso de las formas con el fin de ocultar enormes fraudes a la ley; exiguos capitales sociales frente a grandes montos de derechos fiscales presumiblemente adeudados, entre otros; son elementos que pueden generar en el juez la convicción de un riesgo.

- Debe precisarse cuál o cuáles de las medidas cautelares tributarias *extralitem* previstas en el texto orgánico tributario, es la que mejor responde a evitar el riesgo, así como su justificación, y, en caso de tratarse de una medida cautelar innominada, debe describirse claramente qué tipo de protección se requiere en el caso especifico.
- Identificación precisa del objeto sobre el cual recaerá la medida, quedando a salvo la posibilidad de incluir otros bienes o solicitar medidas complementarias en el momento de la ejecución.
- Si bien es cierto que el Fisco no debe afianzar, los resultados de la medida le generan responsabilidad, razón por la cual es prudente descartar mediante la

necesaria argumentación, cualquier viso de temeridad en la solicitud, a fin de que ésta aparezca, más que razonablemente pertinente, indispensable.

2. Oportunidad de su solicitud:

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas durante todo el curso del procedimiento administrativo del primer grado que culmina con el acto administrativo definitivo que determina tributos, impone sanciones o en cualquier forma afectan los derechos de los administrados o durante el procedimiento administrativo de segundo grado que se inicia con la interposición del recurso jerárquico o durante el procedimiento contencioso tributario, de conformidad con los artículos 247 y 263 del Código Orgánico Tributario.

E. El decreto cautelar y las distintas medidas acordables

1. El decreto de la medida:

Señala el artículo 297 que el tribunal decretará la medida o medidas, graduadas en proporción del riesgo, cuantía y demás circunstancias del caso. En este sentido prevé el artículo 298 que el juez decretará la medida dentro de los dos (2) días de despacho siguientes, *inaudita alteran parte.*

Pues bien, a la hora de adoptar medidas cautelares, el juez debe ponderar que estas sean proporcionadas al daño que se pretende evitar, que no es otro que el perjuicio al crédito que ostenta la Hacienda Pública. Este principio de proporcionalidad consagrado como se ha visto en el Código Orgánico Tributario debe ser utilizado con un doble valor, según afirma **López, J.**, citado por **Corcuera A**. (1998, 130), pues en la mayoría de las ocasiones se le asimila a algunos derechos o principios constitucionales, como la justicia, la igualdad, la tutela judicial efectiva o la presunción de inocencia, garantizando así estos derechos a través de la proporcionalidad.

Este doble función del principio de proporcionalidad se manifiesta entonces por un lado como valor constitucional y, por otro la actuación judicial debe estar vinculada a las exigencias establecidas en la ley para su adopción.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha reconocido expresamente la sustantividad del principio que se está analizando, como medida y limite sustancial de la actividad de la Administración – en el caso de Venezuela corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario - a la hora de ejercer la potestad para acordar medidas cautelares, al manifestar en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia 108/1984, de 26 de noviembre (BOE de 21 de diciembre) con relación a la presunción de inocencia, que la adopción de medidas cautelares es constitucionalmente admisible "siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho

que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso" (**Corcuera, A.**, 1998, 133)

En cuanto al contenido concreto de la proporcionalidad destaca la doctrina ya citada, que debe destacarse la existencia de un aspecto material y otro formal. El ámbito material indica las circunstancias que tienen que ser tomadas en consideración por el órgano competente para adoptar la medida cautelar. En este sentido, lo proporcional exige, en primer lugar, que la elección de las medidas sea adecuada, y sobre todo que dentro de ellas se opte por la que sea menos restrictiva, esto es, la que cause un menor perjuicio al deudor; y en segundo lugar, la proporcionalidad deberá ser tenida en cuenta tanto desde una perspectiva cuantitativa, esto es, con relación a la cantidad que constituya la deuda tributaria a asegurar, como cualitativamente, con relación a la cantidad de los bienes sobre los que tenga que recaer la medida cautelar que tienda a garantizar el pago, de manera que no se produzcan desajustes entre ambos puntos de vista.

Con el aspecto formal se hace referencia a cómo debe materializarse el requisito de la proporcionalidad. En este caso, el elemento fundamental que ha de ser tenido en cuenta es el de la motivación de acto por el que se acuerda una determinada

medida cautelar, pues solo a través de ella se viene a proyectar la exigencia que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Distintas medidas acordables:

En este apartado se estudiarán las diferentes posibilidades que el Código Orgánico Tributario regula con el fin asegurar el cobro de créditos tributarios por concepto de tributos, accesorios y multas.

Como ya se ha visto, en un primer momento el juez, una vez solicitada la medida por la Administración tributaria, tiene que apreciar en abstracto la existencia del supuesto de hecho y de los requisitos necesarios para decretarlas, determinando su conveniencia para el caso planteado.

Por lo que se refiere a las distintas formas que pueden adoptar las medidas cautelares, el artículo 296 del COT, se refiere expresamente a:

- Embargo preventivo de bienes muebles;
- Secuestro o retención de bienes mueble;
- Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, y

- Cualquier otra medida, conforme a las previsiones contenidas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, antes de analizar las modalidades previstas en el Código Orgánico Tributario, es útil dejar en claro dos cuestiones que se desprenden de la regulación *sub examine* y que afectan a la decisión del órgano competente en orden a decretar la medida cautelar solicitada, y que se refieren, por una parte, a sí esta norma establece una lista cerrada o abierta, esto es, si caben o no, más medidas que las establecidas en el artículo 296; y por otra parte, también habrá que dilucidar si existe un orden de prelación en cuanto a la medida a adoptar.

En relación con el primer problema planteado, el dispositivo legal comentado señala que "...las cuales podrán ser...", lo cual puede llevar a interpretar que no caben más medidas que las que aparecen en el artículo 296 del COT.

Sin embargo, en opinión de **Fraga L.** (1997, 98), la expresión "podrán", utilizada por el legislador refleja claramente y sin lugar a equívocos su intención de establecer una enumeración enunciativa y no taxativa de las medidas decretables, de tal suerte y toda vez que existe una remisión obligada al régimen cautelar general previsto en el Código de Procedimiento Civil, el juez contencioso tributario está facultado, en uso de su poder cautelar general para decretar las providencias a que se refiere el único aparte del artículo 588 del CPC, conforme al cual, el juez podrá también acor-

dar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

Es importante acotar en este punto, la inclusión de las medidas cautelares innominadas dentro del elenco de cautelas previstas en el artículo 296 del Código Orgánico Tributario, mediante las cuales el tribunal puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión, con la necesaria remisión al Código de Procedimiento Civil para su adopción.

Por lo que respecta a sí existe una prelación entre las distintas clases de medidas reguladas, debe responderse negativamente, pues cuando dice que "las cuales podrán ser..." está posibilitando que la Administración tributaria al solicitar la medida opte entre cualquiera de las establecidas allí en el COT; toda vez que su conducta haya deberse guiada por la ponderación de dos criterios contrapuestos, pero complementarios: por un lado, el interés público que protege el artículo 296 *ejusdem* -el cobro de la deuda tributaria-, obligará a escoger preferentemente, y si ello es posible, la medida que dé mejor y más fácil manejo garantice la satisfacción de la obligación tributaria; y por otro lado, no debe olvidarse que los límites de la facultad de acordar cautelas tributarias aconsejan inclinarse por la más proporcional y la que menos incida sobre los derechos del obligado (*favor libertatis*), sin que en ningún caso produzca un perjuicio irreparable.

F. Alcance, contenido y duración de las medidas.

1. Alcance:

Debido a las delicadas consecuencias que la suspensión de pleno derecho comporta, el Código Orgánico Tributario de 1983, estableció la posibilidad de que se dictasen medidas cautelares cuando existe grave riesgo para la percepción de créditos por tributos, intereses o recargos "...ya determinados ...", no exigibles por causa del plazo pendiente por haberse interpuesto algún recurso o en el caso de multas, cuando éstas hubiesen sido confirmadas mediante resolución dictada en el recurso jerárquico.

El Código Orgánico Tributario de 1992 reprodujo la norma comentada, pero agregó "... determinados o no ...". De la misma manera el Código de 1994 conservó la redacción existente en el Código de 1992, en su totalidad. Y finalmente, la reforma al Código Orgánico Tributario de 2001, establece la posibilidad de que se dicten medidas cautelares cuando el riesgo recaiga sobre la "... percepción de los créditos por tributos, accesorios y multas aún cuando se encuentren en proceso de determinación, o no sean exigibles por causa de plazo pendiente ...".

Pues bien, sobre estas medidas cautelares ha dicho **Blanco, A**. (1996, 101) que su consagración tiene por objeto salvaguardar el principio de igualdad de las partes en

el proceso, previsto en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

> "Los jueces garantizarán el derecho de defensa y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tenga en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún genero".

Esta posición no es compartida por **Fraga, L.**, pues señala que el interés público en la recaudación fiscal, justifica con suficiencia y sin necesidad de acudir a ningún principio procesal, la consagración de estas medidas para restablecer el desequilibrio creado por el efecto suspensivo y salvaguardar los créditos tributarios en peligro de no ser satisfechos (1997, 56).

2. Contenido:

En virtud de lo establecido en el artículo 296 del Código Orgánico Tributario, la medida que se adopte puede recaer sobre bienes muebles – por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley, según el artículo 531 del Código Civil -, o inmuebles – por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren, según el artículo 526 del Código Civil -, o concretarse a ordenar o prohibir la

ejecución de ciertos actos o conductas en caso de tratarse de una medida cautelar innominada.

En razón de no encontrarse en el texto legal tributario, disposiciones relativas al respecto, es menester remitirse al Código de Procedimiento Civil, específicamente al artículo 586 que establece la obligación del juez de limitar la medida a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. Por tal razón, el juez debe señalar con precisión el valor de los bienes para determinar la suficiencia de estos con relación a la deuda tributaria que se pretende asegurar.

Por otra parte, ninguna de las medidas cautelares tributarias objeto de estudio, podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren (artículo 587 del CPC). Asimismo, debe tenerse en cuenta los límites al embargo de sueldos, salarios y remuneraciones de cualquier especie, previstos en el artículo 598 *eiusdem*.

3. Duración:

En este apartado se van a examinar varias situaciones relativas a las medidas cautelares, todas ellas contempladas en el artículo 296 del COT, que acontecerán después de haber sido decretadas y que son reflejo de una serie de circunstancias que

afectaran la existencia de las medidas. En efecto, desde un punto de vista temporal, una vez decretada la medida, ineludiblemente, estará abocada a ser levantada, si ha cumplido su función, o si es sustituida por una caución suficiente a juicio del tribunal o acumulada a un juicio principal por todo el tiempo que dure éste, según los casos.

Igualmente la prórroga es una circunstancia que afecta la existencia de estas medidas, por lo que es menester señalar que esta figura fue eliminada en la reforma al COT de 2001.

En efecto, señalaba el artículo 213 que el juez al decretar la medida, en el mismo acto debía fijar el plazo de duración de la medida, el cual no podía exceder de noventa (90) días continuos prorrogables por un término igual a solicitud de la Administración tributaria, si continuaban existiendo las razones que ponían en peligro la exacción de la deuda tributaria. Sin embargo, ahora el texto orgánico tributario expresa en el artículo 298 que estas medidas tendrán plena vigencia durante todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito.

La prorroga de las medidas cautelares se circunscribía en el COT de 1994 a un supuesto y con un alcance temporal muy delimitado, de ciento ochenta (180) días. Esto traía como consecuencia en muchos casos, que una vez decretada la medida cautelar, y prorrogada a petición de la Administración tributaria, ésta aún no hubiese notificado al contribuyente el acto administrativo susceptible de ser recurrido, y lasti-

mosamente transcurrían íntegros los seis meses sin haber iniciado el procedimiento contencioso tributario, produciéndose el decaimiento de la medida por el transcurso del plazo.

Sin embargo, ante el silencio del legislador tributario, existía la interrogante en los tribunales de instancia, si este decaimiento debía producirse de pleno derecho, y por tanto ser declarado oficiosamente por el tribunal o debía ser solicitado por el afectado de la medida.

Ahora con la nueva reforma del COT, no se establece una duración determinada, sino señala que es por todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito; lo cual puede ir en detrimento de los derechos de los afectados por las cautelas y quebrantar especialmente el principio de seguridad jurídica. Efectivamente, los intereses afectados y la seguridad jurídica obligan a interpretar que las medidas no se pueden mantener *sine die*, pues no basta que la ley prevea su levantamiento cuando cesen las circunstancias que la motivaron o se garantice la deuda. Pues como señala **Corcuera A.**, citado autor español, con ocasión de una situación similar en su país, "ya supone una importante quiebra de la seguridad jurídica el hecho de que ni los procedimientos de comprobación e investigación tributaria ni el procedimiento de apremio tengan plazo prefijado para su terminación ..., pero sería mucho más grave, si cabe, que las medidas cautelares pudieran prorrogarse indefinidamente (1998, 196)".

No obstante, ello no debe significar que ahora las medidas cautelares tributarias tengan una extensión ilimitada en el tiempo, pues debe recordarse ante todo que las medidas son provisionales, lo cual implica la fijación de un margen temporal que limite su existencia.

En todo caso, una vez decretadas las medidas, tendrán que levantarse o durar por todo el tiempo que dure el juicio principal al que se acumulen en función de las circunstancias que acontezcan, siempre teniendo presente que su duración en el tiempo no puede ser ilimitada.

En el primero de los casos apuntados, establece el citado artículo 298 *in fine*, que el juez podrá revocar la medida, a solicitud del deudor, en caso de que éste demuestre que han desaparecido las causas que sirvieron de base para decretar la medida.

Por otro lado, el único aparte del artículo 298 *eiusdem*, prevé que las medidas decretadas podrán ser sustituidas a solicitud del interesado, por garantías que a juicio del tribunal sean suficientes y cumplan las formalidades del artículo 72 del Código.

Y finalmente, el artículo 301 prevé la acumulación de las medidas cautelares en todo estado y grado, al procedimiento contencioso tributario, al cual se remite el expediente del procedimiento cautelar.

En este orden de ideas, el levantamiento supone la desaparición jurídica de la limitación patrimonial a la que estaba sometida el bien o conducta – en el caso de las medidas innominadas – del obligado tributario que se afectó al aseguramiento de la deuda de la Hacienda Pública. En tal razón, tal levantamiento deberá llevarse a cabo formalmente con los mismos requisitos que el decreto, esto es, deberá estar debidamente motivado.

Igualmente, existe otra situación que produce la desaparición de una medida por efecto del decaimiento, cuando ésta, sujeta a una vigencia determinada no se prorrogue ni se acumule al procedimiento contencioso tributario. Tal situación descrita, fue eliminada en la nueva reforma del COT como ya se había mencionado.

Efectivamente, las medidas también deben desaparecer si se produjera el decaimiento administrativo del acto que constituya el *fumus bonu iuris* de éstas, de conformidad con el artículo 192 del COT que establece que la Administración tributaria dispone de un plazo máximo de un (1) año contado a partir del vencimiento del lapso para presentar el escrito de descargos, a fin de dictar la resolución culminatoria de sumario. En efecto, si la Administración tributaria no notifica validamente la resolu-

ción dentro del lapso previsto para decidir, quedará concluido el sumario y el acta invalidada y sin efecto legal alguno.

En este caso, como se puede observar se trata de una situación que obligará al juez a actuar de oficio, a pesar de no contemplarse expresamente en la ley; aunque nada impide que sea el propio sujeto afectado el que solicite el levantamiento.

También resulta evidente que las medidas deban revocarse a instancia del interesado, cuando se pague la deuda al desaparecer el fundamento legal que las sustenta cual es el riesgo en la percepción del crédito.

La revocatoria y posterior levantamiento de la medida por desaparición de los requisitos que provocaron la adopción de la misma, puede calificarse como el modo normal de extinguirse la figura tributaria que se está examinando desde el punto de vista de su configuración legal, pues responde a la necesidad de eliminarla si el supuesto de hecho que la originó ya no existe (**Corcuera A.**, 1998, 190). Desde esta perspectiva, la no concurrencia sobrevenida de cualquiera de los requisitos de la cautela, esto es, el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*, obligarán al órgano jurisdiccional a instancia de parte a revocar la medida, previa demostración en autos de tal circunstancia.

En segundo lugar, el artículo 299 del COT reconoce como causa de extinción de las medidas cautelares la posibilidad de sustituirlas por otra garantía que se estime suficiente. Se trata en este caso de una forma de levantamiento excepcional, porque no responde a la necesidad real de poner fin a la medida preventiva al no resultar ya necesaria, sino que obedece a la transformación de la medida inicialmente decretada en otro medio que el juez considere que puede evitar de igual manera que aquélla, el impago de créditos por tributos, accesorios y multas. De igual manera, este segundo supuesto, ha de ser a solicitud del interesado que proponga la sustitución por una caución, la cual debe ser apreciada como suficiente por el órgano jurisdiccional competente.

La determinación de lo que debe entenderse por *garantía suficiente* se encuentra vinculada en el ordenamiento tributario a otros supuestos legales en lo que se exige este mismo requisito y en los que aparece desarrollado en mayor medida que el artículo 299 del COT. Concretamente, se está haciendo referencia a las situaciones de otorgamiento de prórrogas, fraccionamientos, plazos u otras facilidades de pago, en cuyos casos la Administración tributaria requerirá al solicitante, de conformidad con el artículo 70 del Código, constituir garantías suficientes, ya sean personales o reales.

G. La sustitución de las medidas

Señala la doctrina española que en el ordenamiento jurídico tributario existen una multitud de medidas tendentes a tutelar el crédito tributario, las cuales pueden dividirse en dos grandes grupos: garantías en sentido amplio y garantías en sentido estricto.

El primero de ellos engloba cualquier forma o modo especial de afianzar la efectividad de un crédito, configurándose, en palabras de **Acosta E.**, citado por **Corcuera A.** (1998, 55), "como potestades, facultades o derechos que, sin ser esenciales al propio crédito son otorgados por la ley a la Administración con el fin de facilitar y asegurar la satisfacción del interés del acreedor". Dentro de estas garantías en sentido amplio, que se caracterizan por ser medios indirectos de tutela del crédito, se puede citar, a titulo de ejemplo, algunas como el carácter inderogable de la obligación tributaria, la presunción de legalidad y el carácter ejecutorio de los actos de la Administración tributaria (procedimiento ejecutivo), la facultad de los órganos administrativos de determinar unilateralmente la deuda, la obligación de proporcionar información por parte de terceros, las presunciones que se establecen en beneficio del crédito, entre otros.

Junto a estas garantías en sentido amplio coexisten las garantías en sentido estricto que se identifican por tres notas: ser establecidas por ley; constituir una relación de subordinación o accesoriedad perfectamente distinta respecto del crédito tributario, de manera que se añade al derecho de crédito, el cual viene a gozar de una cualidad

adicional que antes no tenía; y tener una eficacia directa. Este tipo de garantías estrictas se diferencia de las anteriores, en que están previstas expresamente.

Para **Calamandrei**, la fianza o *cauzione,* más que un presupuesto de las medidas cautelares, es una medida cautelar propiamente dicha, pues su finalidad es asegurar preventivamente un eventual derecho de resarcimiento de daños a favor del demandado. Funciona por ello, para **Calamandrei**, como *cautela de la cautela* (1984, 44), o como dijo **Chiovenda**, como *contracautela* (1921, 251).

Según **Cabanellas, G,** en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (1989, Tomo II, 108) caución es:

> "Precaución, cautela. Garantía. Seguridad. La ley 10, del tit. XXXIII, de la Part. VII la definía: "seguramiento que el deudor ha de hacer al señor del deudo, dándole fiadores valiosos o peños". Puede definirse cual la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado; lo obligatorio, aun sin el concurso espontáneo de su voluntad. En el presente, caución es sinónima de fianza, que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento *(omissis)*".

Caucionar: "Dar caución, fianza o garantía. Precaver un daño; evitar un perjuicio".

> Garantía: " Afianzamiento, fianza. Prenda. Caución. . Obligación del Garante. Cosa dada para seguridad de algo o de alguien. Protección frente a un peligro o contra un riesgo. Confianza que inspira la intervención de una persona o que la misma figure un gobierno, junta gestora u otro puesto donde la capacidad, la honradez sean más importantes aún que la

generalidad de los casos, por los intereses en juego (1989, Tomo IV, 153).

Como se observa, existe esa relación de instrumentalidad que, por lo demás es doble, ya que se da respecto de la medida cautelar, de un lado, y de la decisión final, de otro. En este sentido, la caución tiene un carácter instrumental negativo, en cuanto impide que la medida dañe; o sea, prestada anticipadamente los medios – casi podría decirse el *contraveneno*- para remediar eficazmente el daño que pueda derivarse de su injusticia.

Frente a la decisión principal, la caución tiene carácter instrumental positivo, en cuanto que preventivamente asegura la realización del hipotético derecho al resarcimiento de daños que encontrará su titulo en la sentencia que, al final, revoque por improcedente la medida cautelar (**Calamandrei, P.**, 1982, 46).

Sin embargo, es importante significar, que la caución en muchos casos, no permite una restitución integra y en especie del daño causado, sino una indemnización. Tampoco hay que olvidar las dificultades de fijar la cuantía de la caución que están en relación con las dificultades de calcular y cuantificar los daños que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar. Estas dificultades se multiplican cuando lo que hay que considerar, cuantificar y calcular es el daño que puede causarse al interés general. No obstante, la caución es requisito necesario, cuando de la me-

dida en si misma, pudiera derivarse algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de terceros.

Prevista de esta manera en el artículo 299 del Código Orgánico Tributario, la caución como sinónimo de garantía, se concreta en la posibilidad que tiene el interesado de sustituir las medidas decretadas por garantías que a juicio del tribunal sean suficientes.

Tradicionalmente estas garantías se dividen en personales y reales, según que concedan al acreedor un derecho que se dirige hacia la persona del deudor, o sobre todo a la de un tercero, sin conexión con cosas determinadas (personales); o bien cuando confieren al acreedor un poder jurídico que recae sobre cosas concretas, que pueden ejercitarse *erga omnes*, junto a un derecho de realización del valor de los bienes, de sus frutos o de ambos (reales).

Las garantías personales incluyen las formas de extensión de la responsabilidad tributaria a terceros ajenos a la deuda tributaria. Se trata entonces, de la necesidad de que el propio afectado por la medida o un tercero garanticen de forma suficiente el pago de una deuda tributaria alegada por la Administración tributaria.

También es importante señalar que las medidas cautelares son acordadas en virtud de resolución judicial expresa y, por el contrario las garantías personales o re-

ales tienen que ser ofrecidas a *motu propio* por el interesado sin que el órgano jurisdiccional tenga que solicitarlas de forma imperativa.

Según opinión de **Moreno J.**, citado por **Corcuera A.** (1998, 191), el concepto de suficiencia con relación a la garantía a presentar se dará cuando ésta reúna dos requisitos: que cubra totalmente la cuantía de la deuda tributaria a asegurar (suficiencia económica) y que sea jurídicamente realizable en el sentido que sea fácilmente ejecutable (suficiencia jurídica). A partir de ello, el juez competente debe apreciar la viabilidad jurídica de la garantía de cara a considerarla adecuada al aseguramiento de la obligación pendiente, sin que en esta labor se vean restringidas las posibilidades del interesado, pretendiendo interpretar la normativa existente de forma restrictiva en el sentido de considerar que existe, como en otros supuestos, una lista cerrada y taxativa de garantías a ofrecer.

A tales efectos, deberán considerarse en todo caso suficientes, todas aquellas garantías que el ordenamiento jurídico considera idóneas.

En todo caso, como se advierte, no existen reglas precisas para determinar cuáles son, a juicio del tribunal, garantías suficientes, quedando tal determinación totalmente librada a la prudencia del juzgador. Ello es así establecido en aras de una mayor seguridad jurídica e imparcialidad en la decisión que se adopte.

1. Solicitud y oportunidad

De conformidad con el artículo 299 del Código Orgánico Tributario, la sustitución debe ser propuesta con posterioridad al decreto de la medida, bien en el momento de su ejecución, bien después de ésta.

En este sentido, se debe enunciar imperiosamente el contenido de los artículos 299 del Código Orgánico Tributario, que prevé:

> Artículo 299 COT: "Para decretar la medida no se exigirá caución. No obstante, el Fisco será responsable de sus resultados.
>
> Las medidas decretadas podrán ser sustituidas a solicitud del interesado, por garantías que a juicio del Tribunal sean suficientes, y siempre que cumplan las formalidades previstas en el artículo 72 de este Código". (Resaltado de quien suscribe).

El artículo 72 del Código Orgánico tributario se encuentra en el Capitulo VIII De los Privilegios y Garantías del Titulo II De la Obligación Tributaria, el cual reza:

> "Cuando de conformidad con los artículos 70 y 71 de este Código se constituyan fianzas para garantizar el cumplimiento de la obligación tributaria, de sus accesorios y multas, éstas deberán otorgarse en documento autenticado, por empresas de seguros o instituciones bancarias establecidas en el país, o por personas de comprobada solvencia económica, y estarán vigentes hasta la extinción total de la deuda u obligación afianzada.
>
> Las fianzas deberán ser otorgadas a satisfacción de la Administración Tributaria y deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

1. Ser solidaria; y
2. Hacer renuncia expresa de los beneficios que acuerde la ley a favor del fiador.

A los fines de lo previsto en este artículo, se establecerá como domicilio especial la jurisdicción de la dependencia de la Administración Tributaria donde se consigne la garantía.

Cada fianza será otorgada para garantizar la obligación principal, sus accesorios y multas, así como en los convenios o procedimientos en que ella se requiera".

Para determinar cuáles son o podrían ser esas garantías, debemos examinar el Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 590 ubicado en el Libro Tercero, titulado "Del procedimiento cautelar y de otras incidencias", que señala las siguientes:

-Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.

-Hipoteca de primer grado sobre cuyo justiprecio conste en los autos.

-Prenda sobre bienes valores.

-La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el juez.

En el primer caso, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el juez deberá requerir la consignación en autos del último balance certificado por contador público y de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta..

Igualmente es importante significar que se encuentra previsto la inexigibilidad de la caución cuando se trate del Fisco. No obstante, éste será responsable de sus resultados.

Al respecto hay que afirmar que las cauciones que pueden sustituir a las medidas cautelares en estudio, deben ser consideradas como garantías del crédito tributario en sentido estricto, pues están establecidas por ley – artículo 590 del CPC -, son accesorias o instrumentales respecto de la relación jurídica tributaria principal que pretenden asegurar y, tienen una eficacia directa.

En este orden de ideas, el parágrafo tercero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil dispone:

> Parágrafo Tercero: El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, *suspender* la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del Artículo 589".
>
> Artículo 589 (CPC): "No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.
>
> Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta".

Se destaca que cuando el Juez sustituye una medida cautelar por una caución o garantía, se suspende la providencia en cuestión, es decir, se reemplaza una medida por otra. En tal sentido, al ser aceptada por el juzgador, significa que ha sido estudiada y analizada, que es reputada suficiente para asegurar que la ejecución del fallo, de ser favorable a la Administración Tributaria, no quedaría ilusoria; por ser ésta la *ratio* de las medidas cautelares

Al respecto comenta **Henríquez, R.**, que la caución o garantía suficiente a que se refiere este último artículo transcrito, constituye ciertamente una medida cautelar por si misma, ciertamente –asevera el mencionado autor- que es una cautela sustituyente, que no implica ningún elemento de contraposición sino de sustitución, porque los inminentes efectos de la medida preventiva, son suplidos y obviados por la caución que se ofrece y se constituye de manera eficaz. Su relación de instrumentalidad se refiere, pues, a la ejecución forzosa posterior al fallo, en la hipótesis que éste sea estimativo de la pretensión del Fisco en la ejecución de los créditos fiscales (1997, Tomo IV, 382).

2. Oposición a las garantías.

Se observa al analizar la normativa tributaria que no está expresamente regulado el momento que tiene la Administración tributaria para oponerse a la suficiencia de la garantía.

En este sentido, se ha pronunciado el máximo tribunal de la República, al señalar en reiteradas decisiones que la objeción a la caución presentada para el levantamiento de la medida puede ser hecha oportunamente antes de que el Tribunal se pronuncie sobre la admisión o no de la garantía. En efecto, el artículo 589 comentado no establece un término fatal o perentorio dentro del cual la parte interesada tenga que formular su objeción a la eficacia o suficiencia de la caución o garantía ofrecida por la contraparte, de manera que al no existir un lapso preclusivo para el ejercicio de dicha facultad procesal, la indicada objeción puede ser hecha antes de que el órgano judicial dicte pronunciamiento en ese respecto. En nuestro ordenamiento procesal priva el principio de libertad y amplitud de la defensa, la cual, por consiguiente, no puede ser restringida sino por disposición expresa del legislador que no existe en esta materia (CSJ, Sent. 27.02.73). El Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) ya se ha pronunciado por el criterio antes expuesto.

Dicho esto, una vez objetada la eficacia o suficiencia de la garantía presentada se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta, conforme lo establece el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

En tal razón, debe estimarse que el plazo que tiene la Administración tributaria para oponerse a la sustitución planteada por el afectado de la medida, es hasta tanto el juez no se pronuncie sobre la suficiencia de la garantía; pero en todo caso, tal como afirma **Fraga, L.** /1997, 106), la objeción debe hacerse el mismo día o a más tardar el día siguiente del ofrecimiento, puesto que el tribunal puede pronunciarse dentro de los tres (3) días siguientes al mismo, a tenor de lo establecido en el artículo 10 del CPC, pues señala esta disposición que "cuando no se fije término en la ley para librar alguna providencia, el juez deberá hacerlo dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28/3/85).

II. Mecanismos de impugnación del decreto cautelar.

1. El decreto cautelar:

La medida cautelar puede ser decretada en forma de autos, el cual contiene la decisión del juez sobre la medida, el cual debe pronunciarse dentro de los dos (2) días de despacho siguientes a la solicitud de la medida, sin conocimiento del deudor. En este aspecto apunta **Ortiz-Ortiz, R.** (2002, 696) que el decreto cautelar debe dictarse en el mismo momento en que el expediente tenga entrada en el tribunal competente una vez efectuada la distribución; por cuanto esta situación puede tomarse y, de hecho así ocurre, más de un día.

El decreto cautelar puede revestir tres posibilidades:

i) El acuerdo de la medida; ii) la negativa de la cautela; iii) la orden de ampliación de la prueba. Si el juez no hace pronunciamiento alguno, lo pertinente sería el procedimiento de amparo constitucional contra la omisión judicial y, el juez se hace reo de responsabilidad civil por retardo u omisión injustificada de conformidad con lo establecido en los artículos 49 numeral 8 y 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

El contenido del decreto debe estar constituido por el enjuiciamiento y concreción de las medidas, ha de realizarse en consideración de las peticiones y alegaciones formuladas y de los medios de acreditamientos aportados y practicados en el procedimiento cautelar, tal como afirma **Ortells, M.** (2000, 309). Pero siempre ha de fundarse - prosigue el citado autor - en el acreditamiento de los presupuestos de la medida, razonando sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar.

Señala **Martínez, R.** (1999, 90) que las decisiones sobre medidas cautelares no causan estado ni son definitivas ni preclusivas, de donde resulta que pueden reverse siempre que se aporten nuevos recaudos. En general, tienen carácter eminentemente mutable y, por ende, sustituible, por lo que es siempre provisional y corresponde a

que las medidas sean modificadas o suprimidas según lo aconsejen interiores circunstancias, sin poder invocarse la cosa juzgada.

Sin embargo, en virtud de que este decreto es *inaudita parte*, es decir, sin contradictorio y porque puede resultar en ciertos casos equiparables a las resoluciones que ocasionan gravamen irreparable, requieren una fundamentación sumaria y deben contener siempre la mención concreta de la medida que se concede y de las personas o cosas a que se refiere, así como la fijación del tipo y monto de la contracautela, sin perjuicio de los requisitos exigibles a cada medida en particular (**Martínez, R.**, 1999, 91).

Igualmente afirma **Henríquez, R.** (2000, 189) que siendo de carácter provisional el decreto preventivo, en el sentido que debe ser revisado por el mismo juez que lo dicta no se hace menester su motivación en cuanto al cumplimiento de los dos extremos legales; apoyando esta opinión en sentencia del 13/12/66 de la extinta Corte Superior Tercera.

Lo que no puede hacer el tribunal – indica **Henríquez** – es decretar o negar la medida, particularmente la que no tiene reconsideración ulterior en la misma instancia, sin tomar en cuenta los elementos en que se funda u omitir el respectivo pronunciamiento so pretexto de no quedar inhabilitado por emisión de opinión.

Existen criterios jurisprudenciales de que el juez está en la potestad de apreciar la existencia o no de la presunción del derecho reclamado. Este juicio preliminar objetivo, no ahonda ni juzga sobre el fondo del problema. En el ámbito de las medidas cautelares el conocimiento se encuentra limitado a un juicio de probabilidades y de verosimilitud y su resultado vale no como declaración de certeza sino de hipótesis. Precisamente por no poseer la declaración que recaiga ese atributo de certeza, insito de la sentencia del fondo, puede el juez sin invadir esa zona pronunciarse en uno u otro sentido, decretando o negando la medida. Si la opción afirmativa pudiera dar pie para suponer emisión de opinión, lo mismo podría argüir el demandante cuando le fuera negada la medida y más se agudizaría el perjuicio si el juez opta por pedir ampliación de pruebas y luego la decreta. (Corte Superior Primera, sentencia del 21/10/68).

Debe tomarse en cuenta que el decreto cautelar puede ser impugnado y por un elemental respeto al derecho a la defensa, el juez debe particularizar los fundamentos para acordar la medida porque sobre ello versará el recurso de apelación o el recurso de oposición; si el juez no motiva su decisión, es decir, si no identifica la manera y cómo se demuestra el cumplimiento de los requisitos, el ejercicio de los mecanismos de impugnación se verá menoscabado, así lo afirma **Ortiz-Ortiz, R.**, (2002, 699).

Por otra parte, el propósito central del requisito de motivación del fallo es permitir al juez de alzada el control de la legalidad, por lo cual es necesario decir que

una decisión que no examine los extremos de procedencia de la aplicación de la norma, carece de expresión de los motivos que la sustentan.

2. Impugnación contra el decreto cautelar:

Se encuentra previsto en el artículo 300 del Código Orgánico Tributario como mecanismo de impugnación a la ejecución de la medida, la *oposición*, la cual seguirá el trámite previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Dispone el mencionado artículo que dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Debe indicarse que se trata de un lapso y no de un término, el cual debe dejarse correr íntegramente como ocurre con la mayoría de los lapsos procesales, a los efectos de la articulación probatoria y bajo la perspectiva de la seguridad jurídica debido a que, ambas partes, sabrán cuando se inicia la articulación probatoria y cuando finaliza.

También es importante señalar, que la oposición se ejerce contra el decreto y no contra la ejecución, pues además el recurso de oposición no suspende la ejecución de la medida. De allí que la oposición pueda hacerse contra el decreto cautelar aún cuando la medida no se hubiere ejecutado.

Sin embargo es imperativo decir, que aún cuando el artículo 300 del COT señala que la oposición a las medidas consagradas en dicho texto podrán ser impugnadas conforme al artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, surge la interrogante con relación a las medidas cautelares innominadas igualmente previstas en el articulo 296 del Código Orgánico Tributario, ya que éstas tienen un mecanismo de impugnación especialmente previsto en el parágrafo segundo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que contiene ciertas particularidades. En efecto, la articulación probatoria sólo deberá ser abierta cuando hubiere oposición, porque la remisión del parágrafo segundo del artículo 588 a los artículos 602 y siguientes, es solo a los efectos de la sustanciación.

Por otra parte la sentencia sólo se producirá cuando hubiere articulación probatoria y, ésta, cuando hubiere la oposición de la parte afectada. Y por último, la oposición a la cautelar innominada no es "a partir de la ejecución" sino del simple decreto que la acuerda, ya que en este caso existe una norma especial frente a la general.

Por otro lado, debe destacarse que contra el decreto que acuerda la medida, no opera el recurso de apelación por la parte afectada, pues para ello cuenta con el recurso especial y excluyente de la oposición. Sin embargo conviene precisar, si el solicitante de la medida puede ejercer el recurso de apelación contra el decreto cautelar, lo cual impone diferenciar dos situaciones: i) si el decreto cautelar acordó la medida en los mismos términos en que fue solicitada, no procede recurso de apelación a tenor de los artículos 287 y siguientes del CPC; ii) si, en cambio, el decreto cautelar, acordó una cautela no solicitada o varió los términos de la solicitud de la parte o, existe una extralimitación judicial que pudiera hacer temer responsabilidad extracontractual por una medida ilegalmente trabada, entonces el solicitante puede ejercer el recurso de apelación contra el decreto cautelar pues, no cuenta con ningún otro mecanismo; pues señala **Ortiz-Ortiz, R.**, que el recurso de oposición es exclusivo de la parte contra quien se decretó la medida (2002, 705).

Halla habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho (8) días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos. El tribunal sentenciará dentro de dos (2) días a más tardar luego de haber expirado el término aprobatorio. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.

Es significativo señalar, que en el Código Orgánico Tributario de 1994 no existía esta remisión expresa al Código de Procedimiento Civil, como está establecido ahora en la reforma del COT de 2001 con el comentado artículo 300.

La oposición a una medida cautelar es un verdadero mecanismo técnico de impugnación; esto es, un genuino recurso y, como tal, es la esencia del derecho a la defensa consagrado en la Constitución.

Si la decisión del juez consiste en negar la medida, la parte solicitante puede ejercer el recurso de apelación, pues se entiende que es una decisión que causa gravamen irreparable por la sentencia que habrá de dictarse en el procedimiento principal y, según el reiterado criterio del máximo tribunal, tales decisiones son interlocutorias formales que fungen de definitivas en cuanto al punto que deciden.

Este recurso de apelación contra el decreto que niega la medida cautelar debe oírse en ambos efectos (suspensivo y devolutivo) por cuanto – señala **Ortiz-Ortiz R.**, - esa decisión judicial se entiende como definitiva. Además, esto permitiría, que el superior pueda declarar la nulidad de la decisión apelada y entrar a conocer directamente la petición cautelar; mientras que, si la apelación es al solo efecto devolutivo, el tribunal superior, a lo sumo, podrá declarar la nulidad de la decisión y ordenar al de primera instancia que vuelva a realizar un pronunciamiento sobre la solicitud de medidas.

En este sentido, **Fraga L.** (1997, 108) considera que tal decisión es apelable en un solo efecto de conformidad con lo previsto en el artículo 606 del CPC, y toda vez que se trata de una sentencia que pone fin al procedimiento autónomo, sumario y contradictorio que se ha instaurado con la solicitud de las medidas cautelares, y que el lapso para apelar debe ser el establecido en el artículo 298 *eiusdem,* en concordancia con el 288 *ibidem*, esto es, cinco (5) días.

Por otro lado, menciona el referido autor que calificar la sentencia a la que se alude como definitiva o interlocutoria, depende de que se considere el procedimiento cautelar como una mera incidencia de un procedimiento principal o como un procedimiento autónomo. Ante lo cual considera que se trata de éste último, el cual culmina con una decisión que resuelve el fondo del asunto debatido.

En este punto es importante comentar, la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 18 de abril de 1996, bajo la ponencia de la Magistrada, Dra. Hildegard Rondón de Sansó. La referida sentencia señala que el lapso de cinco (5) días hábiles para intentar el recurso de apelación contra las sentencias interlocutorias que produzcan gravamen irreparable, es un principio general que admite excepciones, sobre todo en cuanto concierne a las regulaciones procesales especiales como la existente en los artículos 195, 220 y 223 – 278, 329 y 332 respectivamente, de la actual reforma – del Código Orgánico Tributario, según

los cuales se fija al mismo efecto un término de ocho (8) días y no el de cinco (5) como lo hizo el *A quo*.

3. Oposición contra la solicitud de la medida:

Resulta un aspecto importante de resolver, el hecho de poder ejercer oposición a una solicitud de medida cautelar, es decir, si aún no habiendo pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría, la parte que se verá perjudicada, ejercer la oposición.

En opinión de **Ortiz-Ortiz R.**, sería extemporáneo, porque de lo contrario se violentaría lo dispuesto en el artículo 7 del CPC en materia de formas y lapsos procesales. Sin embargo, nada obsta para que las partes extiendan sus consideraciones a los efectos de ilustrar al juez que está frente a una solicitud de una medida cautelar, pero son solo meras consideraciones que, en modo alguno, vinculan al juez con la decisión sobre acordar o no la cautelar y, menos, pensar en la procedencia del recurso de apelación por no decidir la petición de oposición a la solicitud. Por tanto, no puede ejercerse ningún mecanismo de impugnación por no existir aún decisión judicial que impugnar (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia N 432 de 11/05/00, caso Wellhead, Inc. vs. Procompetencia, consultada en original).

4. Mecanismos de impugnación contra la sentencia de la oposición:

Dispone el artículo 603 del CPC, que contra la apelación que resuelve la oposición cabe el recurso de apelación y que, tal impugnación, debe oírse a un solo efecto. Sin embargo, existe una importante opinión doctrinaria que interpreta que si la oposición es declarada "sin lugar", entonces la consecuencia es que la medida cautelar dictada e impugnada sea "confirmada", esto es, la cautela mantiene su vigencia. En este caso tiene sentido la apelación a un solo efecto (devolutivo) por cuanto es necesario mantener la vigencia de la medida mientras se dilucida el recurso de apelación ejercido.

Si la oposición, en cambio, es declarada "con lugar", la consecuencia es que la medida cautelar debe ser revocada y si, por otro lado, la apelación se oye en un solo efecto devolutivo, significa que materialmente la medida cautelar será levantada. Si la apelación se oye a un solo efecto, y suceda que el tribunal superior anule la decisión apelada y ordena que las medidas sean re-asumidas, con la posibilidad entonces de un daño causado por la inexistencia de la medida con respeto a los bienes liberados o con la conducta asumida o no, si se trata de una innominada.

Es por tal razón, que la opinión dominante de quienes han estudiado ésta materia, es que si la oposición se declara con lugar y, en consecuencia, la medida es re-

vocada, la apelación debe oírse en ambos efectos, pues cuando la sentencia revoca la medida funge como sentencia definitiva, y la regla aplicable a las apelaciones contra decisiones definitivas es que debe oírse en ambos efectos. Con ello, se salvaguarda el derecho de defensa y se deja incólume la institución y la tutela cautelar. En efecto la interpretación de las normas deben estar en función de la tutela judicial efectiva, si se niega esta posibilidad la parte beneficiaria de la medida quedaría completamente desprotegida; en cambio si se ocasionan daños con la medida el solicitante se hace responsable por los perjuicios a que haya lugar.

Existen además otras razones de carácter formal y exegético que apoyan el criterio anterior.

En primer lugar, el procedimiento cautelar se revela como autónomo y, por ello mismo, la sentencia que se dicta pone fin a la petición sobre la medida en particular, de este modo sería una sentencia definitiva respecto de la pretensión cautelar. En segundo término, el gravamen que se puede producir con la negación o suspensión de la medida puede ser irreparable.

El Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que se trata de sentencias interlocutorias formales porque ponen fin a una controversia (de carácter cautelar). Si esto es así, la decisión que revoca la medida, se sustrae de la aplicación del artículo 603

del CPC para regirse según lo establecido en el artículo 290 *eiusdem*, según el cual las decisiones definitivas tienen apelación en ambos efectos.

I. Medios de prueba admisibles.

Para solicitar las medidas cautelares pueden demostrarse los requisitos a través de cualquier medio de prueba admisible en Derecho, desde las llamadas pruebas legales hasta las pruebas libras; sin embargo, para demostrar los requisitos a través de documento público, es necesario acompañarlos a los autos, pues no cabe aquí la aplicación del artículo 434 del CPC.

Con relación a la posibilidad de autos para mejor proveer, la disposición contenida en el artículo 603 del CPC, consagra un lapso exageradamente abreviado, lo cual trae como consecuencia: la impertinencia de la prueba ultramarina; la ilegalidad del auto para mejor proveer; la imposibilidad de prorrogar el lapso para dictar sentencia y; si la decisión sobre la oposición sale fuera del lapso, considera **Ortiz-Ortiz R.** (2002, 713) que es necesaria la notificación de las partes a los efectos de que comience a correr el lapso de apelación.

J. El juicio de tercería

1. Generalidades:

El tercero tiene la posibilidad de intentar el correspondiente juicio de tercería, al seguir la opinión de parte de la doctrina que establece que el tercero no puede quedar desprotegido. (**Ortiz-Ortiz, R.**, 2002, 729)

Este juicio se hace procedente cuando los terceros pretendan tener un derecho preferente al del demandante o concurrir con éste en el derecho alegado, cuando tenga cualquier interés jurídico, pueden intervenir en el juicio interponiendo la respectiva demanda de tercería dirigida contra las partes contendientes y ante el juez de la causa, demanda ésta que se debe sustanciar en cuaderno separado.

Igualmente puede ejercer la oposición, la cual si la ejerce no podría intentar la tercería sino después de la sentencia que decide la oposición.

2. La apelación de terceros en el procedimiento cautelar.

Se trata del recurso de apelación por los terceros de aquellas decisiones cautelares que pueden hacerse ejecutorias contra ellos o que, de cualquier manera, menoscaben o desmejoren su situación jurídica subjetiva, de conformidad con el ordinal 6º del artículo 370 del CPC, el cual a su vez nos remite a los casos permitidos por el artículo 297 *eiusdem*, según el cual tendrá derecho de apelar de la sentencia definiti-

va, no solo a las partes, sino todo aquél que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscaben o desmejoren.

Siendo las decisiones que acuerdan, revocan, confirman o suspenden una medida cautelar de carácter definitivo se cumple la primera condición para la apelación de terceros: que se trate de providencias o sentencias definitivas; en segundo lugar, si se trata de una medida cautelar innominada que prohíbe la conducta de un tercero o una autorización dada al solicitante que afecta también a un tercero, entonces se está en precensia de otra condición: que la providencia o sentencia menoscabe el derecho del tercero y, si se trata de medidas cautelares patrimoniales, sobre bienes de un tercero (embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar) entonces es perfectamente posible que el tercero pueda apelar por cuanto la decisión puede hacerse ejecutoria contra él mismo.

Es decir, si se trata de la medida cautelar de embargo el tercero puede ejercer el recurso de oposición con fundamento en los artículos 370, 371 y 546 del CPC; la sentencia que se dicte en esta articulación puede ser impugnada a través del recurso de apelación o el tercero pudiera escoger la vía de tercería si lo creyere conveniente, de manera alternativa, es decir, no podrá ejercer varios recursos a un mismo tiempo.

En el caso de una medida de secuestro, prohibición de enajenar y gravar o cualquier medida cautelar innominada, el tercero puede escoger en acudir al juicio de tercería o interponer el recurso de oposición.

Esto trae como consecuencia, que el tercero pueda ser condenado en costas o que puede ser sancionado por una pretensión manifiestamente contraria a la lealtad y probidad en el proceso.

V. ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES TRIBUTARIOS *EXTRALITEM*.

A. Argentina:

En este país no rige la suspendibilidad automática de los efectos del acto administrativo por la interposición de recursos administrativos y judiciales, de suerte que la prerrogativa de la autotutela ejecutiva que puede ser ejercida por la Administración incluso una vez planteada la situación contenciosa judicial, conspira contra el principio de la tutela judicial efectiva.

Señala en este sentido **Spisso, R.** (1996, 80) que el principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos implica que la Administración puede poner en práctica el acto emitido por sus propios medios, sin intervención del Poder Judicial, salvo que la ley o naturaleza del acto exigieran esta intervención.

En el orden nacional de Argentina, el fisco persigue el cobro de las deudas fiscales por vía de la ejecución fiscal (artículo 92 de la ley 11.683), que tramitan en el fuero contencioso- administrativo federal, con excepción de las ejecuciones de contribuciones de la seguridad social que tramitan ante el fuero civil y comercial federal.

Como se observa la ejecución de los actos administrativos de contenido fiscal no se suspenden, en principio, por la interposición de acciones y recursos administrativos o judiciales (artículo 12 de la ley 19.549), salvo en el caso del recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación (artículo 149, ley 11.683).

Ante tal circunstancia, el principio de la tutela judicial efectiva adquiere singular relevancia ante la posible actuación arbitraria o irregular del fisco. El principio de la ejecutoriedad de los actos estatales no significa que las decisiones de la Administración queden fuera del orden jurídico o puedan sufrir sus efectos con irracionalidad o anti-funcionalidad manifiesta.

Finalmente la ley 19.549 incorporó el instituto de la suspensión del acto administrativo (artículo 12), que significó un trascendente avance en la materia.

B. España:

En el ordenamiento jurídico español, según el órgano que las adopta, existen medidas cautelares jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en función de que tengan lugar con ocasión de un proceso judicial, que es el supuesto más común, o que se adopten fuera del ámbito jurisdiccional, posibilidad que es susceptible de producirse en el campo de las relaciones en las que intervenga la Administración Pública.

Es ente último punto en las que la Administración Pública interviene como protagonista principal en el campo de los procedimientos administrativos, en el que se encuentran tanto medidas cautelares que se pueden acordar en beneficio de los interesados que participan en el procedimiento junto a la Administración, como medidas que se adoptan para asegurar la eficacia del acto que se ha de dictar por el órgano administrativo que está desarrollando un procedimiento concreto, y que, por ello, puede resultar perjudiciales para la otra parte implicada.

En el orden que interesa a esta investigación comparativa, las medidas cautelares que se dictan con la finalidad de asegurar la eficacia de un acto administrativo futuro, se encuentran reguladas con carácter general en el artículo 72 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, bajo la denominación de "medidas provisionales". En estos casos es la propia Administración, en el curso de un procedimiento, la que decide unilateralmente adoptar la medida que considere más conveniente para que los efectos que han de emanar de un acto administrativo se produzcan eficazmente, sin que actuaciones posteriores puedan dar al traste con el resultado que se pretende obtener.

En este sentido, subraya **Corcuera, A.** (1998, 33) que una modalidad especifica son las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria, reguladas en el artículo 128 de la LGT, según la redacción dada por el artículo 28.Cinco de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

Social, que ha modificado lo dispuesto por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la General Tributaria.

Señala al respecto, **Corcuera, A.,** en su obra *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria (1998, 36),* que la introducción de esta materia constituyó, como ya indicaba la memoria adjunta a su proyecto de ley de reforma de 1995:

> "Una de las novedades más significativas de la reforma, justificándose en la necesidad de atribuir nuevas facultades a la Administración tributaria para el desarrollo de sus funciones, consistente en conseguir la mayor eficacia en el cumplimiento del deber general de contribución al sostenimiento de la carga pública".

Tal inclusión debe ser valorada muy positivamente, pues con ella se da cumplimiento efectivo a los artículos 31.3 y 33.3 de la Constitución de 1978, que obligan, respectivamente, a que los aspectos fundamentales del régimen jurídico de los tributos y las limitaciones al derecho de propiedad privada se regulen por norma de rango legal como garantía y reflejo de la voluntad de los ciudadanos.

El citado artículo 128 de la LGT en la Ley de reforma de 1995 señala que la Administración tributaria podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional para asegurar el cobro de la deuda tributaria cuando existan indicios racionales de que en otro caso, dicho cobro se verá frustrado o gravemente dificultado. En este sentido,

el momento temporal a partir del que pueden adoptarse medidas cautelares, es cuando el deudor realice actos que tiendan a ocultar, gravar, o disponer de sus bienes en perjuicio de la Hacienda Pública, siempre que se refiera a una deuda ya liquidada.

Estas medidas deben ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar y en ningún caso podrán adoptarse aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.

Las medidas cautelares consagradas en dicha disposición son: i) retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Hacienda Pública, en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda; ii) embargo preventivo de bienes y derechos; y iii) cualquier otra prevista en una ley.

Cuando la deuda tributaria no se encuentre liquidada, pero se haya devengado y transcurrido el plazo reglamentario para el pago del tributo, para adoptar las medidas cautelares La Administración tributaria requerirá autorización del Juez de Instrucción del domicilio del deudor. Estas medidas, se levantaran, aún cuando no haya sido pagada la deuda tributaria, si desaparecen las circunstancias que justificaron su adopción o si, a solicitud del interesado se acuerda su sustitución por otra garantía que se estime suficiente.

Las medidas cautelares podrán convertirse en definitivas en el marco del procedimiento de apremio. En otro caso se levantaran de oficio, sin que puedan prorrogarse más allá del plazo de seis meses desde su adopción.

C. Italia

En este país, de acuerdo con la Ley 4/1929, los oficios financieros pueden pedir la adopción de providencias cautelares en presencia, no sólo de un derecho subjetivo perfecto, identificable con crédito cierto, liquido y exigible, sino también sobre la base de un proceso verbal de constatación (*processo verbale di constatazione*) cuando subsista el temor de que la garantía patrimonial de un sujeto desaparezca o disminuya. Considerando, dice la doctrina italiana (**Lonoce, A.**, citado por **Fraga, L.**, 1997, 70), que el poder del Estado de pretender el pago de un tributo, nace de la emisión de un acto de determinación (*accertamento*), el proceso verbal de constatación no es un acto idóneo para hacer nacer el derecho, sino solo para crear una expectativa de dicho crédito que será después cuantificado con la emisión del aviso de determinación (*aviso di accertamento*) que contendrá la pretensión tributaria. Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado legitima la utilización de las medidas cautelares en defensa de simples *"ragioni di crédito"* del Erario, sin necesidad de la presencia de un derecho.

Las medidas acordables en estos procedimientos son la hipoteca y el secuestro, y las solicita el Director Regional de la Administración Financiera o su Delegado,

al Presidente del Tribunal Civil, del lugar donde se ubique el inmueble respectivo. La decisión del juez de primer grado acordando las medidas es impugnable ante el "Colegio". Ante la ausencia de normas procedimentales especiales, se aplican supletoriamente las disposiciones del *Codice di Procedura Civile.*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La seguridad jurídica, se ha visto que no sólo implica sólo la certeza y confianza, sino también se refiere al tema de la efectividad, de la realización de dicha seguridad, que en el campo jurídico se plasma en el derecho a la tutela judicial efectiva considerado, un derecho fundamental, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo que es considerada como un principio general del derecho de rango constitucional y como un derecho fundamental de directa aplicación y de articulación técnica absoluta e inmediata en el ámbito internacional. Ello explica el reposicionamiento y nuevas propuestas de las medidas cautelares y el interés que suscita la tutela urgente.

En efecto, se ha determinado que las medidas cautelares *sub examine* no constituyen un "proceso" sino una institución procesal autónoma con sus propios mecanismos de impugnación, sus especiales lapsos, y su carácter *inaudita alteram parte* dentro del marco de la tutela judicial efectiva en un Estado Social de Derecho como lo es ahora Venezuela.

Este derecho a la efectividad de la protección judicial, está considerado como un derecho fundamental, como se ha podido inferir en esta investigación y; se encuentra consagrado en casi todas las Constituciones del mundo. Asimismo, este derecho suele aparecer en algunas Declaraciones internacionales de derechos humanos

tanto europeas como americanas, por lo que actualmente constituye un principio general del Derecho de rango constitucional en la mayoría de los países.

De allí que la protección cautelar esté considerada una prolongación directa del mandato constitucional a una tutela judicial efectiva, y se haya constitucionalizado, de igual manera, el derecho a la tutela cautelar efectiva.

Las medidas cautelares estudiadas se encuentran ubicadas dentro de la clasificación de las medidas cautelares típicas *extralitem* o autónomas, con un proceso especial y sumario; y con las características que poseen en su mayoría las providencias cautelares, pero siempre observando particularidades que la diferencian notablemente de las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil, pues en efecto, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* son requisitos específicos o cualificados, a ser juzgados dentro de un procedimiento cuyas vicisitudes se resuelven entre las normas del Código Orgánico Tributario y el Código de Procedimiento Civil, éste último por remisión expresa.

Se ha visto en el desarrollo de esta investigación, los importantes aspectos modificados y otros introducidos novedosamente en la reciente reforma al Código Orgánico Tributario de 2001. Igualmente se ha tratado su naturaleza judicial, que no implica la pendencia a un juicio principal, y con una vigencia indeterminada prevista para estas medidas; pues según la normativa tributaria, ellas están destinadas a

durar todo el tiempo, mientras se mantenga el riego en la percepción de los créditos tributarios por tributos, accesorios y multas.

Igualmente, ha traído importantes consecuencias la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, pues se ha dejado atrás los formalismos jurídicos, para adentrarse con más confianza en los procesos cautelares.

También quedan en el tapete muchas interrogantes en torno a los aspectos procedimentales y su constitucionalidad. Son problemas que poco a poco irán resolviendo los tribunales de instancia y el Tribunal Supremo de Justicia.

También habrá que observar en los próximos años, los efectos positivos o negativos de la eliminación del efecto *ope legis* de los actos administrativos en sede contencioso tributaria y su directa incidencia en la aplicación de las medidas cautelares tributarias bajo análisis, toda vez, que éstas nacieron en principio, para sanar el fuerte desequilibrio creado en el ámbito de la recaudación fiscal.

Se espera que ante todos estos cambios constitucionales, legislativos, doctrinales y jurisprudenciales que abren paso al recientemente consagrado Estado Social de Derecho en el país, se logre algún día, un Estado de Justicia.

Para ello es necesario, que los jueces y abogados dejen de un lado la timidez procesal y utilicen estas excelentes herramientas para convertir las letras de las leyes en justicia material, tangible y cercana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcalá, N. (1974). ***Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972).*** Instituto de Investigaciones Jurídicas de México. México: Universidad Nacional Autónoma.

Araujo, A. (1997). ***Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal.*** Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Araujo, J., y Arveláez, B. (2000). **La seguridad jurídica y el sistema cautelar.** Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 3 enero-junio. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal.

Barnés, J. (1993). ***La justicia administrativa en el Derecho comparado.*** Madrid: Editorial Civitas.

Berizonce, R. (1987). ***Efectivo acceso a la justicia.*** La Plata: Librería Editora Platense, S.R.L.

Blanco, A. (1996). ***El recurso contencioso tributario en el derecho procesal.*** Revista de Derecho Tributario N° 70. Caracas.

Borjas, A. (1984). ***Comentarios al Código de Procedimiento Civil.*** (Tomo IV). Caracas: Librería Piñango.

Brewer, A. (1992). ***El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*** Colección Estudios Jurídicos N° 16. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Cabanellas, G. (1989). ***Diccionario enciclopédico de derecho usual.***(21ª. Ed.) (Vol. I., II, III, IV y VII). Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L.

Calamandrei, P. (1936). ***Introduzione all studio sistematico del provvedimenti cautelari.*** Padova: CEDAM.

Calamandrei, P. (1984). ***Providencias cautelares.*** (Trad. S. Melendo). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Campo, J. (1989). ***Medidas cautelares en el contencioso administrativo.*** Bogotá: Editorial Temis.

Canova, A. (1998). ***Una revolución en la forma de concebir los procesos: la efectividad de la tutela judicial y el principio de que no perjudiquen a quien tiene la razón.*** Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 1 enero-junio. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal.

Carnelutti, F. (1936). ***Lezioni di diritto processuale civile.*** Padova: Centro de Estudios Financieros.

Chinchilla, C. (1991). ***La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa.*** Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Chiovenda, G. (1921). ***Notas a Cass.*** Roma: En Giur. civ.e comm.

Código de Procedimiento Civil. (1986) ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** N° 3.694 (Extraordinario), Enero, 22 de 1986.

Código Orgánico Tributario. (1994) ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** N° 4.727 (Extraordinario), Mayo 27 de 1994.

Código Orgánico Tributario. (2001) ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** N° 37.305, Octubre 17 de 2001.

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

Corcuera, A. (1998). ***Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria.*** Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Couture, E. (1981). ***Fundamentos del derecho procesal civil.*** Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Fairen, V. (1966). ***La reforma del proceso cautelar civil español.*** Madrid: RDP.

Fernández, M. (1988). ***Derecho procesal civil III. Barcelona***: PPV.

Fraga, L. (1997). ***Los recursos tributarios. El efecto suspensivo y las medidas cautelares.*** Caracas: Ediciones Funeda.

Fraga, L. (1998). ***La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria.*** Caracas: Ediciones Funeda.

García de Enterría, E. (1995). ***La batalla por las ,medidas cautelares.*** (2ª Ed.) Madrid: Civitas.

García de Enterría, E., y Fernández T. (1995).***Curso de derecho administrativo.*** (7ª. Ed.). Madrid: REDA.

Garberi, J. (1989). ***La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador.*** Madrid: Civitas.

Giuliani, C. (1993). ***Derecho financiero.*** (5ª Ed.). (Vol I). Buenos Aires: Editorial Depalma.

Gómez, E., y Herce Q. (1976). ***Derecho procesal civil.*** Madrid.

González, J. (1969). ***Los recursos administrativos.*** Madrid.

Henríquez, R. (1997). ***Código de Procedimiento Civil.*** (Tomo IV). Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Henriquez, R. (2000). ***Medidas cautelares según el Procedimiento Civil.*** Caracas: Ediciones Liber.

Hernández, V. (1997). ***La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo.*** Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Liebman, E. (1951). ***La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal.*** (Trad. S. Melendo). Revista de Derecho Procesal. N° 3-4. Buenos Aires.

Martínez, R. (1999). ***Medidas cautelares.*** (4ª Ed.) Buenos Aires: Editorial Universidad.

Morello, A. (1994). ***El proceso justo.*** Buenos Aires: Librería Editora Platense, S.R.L.

Morello, A. (2001). ***La eficacia del proceso.*** (2ª. Ed). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, S.R.L.

Morello, A. (2001). ***El proceso civil moderno.*** La Plata: Librería Editora Platense.

Ortells, M. (2000). ***Las medidas cautelares.*** Madrid: La Ley.

Ortiz, L. (1989). ***Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo.*** Colección Cuadernos Nº 2. **Caracas**: Editorial Sherwood.

Ortiz, L. (1999). ***La protección cautelar en el contencioso administrativo.*** Caracas: Editorial Sherwood.

Ortiz-Ortiz, R. (1997). ***El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano.*** Caracas: Paredes Editores.

Ortiz-Ortiz, R. (1999). ***Las medidas cautelares innominadas: Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional.*** (Vol. 1). Caracas: Paredes Editores.

Ortiz-Ortiz, R. (2001). ***Tutela constitucional preventiva y anticipada.*** Caracas: Editorial Frónesis, C.A.

Ortiz-Ortiz, R. (2002). ***El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano.*** (2ª Ed.). Caracas: Editorial Frónesis, S.A.

Parra, J. (2000). ***Las medidas cautelares en el contexto procesal del nuevo milenio.*** Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 3 enero-junio. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal.

Quintero, M. (2000). ***Las medidas cautelares frente a los retos del nuevo milenio.*** Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 3 enero-junio. Caracas: Instituto Venezolano de Derecho Procesal.

Rengel, A. (1989). ***Medidas cautelares innominadas.*** Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (Vol. II, Nº 8). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Riba, C. (1997). ***La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas.*** Barcelona: J.M. Bosh Editor.

Rocco, U. (1983). ***Tratado de derecho procesal civil.*** Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, J. (1999). ***Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso- administrativo.*** Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.

Rosemberg, L. (1955). ***Tratado de derecho procesal civil.*** (Trad. A. Romera). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Rubio, F. (1995). ***Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial).*** Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Serra, M., y Ramos F. (1974). **Las medidas cautelares en el proceso civil.** Barcelona.

Tobo, J. (1996). ***La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia.*** Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Valdés, R. (1996). ***Curso de derecho financiero.*** (2ª. Ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.