

**ZAIBERT & ASOCIADOS
ABOGADOS**

escritorio@zaibertlegal.com
www.zaibertlegal.com

BOLETÍN INFORMATIVO*

**SENTENCIA
SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

En fecha 09 de diciembre de 2014, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado EMIRO GARCÍA ROSAS, expediente número 2013-1284, X2014-0053, en el juicio seguido contra SAAB BOFORS DYNAMIC AKTIEBOLAG (AB) y SEGUROS CORPORATIVOS C.A., dictó sentencia en la que declaró que la medida cautelar dictada contra la empresa de seguros debe ser calculada al “tipo de cambio resultante de la última asignación de divisas realizada a través del Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD)” vigente (Bs. 12 x US\$ 1,00).

La Sala estableció:

“Vista la solicitud de embargo preventivo planteada por la representación judicial de la República Bolivariana de Venezuela, pasa esta Sala a pronunciarse sobre su procedencia en los siguientes términos:

La pretensión cautelar ejercida por la parte actora encuentra fundamento en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé:

“Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Sobre tal disposición constitucional, esta Sala ha señalado que la garantía de la tutela judicial efectiva no se agota en el libre acceso a los órganos de administración de justicia ni con la posibilidad de obtener con prontitud la decisión correspondiente o hacer efectivo un fallo favorable, sino también se requiere la protección anticipada de los derechos e intereses controvertidos

mientras dura el juicio a través de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, se pone a disposición de los justiciables un conjunto de medidas preventivas para procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de un derecho subjetivo o un interés jurídico susceptible de ser protegido con el objeto de que el transcurso del tiempo no obre en su contra.

En este sentido, los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente en virtud del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establecen lo siguiente:

“Artículo 585. Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

“Artículo 588. En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1° El embargo de bienes muebles;

2° El secuestro de bienes determinados;

3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado(...).”.

Con base en las referidas disposiciones, es criterio de este Máximo Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, por lo que la providencia cautelar solo se concede cuando existan en autos medios probatorios que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho reclamado; a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los *“intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego”*.

De manera que debe examinarse en cada caso los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la presunción favorable del derecho que se reclama o *fumus boni iuris* y el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo o *periculum in mora*.

En relación con el primero de los requisitos enunciados, su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la posición del demandante y la pretensión esgrimida, correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos de convicción

presentados junto con el escrito libelar, a los fines de indagar la existencia del derecho que se reclama.

En cuanto al segundo de los requisitos mencionados, el peligro en la demora, ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición sino a la presunción grave del temor al daño por la violación o el desconocimiento del derecho si este existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En el presente caso se observa que la medida preventiva ha sido solicitada por la sustituta del ciudadano Procurador General de la República, en razón de lo cual debe atenderse a lo establecido en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que establece lo siguiente:

“Artículo 92. *Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, **bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.***

Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”. (Negrillas de la Sala).

Tal disposición conlleva a precisar que en el caso analizado no se requiere la comprobación y satisfacción concurrente de los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, sino que el otorgamiento de la medida procederá con la comprobación en autos de cualquiera de ellos (ver, entre otras, sentencia de esta Sala N° 01389 de fecha 22 de noviembre de 2012).

Expuesto lo anterior, la Sala considera pertinente verificar la presunción de buen derecho, para lo cual procede a analizar la documentación consignada en autos y, en tal sentido, observa:

1.- Que en fecha 31 de diciembre de 2004, la República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, como ente contratante, suscribió el contrato identificado MD-DGS-C-CPE-03-2004 con la empresa Saab Bofors Dynamics Aktiebolag (AB) (contratista), para la **“ADQUISICIÓN DEL SISTEMA MISILÍSTICO TIERRA-AIRE RBS 70”** por un monto de treinta y un millones de dólares de los Estados Unidos de América

(US\$ 31.000.000,00), según se observa de las copias certificadas del contrato que rielan en los folios 35 al 49 del expediente principal (marcado como anexo “B”).

2.- Que la República pagó a la contratista, por concepto de anticipo, la cantidad de cuatro millones seiscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 4.650.000,00), según se evidencia en el comprobante de recepción de pago emitido en fecha 29 de enero de 2007 por la empresa Sumglobal C.A., en su condición de representante legal en Venezuela de la contratista, en cuya comunicación dirigida al Ministerio del Poder Popular para la Defensa, cursante al folio 57 del expediente principal (marcado con la letra (“C”) se lee: *“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted muy respetuosamente, en la oportunidad de hacer de su conocimiento que la empresa Saab Bofors Dynamics AB recibió el anticipo correspondiente al contrato citado en referencia, según se indica a continuación, tal como se muestra en documento anexo emitido por el Banco Skandinaviska Enskilda Banken-Suecia: Monto: USD 4.650.000,00 Fecha: 11 ENE 2007...”*

3.- Que en garantía del anticipo entregado, la sociedad mercantil Seguros Corporativos C.A. se constituyó en fiadora solidaria y principal pagadora de la contratista hasta por la cantidad de *“CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SIN CENTAVOS (US\$. 4.650.000,00)...”*, según contrato de fianza N° 221516 autenticado en la Notaría Vigésima Séptima del Municipio Libertador del Distrito Capital, el 19 de diciembre de 2005 inserto bajo el N° 48, tomo 84 de los Libros de Autenticaciones de la referida Notaría, tal como se evidencia de las copias certificadas que cursan insertas a los folios 59 al 61 del expediente principal (marcado como anexo “D”).

4.- Que la empresa Seguros Corporativos C.A. se constituyó en fiadora solidaria y principal pagadora de la contratista para garantizar el fiel, cabal y oportuno cumplimiento del contrato por la cantidad de *“TRES MILLONES CIEN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SIN CENTAVOS (US\$. 3.100.00,00)...”*, según contrato de fianza de fiel cumplimiento N° 221517 autenticado ante la Notaría Pública Vigésima Séptima del Municipio Libertador del Distrito Capital, el 19 de diciembre de 2005, inserto bajo el N° 47, tomo 84 de los Libros de Autenticaciones de la referida Oficinal Notarial, según se aprecia de las copias certificadas que rielan en los folios 62 al 64 del expediente principal (marcado como anexo “E”).

5.- Que según la Resolución N° 22592 de fecha 10 de mayo de 2012, el Ministro del Poder Popular para la Defensa rescindió, por presunto incumplimiento de la contratista, el contrato identificado MDS-DGS-C-CPE-03-2004, según se observa de las copias certificadas cursantes en los folios 87 al 88 del expediente principal (marcado como anexo “P”).

De la apreciación conjunta de las referidas documentales, se desprende en esta fase cautelar, sin prejuzgar sobre el fondo de la controversia, que la sociedad mercantil Saab Bofors Dynamics Aktiebolag (AB), presuntamente incumplió las obligaciones establecidas en el Contrato de Suministro MDS-DGS-C-CPE-03-2004, suscrito el 31 de diciembre de 2004, por lo que la pretensión preventiva de la República Bolivariana de Venezuela tiene suficiente sustento fáctico y

jurídico, configurándose la presunción de buen derecho como uno de los requisitos necesarios para acordar la cautela solicitada, no siendo necesario la comprobación del *periculum in mora* por aplicación del artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así se determina.

En tal sentido, se observa que la cantidad total demandada es nueve millones trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 9.300.000,00), en consecuencia el embargo debe ser por el doble de esa cantidad, o sea, dieciocho millones seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 18.600.000,00), más las costas procesales estimadas en un treinta por ciento (30%) de ese monto, de conformidad con lo previsto en los artículos 274, 286 y 527 del Código de Procedimiento Civil, es decir, cinco millones quinientos ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5.580.000,00), todo lo cual arroja un total de veinticuatro millones ciento ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 24.180.000,00), que calculados al “*tipo de cambio promedio ponderado del Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (SICAD II)*” vigente (Bs. 49,9895 x US\$ 1,00), equivale a la cantidad de mil doscientos ocho millones setecientos cuarenta y seis mil ciento diez bolívares (Bs. 1.208.746.110,00). Por lo tanto, se decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles propiedad de la sociedad mercantil Saab Bofors Dybamics Aktiebolag (AB), por el monto de mil doscientos ocho millones setecientos cuarenta y seis mil ciento diez bolívares (Bs. 1.208.746.110,00). Así se establece.

Resuelto lo anterior, debe precisarse que Seguros Corporativos C.A. se constituyó como fiadora solidaria y principal pagadora de las obligaciones asumidas por la sociedad mercantil Saab Bofors Dynamics Aktiebolag (AB) (contratista) frente a la República, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por los montos a los cuales ascienden las fianzas, a saber, (i) por el contrato de fianza de anticipo, la cantidad de cuatro millones seiscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$. 4.650.000,00); y, (ii) por el contrato de fianza de fiel cumplimiento, la suma de tres millones cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$. 3.100.000,00).

Cabe resaltar que esta Sala en anteriores oportunidades ha establecido que las empresas de seguro únicamente pueden ser embargadas hasta por el doble más las costas del monto que ellas hayan afianzado (ver sentencia N° 00302 del 3 de marzo de 2011).

En el caso de autos, se advierte que la parte actora al momento de estimar la demanda en lo que atañe a las pretensiones vinculadas con las fianzas, indicó:

- 1.- En cuanto a la fianza de fiel cumplimiento, demandó la totalidad, a saber, la cantidad de tres millones cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 3.100.000,00).
- 2.- En relación con la fianza de anticipo, demandó el reintegro de la cantidad de cuatro millones seiscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 4.650.000,00) “...por concepto de anticipo no amortizado...”.

Atendiendo a lo expuesto, se verifica que el doble de la sumatoria de esas dos cantidades es quince millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 15.500.000,00), a la cual debe sumársele las costas procesales calculadas en un treinta por ciento (30%) de ese monto, es decir, cuatro millones seiscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 4.650.000,00), para un total de veinte millones ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.150.000,00), para cuya conversión en bolívares resulta necesario tener en consideración que la actividad económica desplegada por la empresa de seguros está sometida al control, vigilancia y supervisión de los órganos del Estado, así como específicas reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de garantizar la tutela del interés colectivo, representado por los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, de reaseguros, los contratantes de los servicios de medicina prepagada y de los asociados de las cooperativas que desarrollen esta labor, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (artículo 1 de la Ley de la Actividad Aseguradora).

En fecha 24 de enero de 2014 entró en vigencia el Convenio Cambiario N° 25, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.122 Extraordinario, del 23 de enero de 2014, el cual fue emitido conjuntamente por el entonces Ministro del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, y el Presidente del Banco Central de Venezuela, de conformidad con lo previsto en el artículo 318 del Texto Fundamental, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 5, 7.2, 7.5 y 7.7, 21.16 y 21.17, 34, 122 y 124 de la Ley del Banco Central de Venezuela, y 3 del Convenio Cambiario N° 1 (Gaceta Oficial N° 37.625 del 5 de febrero de 2003).

La normativa reseñada establece en su primer artículo que las operaciones de venta de divisas destinadas a los conceptos en ella indicados, se efectuarán “*al tipo de cambio resultante de la última asignación de divisas realizada a través del sistema complementario de administración de divisas (SICAD)*”, publicado por el Banco Central de Venezuela. Asimismo, el comentado dispositivo enuncia una serie de actividades sometidas al referido convenio cambiario, entre las que figuran las “*operaciones propias de la actividad aseguradora (literal g)*”.

Precisado lo anterior, es claro que bajo el supuesto en que resultase procedente la pretensión de la República Bolivariana de Venezuela y, en consecuencia correspondiera a la sociedad mercantil Seguros Corporativos C.A. satisfacer (como fiadora y principal pagadora de contratista) los conceptos reclamados, la obligación que recaiga en la empresa aseguradora estaría enmarcada en el conjunto de actividades que constituyen su objeto, **en virtud de lo cual la cantidad a embargar correspondiente a Seguros Corporativos C.A. debe ser calculada al “tipo de cambio resultante de la última asignación de divisas realizada a través del Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD)” vigente (Bs. 12 x US\$ 1,00); con base en ello, la cantidad de veinte millones ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.150.000,00), equivale al monto de doscientos cuarenta y un millones ochocientos mil bolívares (Bs. 241.800.000,00).**

En consecuencia, se decreta medida de embargo preventivo sobre bienes muebles propiedad de la sociedad mercantil Seguros Corporativos C.A., por la cantidad de doscientos cuarenta y un millones ochocientos mil bolívares (Bs. 241.800.000,00). Así se decide.

Visto que ha sido decretada medida cautelar de embargo preventivo sobre bienes propiedad de una empresa de seguros, esta Sala, a los fines de su ejecución, debe atender a lo establecido en el artículo 62 de la Ley de la Actividad Aseguradora (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.990 Extraordinario, del 29 de julio de 2010), norma que reza:

“Artículo 62. En caso de que la autoridad judicial decretare alguna medida preventiva o ejecutiva sobre bienes de las empresas de seguros, oficiará previamente a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para que ésta determine los bienes sobre los cuales será practicada dicha medida”.

En tal virtud, se ordena officiar a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora a los fines de cumplir con el mencionado precepto. Así se establece.

Finalmente, como en esta causa se han dictado medidas cautelares de embargo contra la empresa Saab Bofors Dynamics Aktiebolag (AB), por un monto de mil doscientos ocho millones setecientos cuarenta y seis mil ciento diez bolívares (Bs. 1.208.746.110,00), y contra la sociedad mercantil Seguros Corporativos C.A., por la cantidad de doscientos cuarenta y un millones ochocientos mil bolívares (Bs. 241.800.000,00), esta Sala advierte que una vez iniciada la ejecución contra una de ellas, solo se verificará respecto de la otra si no se cubriera la totalidad de la suma determinada para la obligada principal. Así se determina.” (Negrillas y subrayado nuestro).

Para revisar la sentencia completa, pulse [aquí](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/172594-01657-91214-2014-2013-1284.HTML) o siga el siguiente vínculo: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/172594-01657-91214-2014-2013-1284.HTML>

Boletín redactado 09 de diciembre de 2014

**El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su objetivo es difundir información que pueda ser de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe es una opinión y no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*

Zaibert & Asociados