

EL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

*Víctor Rafael Hernández-Mendible**

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. II. La convivencia de la ejecución de los actos administrativos y la garantía de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. III. El proceso para la tramitación de las medidas cautelares. IV. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación. V. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares según la doctrina científica: 5.1. La apariencia de buen derecho. 5.2. El peligro en la mora. 5.3. La ponderación de los intereses en presencia. VI. La evolución jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso administrativo. Consideraciones Finales

Introducción. En Venezuela¹, el surgimiento y evolución de las medidas cautelares en el Derecho procesal administrativo es de reciente data –si se toma en cuenta el grado de madurez que ha alcanzado el Derecho Administrativo en el mundo occidental- y es el resultado de una construcción jurisprudencial que se inicia con una decisión pretoriana dictada el 4 de diciembre de 1967, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia², quien posteriormente iría construyendo el conjunto de principios que conformarían la primera de las medidas cautelares que se conoció en el proceso administrativo: La suspensión de la ejecución de los actos administrativos³.

La Corte Suprema de Justicia, por primera vez, sin que existiese texto expreso que le otorgase tal posibilidad de actuación, se pronunció sobre la pretensión de suspensión de la ejecución de un acto administrativo que le había cancelado la patente de industria y comercio a la sociedad mercantil

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y Profesor invitado en la Universidad Externado de Colombia. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación; de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo; Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica y fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. I Premio Iberoamericano “Ángel Ballesteros” de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. 2006. www.hernandezmendible.com

¹ Este trabajo se encuentra inspirado en otro que publiqué anteriormente titulado, Cuarenta años de historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano, *Revista de Derecho Público* N° 30. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. pp. 153-184. No obstante, el mismo ha sido revisado y actualizado en atención a las recientes reformas legislativas y las posteriores sentencias cautelares de los órganos jurisdiccionales que resultan relevantes para el presente Congreso.

² Allan BREWER-CARÍAS, Los efectos no suspensivos del recurso contencioso administrativo de anulación y sus excepciones. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 57-58. Caracas. 1968; Luís ORTIZ, *Jurisprudencia de medidas cautelares*. 1980-1994. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1995. pp. 33-35; Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho procesal administrativo. *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 22. Caracas. 1999. pp. 23-24.

³ Josefina CALCAÑO DE TELMELTAS, Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. 2ª ed. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1991, pp. 120-122; Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. 2ª ed. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1998. pp. 98-99.

recurrente, lo que implicaba el cese del ejercicio de su libertad de empresa. La Corte concedió la pretensión de suspensión de la ejecución, mientras se dictaba la sentencia definitiva.

A partir de aquel momento, la Corte Suprema de Justicia comienza a desarrollar los requisitos y presupuestos para la concesión de la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Tal construcción jurisprudencial quedará consolidada diez años después, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977⁴, la cual permitía de manera expresa que los justiciables formularan la pretensión cautelar dentro del proceso administrativo de anulación de actos administrativos individuales, que tuviesen contenido positivo –los actos administrativos negativos no son susceptibles de suspensión-, siempre que se cumplieren todos los requisitos y presupuestos contemplados en la norma.

La tutela cautelar evolucionará en una etapa de expansión luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, momento a partir del cual se amplía la posibilidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por su ejecución, a través de la pretensión de amparo cautelar⁵ –al menos así lo admitieron los operadores jurídicos-, que se debía formular al momento de interponer la pretensión principal ante el órgano jurisdiccional administrativo⁶. Además se admitirá la posibilidad de formular pretensiones cautelares contra los actos administrativos generales⁷ –toda una novedad frente a la situación preexistente- y también se admitirá la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional contra la inactividad administrativa.

Si bien la suspensión de la ejecución como el amparo constitucional cautelar suspensivo –en su formulación legal- constituyen medidas cautelares nominadas o típicas en el proceso administrativo, las mismas no resultaban adecuadas, idóneas y eficaces para la protección cautelar ante las distintas pretensiones, que se pueden efectuar en los procesos administrativos.

⁴ El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecía que “A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio”.

⁵ El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que “Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el juez contencioso-administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma, breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio. PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa”.

⁶ Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar. *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2003. pp. 1219-1303.

⁷ El artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que “También la acción de amparo podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”.

Es por ello, que la Corte Suprema de Justicia guiada por la obligación que corresponde a todo juez de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de efectuar un control jurisdiccional pleno de toda la actividad o inactividad administrativa de los Poderes Públicos inaugura una nueva etapa a partir de 1989, cuando le otorga visa de ingreso y residencia en el proceso administrativo, a la aplicación de las medidas cautelares innominadas contempladas en el Código de Procedimiento Civil.

Es así como de manera paralela y complementaría, la Corte Suprema de Justicia va irradiando en forma expansiva tanto las medidas cautelares nominadas o típicas como las innominadas o atípicas, que oscilarán desde la mera suspensión total o parcial de la ejecución de los actos administrativos individuales (medida conservativa o asegurativa), hasta la concesión de lo pretendido por el legitimado activo, aunque de manera provisional (medida innovativa o regulatoria).

Finalmente, la jurisprudencia y doctrina científica concurrirán en reconocer la constitucionalización de la tutela cautelar en el proceso administrativo, al entender que ésta constituye un atributo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello es así, porque éste se trata de un derecho que “le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales”⁸.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, -al igual que otros derechos inherentes a la persona humana-, se encuentra reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República de Venezuela, siendo en consecuencia un derecho que gozaba de reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

Este escenario de constitucionalización de la tutela cautelar, se ha visto reforzado por la aparición de la vigente Constitución de 1999, que reconoce de manera expresa el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, mediante un proceso breve, expedito, que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas, con interdicción de la presencia de formalismos que no sean esenciales (artículo 26).

El desarrollo de la tutela cautelar en el proceso administrativo ha sido objeto de algunas reinterpretaciones recientes por parte de los tribunales, tal como se expondrá durante el desarrollo de este trabajo.

I. La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

Históricamente ha existido coincidencia en la jurisprudencia y la doctrina científica que en virtud de la potestad de autotutela de la Administración Pública y más específicamente de la autotutela ejecutiva, los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados de la presunción de legalidad, veracidad y certeza, presumiéndose que son válidos y eficaces, por lo que gozan o se encuentran revestidos de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad⁹.

⁸ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas. Madrid. 4ª ed. 2001. pp. 25-26.

⁹ José ARAUJO JUÁREZ, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. 3ª ed. Vadell Hermanos Editores. 2005. pp. 332-337.

Ello ha conducido a considerar que los actos administrativos son auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia jurídica, tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos, es decir, que no requieren de declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a la que los produce para tener plena validez jurídica, valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones a sus destinatarios (privilegio de ejecutividad).

Por otra parte, se reconoce que en ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la Administración Pública haga cumplir sus propias decisiones, materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (privilegio de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes u obligaciones positivas o negativas, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el obligado¹⁰.

Lo señalado ha tenido plena aplicación en el Derecho Administrativo nacional, en el cual se ha reconocido tanto el privilegio de la ejecutividad como género y de la ejecutoriedad como especie de los actos administrativos.

En efecto, lo antes expuesto obtuvo pleno reconocimiento en el derecho positivo, a través de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es así como el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece:

“Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa:

“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

En interpretación y aplicación de estas normas, así como recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 332, de 9 de noviembre de 1989, en la que estableció lo siguiente:

“Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros; el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (Zanobini, Sayagués, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de “ejecutividad”.

Pero además, la Administración, tal como se ha dejado expuesto, tiene -cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones-, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración

¹⁰ José ARAUJO JUÁREZ, Ob. cit. p. 333.

judicial al respecto; atributo al que –distinguiendo del género “ejecutividad”- se ha dado la denominación específica de “ejecutoriedad”. En el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se reconoce esta posibilidad, atribuida a la Administración, de materializar ella misma, e inmediatamente, sus actuaciones. “Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

Este principio adicional, al que suele darse la denominación de ejecutoriedad –para distinguirlo del género “ejecutividad”- de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *iuris tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares”.

Tal como se puede observar, en virtud del principio de inmediatez, la eficacia de los actos administrativos debe materializarse una vez producida la notificación personal y sólo podría ser diferida en el tiempo cuando el propio acto así lo dispusiese¹¹, cuando la ley condicionase su ejecución a la producción de una actuación posterior que debería realizar el interesado¹² o a la ocurrencia de un hecho futuro que supusiese que el acto adquiriese definitividad y firmeza¹³, cuando la ley reconociese que la mera interposición de los recursos en sede administrativa¹⁴ o jurisdiccional¹⁵ conlleva la suspensión¹⁶ ó cuando habiendo sido recurrido, la autoridad

¹¹ Cfr. artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

¹² El artículo 54 de la Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia establecía que “Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 38”, siendo esta última norma la que autorizaba a la Superintendencia para la promoción y protección de la Libre Competencia para determinar en su resolución “...el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54”. Respecto a estas normas el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, señaló que estas disposiciones constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde al derecho a la tutela judicial efectiva, modalidad que no contraviene el principio de separación de poderes. Cfr. Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4. San José. 2004. pp. 163-168.

¹³ El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984, establecía que “Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual se informará por escrito a la Contraloría”.

¹⁴ El Código Orgánico Tributario de 1994, establecía que la interposición del recurso en vía administrativa (artículo 173) o contenciosa (artículo 189), producía la suspensión de la ejecución del acto por mandato de legislador, lo que fue calificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, como suspensión automática. Debe advertirse que el efecto suspensivo de la interposición de la pretensión de anulación en materia tributaria ha desaparecido a partir de la entrada en vigencia del artículo 263 del Código Orgánico Tributario vigente a partir del 1° de enero de 2002, que textualmente 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. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo”.

¹⁵ El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, establece que “la interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso”. La aplicación de esta norma fue reconocida por vez primera por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, no obstante, la misma Sala cambió de criterio en sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, en la cual desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad, el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión

administrativa hubiese dispuesto la suspensión¹⁷ o el órgano jurisdiccional hubiese concedido una medida cautelar de suspensión de la ejecución¹⁸.

Debe destacarse que desde la primera decisión cautelar hasta la década de los noventa, únicamente se admitía la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, habiendo quedado excluidos de tutela cautelar -por fuerza de los hechos- los actos administrativos generales. Dado que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, con las restricciones ya apuntadas, era la única posible en el ordenamiento jurídico, -al igual que sucedía en España-, se inició un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las adecuadas medidas cautelares, que garantizaren la tutela judicial efectiva¹⁹. Tal como se verá posteriormente, la suspensión de la ejecución como única medida cautelar posible en el proceso administrativo experimentará un giro copernicano gracias a la jurisprudencia progresista de la Corte Suprema de Justicia.

II. La convivencia de la ejecución de los actos administrativos y la garantía de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Uno de los problemas a los cuales se enfrentan los operadores jurídicos cada día consiste en determinar la adecuación de la eficacia de los actos administrativos con la obligación constitucional de los órganos de los Poderes Públicos de garantizar el goce y disfrute de los derechos fundamentales en general y del derecho a la tutela judicial efectiva en particular.

cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005, en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Así las cosas, este asunto fue planteado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, posteriormente ratificada por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

¹⁶ El artículo 152, párrafo primero de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, establecía “En los casos de imposición de multas se acompañará a la notificación la correspondiente planilla de liquidación para que el sancionado proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), dentro de los quince días hábiles siguientes después de efectuada la respectiva notificación, salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión”. Esta norma ha sido aplicada en los términos literales en ella redactados, por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.

No obstante, debe señalarse que con la reforma de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.163, de 22 de abril de 2009, se modificó la redacción contemplada en la ley anterior y se volvió al régimen general de protección cautelar, en virtud del cual se debe solicitar y probar ante el órgano jurisdiccional, la necesidad y pertinencia de la concesión de la pretensión cautelar.

¹⁷ El artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que “La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada”.

¹⁸ El artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala que éste “podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio”.

¹⁹ Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Civitas. Madrid. 1991. pp. 133-188; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 2004.

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutoriedad administrativa y por ende, no aseguren la futura materialización de la sentencia que en el proceso recayere.

Esto lleva a plantear ¿cómo lograr la convivencia entre el principio de eficacia administrativa de la Administración Pública a través de la ejecución de sus propios actos y el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la protección jurisdiccional cautelar? Al respecto se debe señalar que la ejecución de los actos administrativos en sus propios términos no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva frente a las autoridades administrativas, en efecto, tal como lo refleja la Constitución tienen el mismo rango normativo el principio de eficacia administrativa (artículo 141) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26), es por ello que se puede afirmar que la actuación administrativa destinada a ejecutar y hacer eficaz los actos administrativos frente a sus destinatarios no se encuentra reñida con el derecho a obtener tutela judicial plena y eficaz, es así como frente a la potestad de la Administración Pública de ejecutar los actos administrativos se establece el derecho de los interesados a formular ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones para obtener las medidas cautelares necesarias y adecuadas que garanticen la tutela judicial definitiva.

Conforme a lo expuesto, la tutela judicial efectiva se garantiza en un primer momento, mediante la existencia de una vía jurisdiccional donde residenciar el control de la actividad formal de la Administración Pública, es decir, el sometimiento del acto administrativo al control del órgano jurisdiccional administrativo -conforme al principio de la plenitud o universalidad del control jurisdiccional-, mediante el planteamiento de la respectiva pretensión de anulación del acto administrativo, al que se le imputa su no sujeción al Derecho, valga decir, al ordenamiento jurídico.

El segundo momento donde se garantiza la tutela judicial efectiva es mediante el reconocimiento de la posibilidad de formular la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos en el proceso administrativo, dado que el derecho se garantiza permitiendo que la ejecutoriedad de los actos administrativos pueda ser sometida al análisis preliminar del órgano jurisdiccional y que éste con los alegatos y pruebas presentados por el interesado, resuelva sobre la pretensión cautelar.

Ahora bien, en el subepígrafe anterior se hizo referencia al hecho que una vez dictado el acto administrativo, la Administración Pública tiene el deber de ejecutarlo en principio en tres momentos posibles: Uno, inmediatamente después de producida la notificación personal al interesado; dos, en el plazo que establezca la ley; y, tres, en el plazo posterior que el propio acto indique.

Esta situación genera una evidente tensión entre la eficacia administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, pues por más expedito que sea el proceso administrativo el interesado requiere de tiempo para preparar sus alegatos y pruebas con los cuales fundamentar su pretensión y una vez efectuada la demanda ante el órgano jurisdiccional, éste requiere de un tiempo para pronunciarse sobre la admisibilidad de la misma y de ser el caso, sobre la procedencia de la pretensión cautelar, es decir, que el control de la ejecutoriedad del acto administrativo no se produce con la necesaria celeridad que exige la Justicia. De allí que surja la posibilidad que la ejecución del acto administrativo se produzca antes de haber sido sometido el mismo, al control del órgano jurisdiccional o que habiendo sido sometido a éste, el órgano jurisdiccional no se haya pronunciado sobre el control de la ejecutoriedad.

Por ello surge la necesidad de una reinterpretación que permita una armónica convivencia entre la ejecutoriedad de los actos administrativos y el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de lo cual, cuando la Administración Pública dicta un acto, éste no debería ser ejecutado de manera

precipitada por la propia autoridad administrativa, hasta tanto no transcurra el plazo para que se transforme en un acto firme, en virtud de haber fenecido los lapsos para su impugnación o en caso que haya sido recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, deberán considerarse los siguientes escenarios antes de proceder a la ejecución: Uno, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y no haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso la autoridad administrativa deberá ejecutar el acto administrativo sin más dilación, en sus propios términos; dos, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso deberá esperarse a que éste se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión cautelar, lo que podría implicar un pronunciamiento contrario a tal pretensión y la autoridad administrativa podrá proceder a la ejecución en los términos planteados en el acto; y, tres, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, haya solicitado medidas cautelares y que éste se pronuncie favorable a diferir la ejecución mediante la declaratoria de suspensión de la ejecución hasta que se resuelva la controversia, en cuyo caso la Administración Pública deberá esperar que se produzca la sentencia que ponga fin al proceso, que de ser favorable a los intereses que representa la autoridad administrativa conducirá a que las medidas cautelares pierdan vigencia y a que se restablezca la ejecutoriedad del acto administrativo que había sido temporalmente suspendido²⁰ o en caso contrario, a que se confirme la adecuación de la tutela cautelar previamente acordada y como consecuencia de la extinción del acto administrativo, se impedirá su ejecución de manera definitiva.

En ello parece radicar el punto de equilibrio entre la eficacia de la actuación de la Administración Pública que se materializa mediante la autotutela ejecutiva, valga decir, la ejecución de sus propios actos, incluso de manera forzosa y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo se puede alcanzar en el marco del debido proceso y con estricta sujeción a los presupuestos y requisitos para la concesión de la tutela judicial cautelar en el proceso administrativo.

III. El proceso para la tramitación de las medidas cautelares

Dado su origen jurisprudencial, en un comienzo la concesión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales se producía inaudita parte, sin seguir procedimiento alguno para tramitar la pretensión cautelar, en virtud de una doble justificación: por una parte, porque el procedimiento no se encontraba expresamente establecido en la ley; y por la otra, porque se tenía la creencia que el proceso administrativo era un proceso objetivo y que no existían auténticas partes que acudiesen a oponerse a la pretensión procesal.

Al aparecer la regulación expresa de la suspensión de la ejecución en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se establecieron los presupuestos para su procedencia, pero no se estableció procedimiento para su tramitación. Esto condujo a que en la práctica se mantuviese la concesión de la suspensión de la ejecución inaudita parte, sin establecer proceso contradictorio alguno.

La aparición de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la institucionalización de la pretensión cautelar de amparo constitucional dentro del proceso administrativo o del proceso de inconstitucionalidad, condujo inicialmente a tramitar la incidencia cautelar, siguiendo el procedimiento contradictorio establecido en los artículos 23 al 32 de la Ley, lo que suponía que una vez admitida la pretensión cautelar se notificaba a la autoridad administrativa presunta agravante para que presentase un informe dentro del lapso de 48 horas a partir de la notificación, en el cual expondría sus defensas y luego dentro del lapso de 96 horas se

²⁰ Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La ejecución de las resoluciones administrativas de multas impuestas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1999. pp. 58-59.

realizaría la audiencia pública donde las partes debatirían ante el órgano jurisdiccional sobre la procedencia o no de la pretensión cautelar, debiendo éste pronunciarse dentro del lapso de 24 horas siguientes a la finalización de la audiencia.

Luego, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa efectuó una interpretación armónica de los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que conllevó a la concesión de la pretensión cautelar de amparo constitucional inaudita parte, siempre que se cumplieren los presupuestos para ella²¹. Frente a este criterio, se produjo una reacción, a través de dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno que sostenían la necesidad de tramitar el proceso contradictorio antes de conceder la protección cautelar, en virtud de que se consideraba contrario a la Constitución la concesión del amparo cautelar inaudita parte, como lo permitía expresamente el artículo 22 de la referida Ley²².

Estas decisiones constituyeron el preámbulo de la declaratoria de inconstitucional del mencionado artículo 22 de la Ley²³, lo que condujo a que la propia Corte Suprema de Justicia propusiese a los jueces del orden jurisdiccional administrativo, tres posibles soluciones para la tramitación de la pretensión del amparo cautelar²⁴:

- a) Tramitar la pretensión conforme a lo establecido en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
- b) Si la pretensión tenía por objeto la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, se le podía dar el trámite establecido en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- c) Si la pretensión perseguía una medida cautelar innominada, similar a la prevista el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se podría tramitar conforme a lo establecido en dicho texto legal.

Hay que advertir que el supuesto planteado en el literal b) conllevaba a continuar tramitando la pretensión cautelar de amparo en el caso del proceso de anulación de actos administrativos, inaudita parte, en virtud que el referido artículo de la Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia, no contemplaba procedimiento de audiencia, ni forma alguna de contradictorio una vez concedida la suspensión de la ejecución.

Así las cosas, en virtud del mandato de simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites que se deben realizar en el proceso para alcanzar la Justicia, establecido en el artículo 257 de la Constitución de 1999, la jurisprudencia se ha encargado de unificar los trámites para la concesión y

²¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

²² Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 6 de diciembre de 1994, ratificada en la sentencia de 27 de julio de 1995.

²³ El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señalaba que “El tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda. En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o de amenaza de violación”.

²⁴ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 21 de mayo de 1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 transcrito en la nota anterior y en consecuencia su nulidad. Véanse los comentarios a esta sentencia en Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (A propósito de la sentencia de 21 de mayo de 1996, que declaró su inconstitucionalidad). *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1997. pp. 259-291; Janette, FARKASS, El amparo cautelar frente a los actos administrativos particulares y su tratamiento jurisprudencial, después de la declaración de nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 2. Editorial Sherwood. Caracas. 1998. pp. 247-268.

sustanciación de la pretensión cautelar. Es así como se precisó, que cuando se pretende la suspensión de la ejecución de un acto administrativo individual con fundamento en el derogado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, actual artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en ausencia de una regulación expresa de un procedimiento para su tramitación, una vez decretada la medida cautelar de suspensión inaudita parte, se debía notificar y ejecutar la decisión cautelar, para que la autoridad administrativa procediese a realizar la oposición a la medida cautelar, conforme al procedimiento previsto en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo 19, párrafo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁵.

En lo concerniente a la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, se estableció que era “preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares”, en virtud de lo cual una vez admitida la pretensión de anulación, se debe emitir el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar de amparo y con prescindencia de cualquier otro aspecto, en caso de existir la presunción de buen derecho, es decir, la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, debe dársele cumplimiento al mandato constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida de manera expedita²⁶. En caso de concederse la protección cautelar de amparo, la parte contra quien obre la medida podrá ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Como resulta obvio, en el caso que en un proceso administrativo se formulase una pretensión de medidas cautelares nominadas o innominadas conforme a la regulación del Código de Procedimiento Civil, si se cumplen los presupuestos legales, éstas se deberán conceder inaudita parte y luego se producirá el contradictorio, según lo dispuesto en los artículos 602 al 606 del referido texto legal.

Antes de finalizar este subepígrafe, resulta insoslayable hacer referencia al intento de inserción en el proceso administrativo de las medidas cautelares provisionálísimas. La expresión “provisionálísimas” es producto de la construcción realizada por el Tribunal Supremo de España en sus autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 y respecto a los cuales dio cuenta, un sector de la doctrina científica española con severas críticas²⁷. No es esta la ocasión para traer a colación el debate que generaron estos autos, pero se debe destacar, que con independencia de la corrección de la solución dada en ella, la misma es producto de una búsqueda de acoplamiento al artículo 24.1 de la Constitución, del preconstitucional sistema procesal administrativo contemplado en la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, que sujetaba la concesión de la suspensión de la ejecución, a la tramitación de una incidencia con audiencia previa de la Administración Pública.

²⁵ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 1852, de 21 de diciembre de 2000. Esta sentencia recoge la tesis que sostuvo en la ponencia presentada en el Auditorio de la sede de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, el 23 de abril de 1999, con motivo de las “II Jornadas de Derecho Procesal Administrativo. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” y que posteriormente fue publicada bajo el título Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Administrativo. *Revista Fundación Procuraduría* N° 22. Caracas. 1999. pp. 34-36.

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001. Cfr. Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Balance y Perspectivas de la justicia administrativa. (Año y medio de la Constitución de 1999). *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2001. pp. 460-461.

²⁷ A. CALONGE VELÁSQUEZ, Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionálísimas”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos. *Poder Judicial* N° 33. Madrid. 1994. p. 469; F. SANZ GANDASEGUI, ¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993). *Revista de Administración Pública*. N° 138. 1995. pp. 183-201.

Es por ello que el intento de introducir las medidas cautelares provisionalísimas en Venezuela ha fracasado estrepitosamente²⁸, porque justamente una de las grandes diferencias con el proceso administrativo español, es la posibilidad de concesión de las medidas cautelares inaudita parte.

Por tanto, en la actualidad, debiendo concederse todas las medidas cautelares inaudita parte y habiéndose unificado el procedimiento para su tramitación, puede afirmarse que en el estado actual del Derecho procesal administrativo, las medidas cautelares provisionalísimas resultan total y manifiestamente innecesarias e improcedentes²⁹.

IV. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación

El legislador no ha guardado uniformidad en el establecimiento de los requisitos de las medidas cautelares en el proceso administrativo, lo que se ve reflejado en la manera dispersa e incluso diversa como los ha regulado. Tal situación ha llevado a plantear en algunos momentos, la existencia de diferentes presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, pero tal como se demostrará ésta constituye una distinción más formal que real, que ha sido unificada por la reciente tendencia jurisprudencial en la materia.

Es por ello que vamos a analizar, ¿cuál ha sido el tratamiento que le otorga el ordenamiento jurídico a las medidas cautelares en el proceso administrativo?. Como se mencionó antes, la medida cautelar por excelencia en el proceso administrativo, producto de la construcción jurisprudencial fue la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo. Es así como el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regulaba de manera parcial y transitoriamente el orden jurisdiccional administrativo estableció que:

“A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio”.

Esta norma señalaba los requisitos de procedencia de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, de manera similar a como lo hace el artículo 21, párrafo 21 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: a) que sea solicitada por la parte interesada; b) que se trate de un acto administrativo individual; c) que así lo permita la Ley; y, d)

²⁸ La primera oportunidad en que se mencionaron las medidas cautelares provisionalísimas, aun cuando se negó su procedencia en el caso concreto, lo hizo la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 1307, de 26 de octubre de 1999, pero posteriormente se produjo un nuevo intento, por demás frustrado de introducir estas medidas cautelares en el orden jurisdiccional administrativo, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 488, de 16 de marzo de 2000; sentencia 788, de 10 de abril de 2000 y en sentencia 1173, de 23 de mayo de 2000, calificándola en esta última, de medida “cautelar especial”. Sin embargo, la misma Sala reaccionó corrigiendo su tesis en la sentencia 1219, de 26 de junio de 2001. La doble razón para este fracaso es muy sencilla, hablar de medidas cautelares provisionalísimas en Venezuela constituye un desconocimiento tanto de las razones que llevaron a su aparición en el ordenamiento jurídico español como de la realidad en que se aplicaron y de las críticas que se generaron por ello, pero además y más grave aún, supone un total y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico venezolano, donde se pretenden implantar.

²⁹ Véase al respecto Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2003. pp. 1244-1250.

que sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

La doctrina científica oportunamente advirtió que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa había desarrollado paulatinamente las características de la suspensión de la ejecución, entre las cuales destacaba que: a) constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos; b) tiene carácter provisional o temporal; c) no prejuzga sobre el debate de fondo en el proceso; d) es una garantía en beneficio del justiciable; e) es una medida revocable y no produce cosa juzgada; f) se puede solicitar en cualquier estado y grado del proceso; g) es potestativo del juez acordarla; y, h) es una medida cautelar de carácter extraordinario³⁰.

A partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se inicia la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional en el proceso administrativo o en el proceso de inconstitucionalidad de actos normativos, sean éstos administrativos o legales, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la sentencia 434, de 10 de agosto de 1991. En tales casos se exigía como presupuesto para la concesión de la medida cautelar la presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales cuya tutela estaba siendo reclamada cautelarmente.

En cambio, si la medida cautelar se pretendía con basamento en el Código de Procedimiento Civil, entonces debían alegarse y probarse los extremos tradicionales, es decir, la existencia del riesgo manifiesto de que quedase ilusoria la ejecución de la sentencia que en el proceso recayere y la demostración de la presunción grave del derecho que se reclama, exigidos por los artículos 585 y 588 de dicho texto legal.

Esto permitía considerar que habían diferentes requisitos para la obtención de las medidas cautelares como lo serían los daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva – peligro en la mora- (artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional cuya tutela judicial se reclama –apariencia de buen derecho- (artículos 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) o la exigencia de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil).

En realidad tal distinción entre los requisitos nunca ha existido, porque el hecho que la regulación legal pusiera el énfasis para otorgar la medida cautelar en la presencia de uno de los requisitos que deben concurrir en toda pretensión cautelar, no excluía la presencia del otro. Tal situación ha sido precisada por la jurisprudencia reciente al exigir que la concesión de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución, del amparo constitucional cautelar o las medidas innominadas deban estar presentes los dos requisitos tradicionales: la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora³¹.

Esta precisión es producto del diálogo entre la doctrina científica y la jurisprudencia, que han contribuido a establecer los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el

³⁰ Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. 2ª ed. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1991. pp. 120-122.

³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 726, de 13 de noviembre de 1997; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 156, de 24 de marzo de 2000; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001; ratificado por la propia Sala en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005 y más reciente en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005.

ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Es así como la recientemente sancionada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia además de contemplar la regulación de la suspensión de los actos administrativos individuales de contenido positivo en el artículo 21, párrafo 21, incluye una norma que señala expresamente los presupuestos procesales para conceder las restantes medidas cautelares, también denominada atípicas o innominadas. Al respecto, el artículo 19, párrafo 10, establece que:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”³²⁻³³.

Esto permite sostener que en el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, los presupuestos procesales para la pretensión de las medidas cautelares por el interesado y la eventual concesión por el órgano jurisdiccional son esencialmente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado a requerimiento de la Asamblea Nacional, señala en el artículo 129 lo siguiente³⁴:

“El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva”.

Esto podría llevar a concluir, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, -aplicables en el proceso administrativo-, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

No obstante, debe advertirse la existencia de unas disposiciones legales que dan al traste con esta conclusión. Se trata de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que regula al órgano constitucionalmente encargado de defender los derechos e intereses de la República, que en Venezuela, es el sujeto de derecho que ostenta la personificación jurídica del Estado, nacional e internacionalmente. Este texto legal en la Sección Tercera, del Capítulo II, del Título IV, intitulado “De las medidas cautelares” reconoce que la Procuraduría puede solicitar las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la tutela de los derechos, bienes e intereses de la República y además le impone al órgano jurisdiccional la obligación de limitar dichas medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio (artículos 91 y 94). Esto no constituye mayor novedad con respecto a lo expuesto precedentemente, pero donde sí se aprecia una total diferencia es en la exigencia de los presupuestos procesales de las medidas cautelares, tal como lo regula el artículo 92 que se encuentra redactado en los siguientes términos:

³² Por primera vez, se establece en un texto legal, la potestad cautelar de oficio del órgano jurisdiccional, aunque hay que reconocer que ya lo había hecho sin texto legal expreso, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias que se mencionarán más adelante.

³³ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 698, de 18 de junio de 2008, ha sostenido que el análisis por el órgano jurisdiccional, de los alegatos formulados por el solicitante de una medida cautelar, no implica necesariamente el adelanto de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

³⁴ Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Revista de Derecho*. N° 2. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2000. p. 333. www.hernandezmendible.com

“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 de quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Como se puede observar, la norma emplea la conjunción disyuntiva “o” para expresar que el presupuesto del *peligro en la mora* es alternativo del presupuesto de la *apariencia de buen derecho*, lo que termina de corroborarse al señalar que bastará para que proceda la medida cautelar, “*la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados*”. Esta fórmula legal rompe con la exigencia concurrente de ambos presupuestos procesales y desconoce de manera abierta –la doctrina científica reconocida– la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁵, que ha establecido reiteradamente que corresponde al órgano jurisdiccional constatar la presencia de ambos presupuestos para conceder la medida cautelar pretendida y que la ausencia de uno de los requisitos, hace inoficioso el análisis de otro, toda vez que para conceder las medidas cautelares se requiere la presencia de manera concurrente, de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora.

Sin embargo, separándose de la tradicional jurisprudencia el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, al encontrarse con la invocación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ha señalado que éste no exige de manera concurrente, los requisitos de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, que sólo basta la verificación de uno de los presupuestos enunciados para que el órgano jurisdiccional acuerde la medida cautelar solicitada, razón por la cual ha procedido a conceder medidas cautelares a favor de los órganos de la Administración Pública, aun cuando no se encontraban cumplidos de manera concurrente los presupuestos necesarios para la concesión de tales medidas cautelares³⁶.

Si ello es así, cabe preguntarse qué sentido tiene la concesión de las medidas cautelares cuando existen fundadas probabilidades que la sentencia definitiva reconozca el derecho que se reclama, si

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 492, de 22 de marzo de 2007.

³⁶ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 5970, de 19 de octubre de 2005, señaló que “A fin de establecer la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, observa la Sala que de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República citado *supra*, los requisitos de procedencia de las cautelares solicitadas, a saber, *periculum in mora* y *fumus boni iuris* **no son exigidos de manera concurrente**, sino que en casos como el presente, en los que es la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República de Venezuela, quien solicita las medidas cautelares, **basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada**. En ese sentido corresponde a la Sala precisar la existencia de cuando menos uno de los requisitos antes esbozados para lo cual observa lo siguiente: ... omissis ... Precisado lo anterior y toda vez que tal como fue asentado *supra*, de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, **sólo es necesaria la verificación de uno de los dos requisitos allí previstos para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas** por la República de Venezuela, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el requisito denominado *periculum in mora* y decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles y prohibición de enajenar y gravar sobre bienes de la sociedad mercantil Seguros Banvalor, C.A. hasta por el doble de las cantidades demandadas en el presente proceso a dicha empresa y de las costas procesales estimadas en un treinta por ciento (30%) de la suma requerida, ... ”. Este criterio ha sido ratificado por la propia Sala Político Administrativa en la sentencia 6453, de 1° de diciembre de 2005; en la sentencia 1009, de 26 de abril de 2006 y más recientemente en la sentencia 2953, de 20 de diciembre de 2006.

no existe temor alguno que el transcurso del tiempo que se debe esperar mientras se decide el proceso, pueda frustrar el reconocimiento de dicho derecho, o expuesto de otra manera, qué sentido tiene conceder medidas cautelares basadas en una apariencia de buen derecho, si no existe peligro alguno de que la sentencia no pueda ejecutarse en los términos que ella disponga.

Igualmente cabe preguntarse, qué razón justifica la concesión de las medidas cautelares si no existen fundadas razones que conduzcan a la convicción del juzgador *prima facie* que el derecho reclamado no puede ser tutelado en la sentencia que resuelva la controversia, pues en tal caso no existe riesgo en la demora de la tramitación del proceso, es decir, no puede admitirse que el transcurso del tiempo que se debe esperar para obtener una sentencia, constituya válidamente el presupuesto suficiente para conceder las medidas cautelares, que pretenden garantizar la ejecución de una sentencia que jamás se va a producir. Dicho más llanamente, no puede existir peligro en la mora de un derecho que no tiene fundadas probabilidades de éxito, pues en tal caso no existe temor de que se vea frustrada una tutela judicial de un derecho que por inexistente, jamás se va a reconocer.

Es por ello que en estricto Derecho resulta contrario a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 26 de la Constitución, la redacción otorgada al artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues con ello se ha agregado un nuevo e inconstitucional privilegio a la República, que se suma a los tradicionalmente existentes³⁷, uno más destinado a entorpecer, defraudar o pervertir la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Esta situación no puede ser más alarmante si se considera que ha sido el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativo, quien luego de reconocer inicialmente la validez constitucional de la protección cautelar establecida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que admitía la posibilidad de suspensión automática de la ejecución de la sanción de multa, mientras se tramitaba el proceso administrativo, en caso de plantearse una pretensión de nulidad contra el acto administrativo sancionador dictado por el ente regulador de las telecomunicaciones³⁸, ha abandonado su posición inicial por considerar que la misma contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución, lo que condujo a que desaplicase dicha disposición por vía de control difuso de la constitucionalidad y se dispusiese que para obtener la tutela cautelar, los interesados debían alegar y probar los presupuestos exigidos para todas las medidas cautelares³⁹.

³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, había denunciado hace algo más de veinte años atrás, que ni los artículos 24.1, 103.1 y 117.3 de la Constitución española de 1978, que de manera respectiva equivalen a los artículos 26, 141 y 253 de la Constitución venezolana de 1999 permiten sostener la subsistencia del histórico *privilegium fisci*, que calificó de “asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”. Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso administrativas. *Documentación Administrativa* N° 209. Enero-Abril. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1987. p. 13; también puede consultarse en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XXI. Homenaje a Fernando Garrido Falla*. Vol 2. Ed. Complutense. Madrid. 1992. p. 1048; y en *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2ª ed. Civitas. Madrid. 1992. p. 159.

³⁸ Véanse los comentarios a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4. San José. 2004. pp. 173-175.

³⁹ El cambio de criterio respecto a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, lo produjo la propia Sala Político Administrativa, en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, ratificada luego en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de la norma previamente desaplicada, prevista en el artículo 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, ratificadas por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

La aparición de estas sentencias –todas en 2005- con criterios tan radicalmente opuestos, sólo permite una conclusión: La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido una posición complaciente en materia de medidas cautelares con quienes invocan la defensa de los derechos e intereses de la Administración Pública y una posición totalmente severa con quienes pretenden la obtención de medidas cautelares en defensa de sus derechos e intereses como particulares. Tal actuación de la Sala Político Administrativa resulta censurable por constituir una violación del derecho a la igualdad jurídica en la aplicación de la ley que reconoce el artículo 21.1 de la Constitución y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, que debería ser corregida en el futuro, para evitar que se siga evaluando la pretensión de las medidas cautelares en el proceso administrativo con estándares de medición distintos, según quien sea el sujeto que solicita la protección cautelar.

No se le hace ningún favor a la Justicia, cuando se concede una tutela judicial cautelar *ligera* ante una pretensión formulada por los abogados del Estado y una tutela judicial cautelar *dura* ante una pretensión cautelar planteada por los particulares, pues justamente la tutela judicial en el orden jurisdiccional administrativo constituye una garantía para la protección de los derechos de los particulares y no de los privilegios del Estado.

V. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares según la doctrina científica

El proceso constituye una garantía para la eficacia del derecho y el instrumento para lograr su reconocimiento, pero dada la complejidad del proceso, éste requiere la realización de una serie de actos coordinados, que van a concluir con la expresión del órgano jurisdiccional que reconoce el derecho. Es por ello, que el proceso *per se* puede llevar a que tal reconocimiento se produzca con tardanza y que en consecuencia, cuando se produzca dicho reconocimiento del derecho, éste no pueda ser ejercido plena y eficazmente por su titular.

En efecto, quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, acude al proceso con una doble finalidad: en primer lugar, que se le reconozca su derecho y en segundo lugar, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, dado que la lentitud natural del proceso, para reconocer la existencia del derecho, hace temer que cuando llegue la decisión judicial, ésta carezca de sentido, ha llevado a la doctrina científica más autorizada a señalar que “las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien o del mal a las reposadas formas del proceso ordinario”⁴⁰.

La justificación de las medidas cautelares en el proceso, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho, (atribuido en la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo, (que realiza el órgano jurisdiccional).

Es así como, las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

⁴⁰ Piero CALAMANDREI, *Providencias Cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Depalma. Buenos Aires. 1984.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento del derecho, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función de control jurisdiccional.

En tales términos, la doctrina científica mayoritaria ha reconocido que los presupuestos procesales que debe analizar el órgano jurisdiccional, para conceder las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, sin olvidar los intereses presentes contrapuestos.

5.1. La apariencia de buen derecho

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutoriedad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración Pública.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a Derecho, de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a Derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos del Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral, la inactividad tanto formal como material, así como las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los órganos del Poder Público, al encontrarse ambas - actividad e inactividad- sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la concesión de la tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida.

Esta apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional o legal, no siendo en consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar⁴¹.

⁴¹ Piero CALAMANDREI, Ob. cit.; Carmen CHINCHILLA MARÍN, El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales. *Revista de Administración Pública* N° 131. C.E.C. Madrid. 1991. pp. 167-189; Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. pp. 1167-1171; Viçenc AGUADO I CUDOLA, La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. p. 1707; Ernesto JINESTA LOBO, La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica. 1996. pp. 138-147; Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2ª ed. 1998. pp. 28-29, más reciente en El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2003. pp. 1253-1254, y en La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4. San José. 2004. pp. 161-162; Enrique ROJAS FRANCO, *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial*. 4ª ed.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que él es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad administrativa que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le produce la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

5.2. El peligro en la mora

En lo que concierne al peligro en la mora, cabe observar que tal principio se manifiesta en el apotegma según el cual, el tener que acudir al proceso para obtener la razón, no puede perjudicar a quien tiene la razón, mientras se encuentra a la espera que se le reconozca la misma⁴².

El peligro en la mora se concreta en el hecho, de que la situación jurídica cuya tutela judicial se reclama, se pueda ver afectada de forma grave e irreparable, por el transcurso del tiempo que necesariamente debe esperarse, para tramitar el proceso que en la sentencia definitiva reconocerá tal situación jurídica⁴³.

El peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de sus pretensiones. Esta lentitud produce un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

San José. 1999. pp. 94-96; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 2004.

⁴² Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. I. Napoli. 1933.

⁴³ Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Civitas. Madrid. 1991. p. 42; Ernesto JINESTA LOBO, La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica. 1996. pp. 127-137; Enrique ROJAS FRANCO, *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial*. 4ª ed. San José. 1999. pp. 88-94; Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2ª ed. 1998. pp. 28-29, en El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2003. pp. 1254-1255 y también en La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4. San José. 2004. pp. 173-175.

En definitiva, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación real y objetiva, sobre la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes experimente un perjuicio efectivo, mientras espera el reconocimiento definitivo del derecho o perciba que, por la espera de la decisión definitiva que resuelva la controversia, se pueda producir una inminente inexecución de la sentencia.

Dada la confusión generada por algunos autores, -que incluso se ha admitido en algunas sentencias aisladas-, respecto al peligro en la mora en el caso de las medidas cautelares atípicas e innominadas, debe señalarse que su configuración o contenido no resulta unísono, sino que este peligro en la mora, puede requerir de un *plus*, de una circunstancia agravada que permita su determinación, a los fines de conceder la tutela cautelar.

Es así como, en las medidas cautelares innominadas, la doctrina científica ha reconocido la existencia de un peligro en la mora agravado, que consiste en que mientras se tramita el proceso, una de las partes se pretenda aprovechar de esta situación, para causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho que reclama la otra, es decir, que el órgano jurisdiccional deberá considerar las actuaciones realizadas por la parte accionada, antes de la instauración del proceso y una vez iniciado éste, mientras no se haya emitido pronunciamiento sobre la tutela cautelar, con la finalidad de determinar el potencial daño o lesión que tal conducta puede producir, sobre el derecho del accionante y en consecuencia, conceder la tutela cautelar necesaria para hacer cesar la lesión o el daño, valga decir, no es el mero riesgo de que se haga infructuosa la ejecución de la sentencia, de precaver que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino además, de cesar una aptitud destemplada, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudica el derecho de la otra⁴⁴.

5.3. La ponderación de los intereses en presencia

Teniendo en cuenta que la actividad administrativa de los órganos del Poder Público, debe ajustarse al principio de legalidad y debe perseguir la satisfacción del interés general, en la doctrina científica algunos han sostenido sin que les falte razón, que cuando se plantea una pretensión cautelar, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de los intereses en presencia, valga decir, del interés general que tutela la Administración Pública y del interés individual del particular, que se puede ver afectado por la actividad o inactividad administrativa.

Según esto, se debe hacer una ponderación de los intereses concurrentes en el proceso, pero antagónicos en sus posiciones, para determinar si la concesión de la pretensión cautelar, en beneficio de un interés individual, no va a afectar el interés general.

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁵. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto.

⁴⁴ Pedro Alí ZOPPI, *Providencias Cautelares*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1988. p. 38.

⁴⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 2004.

En tanto, otro sector de la doctrina científica, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el individual, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; en tanto, que si fallan o son débiles algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar⁴⁶.

Es así como cabe hablar de la procedencia de la tutela cautelar, cuando se alegan y prueban, de manera ostensible, palmaria, patente, los presupuestos procesales de toda medida cautelar, en razón que ningún interés general puede ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y es éste el que reconoce y garantiza los derechos individuales o colectivos; en tanto, que será imposible conceder la tutela cautelar, cuando no se encuentran presentes de manera concurrente los mencionados presupuestos, pues ningún interés individual puede prevalecer sobre el general, sin exhibir una razonable apariencia de conformidad a Derecho y por ende de éxito en el proceso⁴⁷.

VI. La evolución jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso administrativo

En el Derecho procesal administrativo venezolano, cada época ha tenido un tema que ocupa la atención de los operadores jurídicos y que la doctrina científica ha destacado a través de apasionantes trabajos que constituyen el testimonio de su tiempo. En esos escenarios, sin duda alguna que las medidas cautelares han ocupado un momento importante en la historia del proceso administrativo y en la década del noventa a finales del siglo XX, se produjo una feliz concurrencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica que condujo a que la misma se constituyese en la década de las medidas cautelares.

A ello contribuyeron una generación emergente de profesores que a través de la cátedra, conferencias, simposios, congresos, artículos y estudios libraron *la batalla por las medidas cautelares* -tomando prestado el conocido y afortunado título de la obra de García de Enterría- y lograron sensibilizar a los operadores jurídicos en general, sobre la necesidad del establecimiento de un adecuado sistema de medidas cautelares en el proceso administrativo que garantizase una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional. Sin duda alguna, que sin su colaboración no hubiese sido posible el giro copernicano que dio la jurisprudencia en materia de medidas cautelares⁴⁸.

⁴⁶ Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. p. 1170; Viçenc AGUADO I CUDOLA, La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. pp. 1694-1696.

⁴⁷ Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2ª ed. 1998. pp. 28-29 y en La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4. San José. 2004. pp. 162-163.

⁴⁸ En la generación de profesores que aparecieron en la década de los noventa del Siglo XX –sumándose a los reconocidos catedráticos que les precedían en la materia de Derecho procesal administrativo como Allan R. BREWER-CARÍAS, Luís Henrique FARÍAS MATA, José ARAUJO JUÁREZ, Josefina CALCAÑO DE TELMELTAS, Cecilia SOSA GÓMEZ, Román José DUQUE CORREDOR, José Luis VILLEGAS MORENO- e influyeron en el desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela, se encuentran Luís ORTÍZ, tanto con su trabajo *La protección cautelar en el Contencioso Administrativo*. Sherwood. Caracas. 1999, como con su propia revista (él es su director-fundador), la *Revista de Derecho Administrativo* que se inició en 1997, la cual podría ser calificada como la revista de las medidas cautelares en el proceso administrativo y la responsabilidad del Estado, al estar relacionados la mayoría de los trabajos publicados con estas materias; junto a él, destacan entre otros, los profesores Rafael CHAVERO, Antonio CANOVA y María Elena TORO, todos de reconocida y estudiada obra jurídica en Venezuela.

Las medidas cautelares se pueden plantear en los procesos administrativos que pretenden un pronunciamiento jurisdiccional declarativo, constitutivo o de condena en contra de la Administración Pública, lo que lleva a tener presente que más allá de las denominaciones jurídicas, lo fundamental es la posibilidad de exigir y obtener siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico, las medidas adecuadas, idóneas y necesarias para garantizar la protección de los derechos. Es la gestación de esta evolución jurisprudencial la que ocupará la penúltima parte de este trabajo.

Partiendo de las normas jurídicas analizadas anteriormente, los órganos jurisdiccionales han concedido las siguientes medidas cautelares:

1. Las medidas cautelares de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo (artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁴⁹. Ésta surgió como la medida cautelar por antonomasia en el proceso administrativo y ha sido concedida en un sin número de casos a partir de 1967, habiendo sido analizada en los epígrafes anteriores del presente trabajo.

2. Las medidas cautelares de prohibición de enajenar y gravar dictadas contra la Administración Pública (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil)⁵⁰. Esta medida ha sido de capital importancia en los casos en los cuales los órganos y entes de la Administración Pública han procedido al rescate sin respetar las garantías procesales, de bienes inmuebles que habían vendido a particulares y que luego de efectuar la recuperación administrativa de la propiedad, han pretendido venderlos a terceras personas.

3. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos individuales de contenido negativo (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). La decisión administrativa que rechaza la solicitud de otorgamiento de la pensión de retiro es un acto administrativo individual de contenido negativo, que no altera la situación anterior del solicitante, razón por la cual carece de sentido su suspensión, no obstante, habiéndose comprobado el cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares el órgano jurisdiccional concede de oficio, una medida cautelar positiva, de anticipo cautelar a los fines que se le pague mensualmente el monto de la pensión previsto en la ley, hasta que se resuelva el proceso administrativo. Sin embargo, deja a salvo el derecho de repetición de lo pagado indebidamente, en caso que se declare la improcedencia de la pretensión de nulidad del acto denegatorio⁵¹.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 4 de diciembre de 1967.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 388, de 5 de agosto de 1993; sentencia 675, de 4 de agosto de 1994; sentencia 466, de 11 de julio de 1996; sentencia 48, de 22 de enero de 1998 y más recientemente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 18, de 10 de enero de 2007.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 567, de 12 de noviembre de 1992. Esta decisión pone de manifiesto como en Venezuela, la concesión de las medidas cautelares de pago anticipado de deudas surgió aproximadamente cuatro años y medio antes que el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas produjese el auto Antonissen, mediante el cual dispuso el pago anticipado de cantidades de dinero. Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé provision*). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997. (asunto Antonissen). *Revista de Administración Pública* N° 142. Madrid. 1997. pp. 225-246; y posteriormente, La justicia administrativa en el cambio de Siglo. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica. *Revista de Estudios de Derecho Público*. N° 1. Querétaro. 2002. pp. 171-174.

También se han dictado medidas cautelares positivas mediante las cuales se han regulado conductas, ordenándose la realización de una actuación determinada, como el cambio de las expresiones contenidas en las etiquetas que se colocaban en las botellas de una bebida alcohólica⁵².

4. Las medidas cautelares suspensivas de ejecución contra los actos administrativos generales (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁵³. Hace más de cuarenta años, cuando se concedió la primera medida cautelar de suspensión de la ejecución, ésta recayó sobre un acto administrativo individual y desde entonces se fue desarrollando la tutela cautelar frente a tales actuaciones administrativas, dejándose fuera de la protección cautelar los actos administrativos generales, lo que se traducía en la insusceptibilidad de la ejecución de éstos y en consecuencia, en su exclusión de la tutela judicial cautelar. Fue el desarrollo de ésta, lo que condujo a la aceptación de la pretensión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales.

5. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos generales (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁵⁴. Una vez admitida en un primer momento la concesión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales, se había llegado a solo un paso para la concesión de medidas cautelares positivas contra dichos actos. Ello se produjo mediante la concesión de medidas cautelares de regulación de un proceso electoral, -a las cuales se hará referencia más adelante-, o de la prohibición de la designación de los cargos ocupados por jueces provisorios, mientras se discutía si la convocatoria del concurso de oposición era conforme a Derecho.

6. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)⁵⁵. Con fundamento en esta disposición, el órgano jurisdiccional administrativo ha resuelto conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo individual de la Comisión Nacional de Valores que había calificado como acciones en tesorería, un grupo de acciones poseídas por varias empresas relacionadas con una institución bancaria, estableciendo en consecuencia “la prohibición de formar parte del quórum en las asambleas de accionistas de dicha institución bancaria y a la votación en las mismas asambleas”, a las empresas titulares de dichas acciones. La razón que justifica la concesión de la medida cautelar suspensiva de amparo constitucional es proteger la presunta violación del derecho de propiedad sobre las acciones de los recurrentes.

7. Las medidas cautelares positivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)⁵⁶. El órgano jurisdiccional administrativo ha reinterpretado la redacción literal de la norma, en pro del derecho a la tutela

⁵² Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 795, de 7 de noviembre de 1995.

⁵³ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 92, de 12 de mayo de 1992; sentencia 124, de 2 de abril de 1997.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993; sentencia 803, de 15 de noviembre de 1995; sentencia 819, de 21 de noviembre de 1995; sentencia 978, de 15 de diciembre de 1995 y sentencia 223, de 28 de marzo de 1996.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 2, de 20 de enero de 2000; sentencia 156, de 24 de marzo de 2000.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 439, de 6 de octubre de 1992; sentencia 507, de 15 de octubre de 1992; sentencia 569, de 19 de noviembre de 1992; sentencia 102, de 11 de marzo de 1993; sentencia 123, de 25 de marzo de 1993.

judicial efectiva y conforme a ello ha otorgado medidas cautelares de anticipo cautelar ordenando el pago de sumas de dinero, que habían sido negadas por los actos administrativos de la Administración Pública, que han sido considerados *prima facie* presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico.

8. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)⁵⁷.

9. Las medidas cautelares positivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)⁵⁸. Conforme a esta norma el órgano jurisdiccional administrativo ha desaplicado por considerar presuntamente inconstitucional el estatuto de personal del Banco Central de Venezuela y ha dictado una medida cautelar positiva, a través de la cual dispuso efectuar el cómputo de los años trabajados por la recurrente en los distintos órganos de la Administración Pública y que se procediese a calcular y pagar las sumas de dinero reclamadas por concepto de prestaciones, como consecuencia de la finalización de la relación funcional. Ello sin perjuicio del derecho a repetición de lo pagado indebidamente, en caso que la pretensión de nulidad sea rechazada en la sentencia definitiva.

10. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza funcional (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁵⁹. Quizás uno de los aportes más novedosos de la jurisprudencia ha sido la concesión de las denominadas medidas cautelares innominadas en los procesos donde se formulan pretensiones de reclamación de derechos de los funcionarios públicos. Es así como frente al criterio tradicional respecto a la improcedencia de las medidas cautelares en estos procesos porque ello implicaría conceder cautelarmente lo que es objeto de debate de fondo, surgieron un conjunto de decisiones favorables a la concesión de medidas cautelares en los procesos funcionariales. Uno de esos casos condujo a conceder una medida cautelar positiva de regulación, en virtud de la cual se le ordenó a la Administración Pública que actuase de una manera determinada, mediante la designación en un cargo de igual o similar rango a aquél que le correspondía a la recurrente en la carrera diplomática, dentro del plazo de 8 días siguientes a la publicación de la sentencia.

11. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)⁶⁰. En ejecución de estas medidas cautelares, también se ha ordenado la suspensión de la convocatoria y realización de procedimientos administrativos electorales.

12. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁶¹. En estos procesos se concedieron por primera vez medidas cautelares contra actos administrativos generales, de oficio, disponiendo la

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 737, de 19 de octubre de 1995.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 400, de 20 de junio de 1996.

⁶⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral, sentencia 155, de 29 de octubre de 2001; sentencia 62, de 14 de junio de 2005.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993.

suspensión de la convocatoria de elecciones de gobernadores en dos estados, lo que en si mismo constituyó una auténtica novedad en el Derecho procesal administrativo. Además también se concedió por primera vez, una medida cautelar de regulación, en virtud de la cual se dispuso que reasumieran los cargos de gobernadores, quienes los habían ejercido con anterioridad -lo que suponía actuar en funciones, por mandato cautelar-, hasta tanto se resolviese respecto a la procedencia o no la pretensión de nulidad de la convocatoria de elecciones.

13. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos en los cuales se encuentran presentes derechos e intereses colectivos y difusos, también conocidas en el derecho comparado como *class actions* (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)⁶². Entre las particularidades del sistema procesal en Venezuela, se ha creado una categoría de procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos contra los órganos de los Poderes Públicos, que se tramita en única instancia, ante el Tribunal Supremo de Justicia. Dado que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no contempla una regulación especial sobre este particular, se deben aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a que la Sala Constitucional señalase que conforme a la Constitución, la vía procesal idónea para tramitar las pretensiones de protección de derechos e intereses colectivos y difusos es la prevista en el proceso oral. Es conforme a este proceso y a las disposiciones del citado Código que el órgano jurisdiccional ha concedido las medidas cautelares para ordenar el cese de “las vías de hecho, actuaciones materiales, medidas de fuerza, perturbaciones y amenazas que han venido realizando, así como la paralización de cualquier obra o proyecto que se pretenda realizar ... (omissis) ...”. Además ha ordenado que la Administración Pública se abstenga “de dictar cualquier acto administrativo que de manera directa o indirecta lleve implícito la alteración del equilibrio ambiental y ecológico de la referida zona ...”.

14. Las medidas cautelares suspensivas en materia de libre competencia (artículos 38 y 54 de la Ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia). Corresponde advertir que en materia de libre competencia existen dos categorías de procedimientos administrativos: Los autorizatorios, en los cuales se producen actos administrativos cuya protección cautelar en sede jurisdiccional siempre ha estado sometida al cumplimiento de las exigencias de todas las medidas cautelares; y los de prácticas prohibidas, cuya decisión podía ser objeto de la fijación del monto por la autoridad administrativa, para que luego el interesado procediese al otorgamiento de una caución en sede judicial, con el objeto de permitir la suspensión “automática” de la ejecución del acto administrativo⁶³. Sin embargo, luego de la impugnación de las disposiciones legales correspondientes (artículos 38 y 54 de la Ley citada) por considerar que habilitaban a la autoridad administrativa a inmiscuirse en el ejercicio de la potestad cautelar, que es exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional e insita a la de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado, se cambió la manera de aplicar tales disposiciones porque el Tribunal Supremo de Justicia señaló, que el establecimiento del monto de la caución realizado por la autoridad administrativa constituye una mera referencia o parámetro de carácter técnico, no vinculante para el órgano jurisdiccional, pero que puede servir para obtener la suspensión de la ejecución, sin tener que alegar y probar los presupuestos de todas las medidas cautelares, siempre que el interesado opte por constituir la caución. No obstante, el órgano jurisdiccional no se encuentra limitado en su potestad jurisdiccional, pues puede apartarse de tal referencia técnica y proceder el mismo a establecer el monto que considere proporcional y adecuado al objeto del proceso administrativo⁶⁴.

⁶² Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 536, de 14 de abril de 2005.

⁶³ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de mayo de 1997.

⁶⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002; ratificada por la Sala en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

15. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de telecomunicaciones (artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)⁶⁵. Aquí se ha pasado de la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos sancionatorios que imponían multas, -no así el resto de los actos administrativos sancionatorios-, hacia la tesis según la cual todos los actos administrativos que dictasen las autoridades administrativas del sector de las telecomunicaciones con independencia que sean sancionatorios o no, únicamente serían amparados por la protección cautelar si se alegan y prueban los extremos exigidos para todas las medidas cautelares en el proceso administrativo, para concluir finalmente volviendo a la suspensión automática de la ejecución, únicamente de los actos administrativos sancionatorios que imponen multas.

16. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de protección del consumidor y el usuario (artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario)⁶⁶. En esta materia que la autoridad administrativa tiene un amplio catálogo de sanciones que puede imponer al infractor, únicamente se excluye de la posibilidad de ejecución inmediata la sanción de multa, siempre que hubiese sido recurrida, momento a partir del cual no se puede exigir su cumplimiento hasta que no se produzca la decisión sobre la pretensión de impugnación formulada. Se trata de una variante de suspensión “automática”, porque no se requiere de solicitud cautelar alguna al órgano jurisdiccional y tampoco se requiere que éste emita pronunciamiento alguno, la suspensión de la ejecución de la multa opera de pleno derecho, por la simple interposición de la pretensión.

17. Por último, se tiene la ejecución judicial forzosa de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución⁶⁷ o de suspensión formuladas a través de la pretensión de amparo cautelar⁶⁸, en el proceso administrativo contra los actos administrativos individuales de contenido positivo, así como de pretensión de medidas cautelares innominadas⁶⁹, en el proceso contra los actos administrativos generales de contenido positivo (artículos 26, 131 y 253 de la Constitución). Este escenario ha servido para la construcción de la teoría de la reedición, repetición o reproducción del acto administrativo que ha sido objeto de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional dentro del proceso administrativo y que estando pendiente de decisión, es reproducido o reeditado por la misma autoridad administrativa, teniendo como sujetos destinatarios a las mismas personas y que

⁶⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y más recientemente en la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006, abandonando así la posición asumida en la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de la norma previamente desaplicada, prevista en el artículo 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006 y en consecuencia ha reconocido que los particulares que recurran los actos administrativos sancionatorios que imponen multas pueden obtener la suspensión de la ejecución, simplemente con efectuar la pretensión de suspensión, al momento de interponer su recurso contencioso administrativo de anulación contra la misma. Esta última posición ha sido ratificada por la propia Sala Constitucional en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 629, de 22 de noviembre de 1990, ejecutada mediante sentencia 57 de marzo de 1993.

⁶⁸ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 206, de 8 de febrero de 2002, ejecutada mediante sentencia 368, de 27 de febrero de 2002.

⁶⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 256, de 16 de marzo de 2005, ejecutada mediante sentencia 1058, de 2 de junio de 2005.

guardando identidad de contenido, aun cuando cambiando los datos formales de identificación como el número de secuencia en la emisión, la fecha de emisión, persigue dejar sin efecto la decisión cautelar recaída sobre el acto administrativo original.

En tales casos, la jurisprudencia de manera confesa siguiendo la experiencia del Derecho colombiano, ha reconocido la existencia del acto administrativo reeditado, reproducido o repetido, señalando que el mismo se produce cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que el acto administrativo reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones originalmente suspendidas; b) Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión; c) Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma autoridad administrativa que dictó el acto cautelarmente suspendido; d) Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente; e) Que en el proceso en el cual se concedió la medida cautelar de suspensión, no se hubiese dictado sentencia definitiva.

Una vez que el órgano jurisdiccional administrativo verifica tales circunstancias, ha procedido a reconocer una desviación de poder a través de la reedición del acto administrativo y a concluir que la pretensión procesal inicialmente planteada contra el acto originalmente recurrido, también se dirige contra el acto administrativo repetido, aún cuando éste haya sido reproducido con posterioridad, así como que la concesión de la medida cautelar contra el acto original, se extiende hasta el acto reeditado por la autoridad administrativa.

En esencia, éstos constituyen los grandes avances de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares, toca ahora establecer cuáles son los retos y desafíos que deben enfrentar los operadores jurídicos en la progresiva construcción de la institución cautelar en el proceso administrativo.

Consideraciones Finales

En los más de cuarenta años de historia que tienen las medidas cautelares se han efectuado importantes avances, que van desde la inexistencia de la posibilidad de pretender la concesión de medidas cautelares en el proceso administrativo, pasando por la conquista de la suspensión de la ejecución en un primer momento, hasta llegar a la concesión de toda clase de medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Estando sentados desde la propia Constitución los cimientos del proceso administrativo⁷⁰ y teniendo pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos es la tutela judicial cautelar, en la hora actual del Derecho procesal administrativo en Venezuela, el debate debe orientarse a precisar los cuatro supuestos de responsabilidad que pueden surgir con motivo de la pretensión de tutela cautelar:

1. La responsabilidad del solicitante que abusando de su derecho, plantea la pretensión de medidas cautelares: Ésta se produce cuando se efectúa una pretensión conforme al ordenamiento jurídico, pero el interesado lo realiza actuando con falta de probidad y ética procesal o con mala fe, para lograr una situación ventajosa en el proceso, más allá de la búsqueda del reconocimiento del derecho que reclama y que espera le sea reconocido en la sentencia que resuelva el mérito del proceso.

⁷⁰ Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo. *El Derecho Público a los cien primeros números de la Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. pp. 905-930; también publicada en *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007. pp. 265-298.

2. La responsabilidad del funcionario que obstaculiza la ejecución de las medidas cautelares: No es infrecuente que los funcionarios administrativos, dilaten el cumplimiento de las medidas cautelares, se valgan de tecnicismos, produzcan actos cuyo objeto sea dejar sin efecto ilegalmente las medidas que obran en contra de la Administración Pública o simplemente ignoren los mandamientos cautelares, lo que constituye una flagrante y censurable violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que genera la responsabilidad personal del funcionario que así actúa. Tal responsabilidad podrá ser de carácter civil (por ocasionar daños y perjuicios al beneficiario de la medida y frustrar la tutela judicial efectiva), penal (por el delito de desacato de las decisiones judiciales), administrativa (por los daños patrimoniales que su actuación le produzca a la Administración donde desempeña sus funciones) y disciplinaria (que pueden conllevar incluso a la sanción de destitución de la función pública).

3. La responsabilidad del juez que concede o niega indebidamente las medidas cautelares: La responsabilidad personal de los jueces puede surgir producto de un error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de normas procesales, por denegación de justicia, por parcialidad en la función jurisdiccional, por delitos de cohecho o prevaricación en que puedan incurrir al momento de resolver una pretensión cautelar. Esta responsabilidad podrá manifestarse de manera similar que con los funcionarios públicos administrativos.

4. La responsabilidad del Estado: Se menciona de última, pero no por ello menos importante, la responsabilidad del Estado, que se puede derivar de la función jurisdiccional o de la función administrativa. En el primer caso, surge la responsabilidad cuando por actuación u omisión de los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando como consecuencia de un error judicial, un retardo en el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar o una omisión injustificada, una de las partes experimenta un daño en su esfera jurídica que deberá ser reparado o restablecido. En el segundo caso, la responsabilidad será consecuencia de todas aquellas actuaciones u omisiones en que incurra la Administración Pública llamada a cumplir las medidas cautelares o incluso otra autoridad administrativa que de alguna manera colabore, coopere o intervenga para eludir el cumplimiento de la decisión cautelar, mediante simple omisiones, a través de actuaciones materiales o mediante actos administrativos expresos.

De allí que este breve recuento histórico constituya apenas un punto de partida hacia los nuevos senderos que deben transitar las medidas cautelares, teniendo presente lo que se tiene, lo que ha costado lograrlo, lo que se debe hacer para conservarlo y lo que hay que realizar para mejorarlo.

Las medidas cautelares han contribuido notablemente a que los justiciables tengan fe en lograr la Justicia, a pesar del naturalmente lento proceso administrativo, pero el reto que corresponde a los operadores jurídicos para mantener viva dicha fe, consiste en el necesario perfeccionamiento del sistema cautelar en la futura reforma del orden jurisdiccional administrativo, el cual debe avivar en éstos la esperanza que la formulación de las pretensiones cautelares y su concesión por los órganos jurisdiccionales, constituyen la garantía de alcanzar una auténtica Justicia material en el proceso administrativo.