

***La Contienda contra el Pensamiento de Los Jueces Contencioso- Administrativos en
Materia de Medidas Cautelares.***

**por Víctor Raúl Díaz Chirino
Abogado. Especialista en Derecho administrativo.**

“La verdadera justicia no sólo radica en una sentencia que resuelva el fondo de la causa, en tiempo oportuno, sino de igual forma con una decisión cautelar, que logre evitar los perjuicios derivados por el transcurso del tiempo del proceso, que haga eficaz la sentencia definitiva”

Víctor Raúl Díaz

Uno de los temas que se han tratado estos últimos años, por la doctrina nacional y extranjera, lo constituye la materia sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. No en vano, el Doctor García de Enterría, ya nos hablaba de “ La Batalla por las Medidas Cautelares”, que en definitiva -por lo menos en Venezuela- se ha traducido en una contienda sin cuartel, contra la aprensión del Juez Contencioso Administrativo en dictar medidas cautelares en contra de la Administración. En efecto, en Venezuela se ha venido insistiendo en la necesidad de reformar la jurisdicción contencioso administrativa (regulada en forma transitoria en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, desde el año de 1976) que debe abarcar no sólo aspectos meramente formales, como lo sería la promulgación de una Ley que organice dicha jurisdicción, sino de igual forma lo más trascendental sería el cambio de pensamiento de los Jueces. Es así como, el Juez Contencioso Administrativo además de contar con una trayectoria académica considerable, a tono con las exigencias de este tiempo, debe realizar su trabajo; esto es que verdaderamente se encuentre dispuesto a controlar las diversas formas de actuación de la Administración, especialmente de forma cautelar.

Así mucho se ha avanzado, desde que la extinta Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) actuaba como Juez de Alzada de la Administración, conociendo de las apelaciones contra los actos administrativos, sometido a requisitos procesales, como la formalización, hasta hoy, donde el proceso debe ser considerado como un instrumento eficaz para la realización de la justicia (257 de la Constitución), aún cuando tenemos un sistema legal ineficiente de ejecución de sentencias, la consideración objetiva del proceso que impide una verdadera contención, y en especial un sistema cautelar inoperante y desdibujado, el cual no responde a la necesidad de protección de los derechos de los particulares, motivado entre otras circunstancias por la concepción por parte de los operadores jurídicos, que la suspensión de efectos de los actos administrativo procede sólo a discreción y en casos excepcionales.

Por otra parte, lejos de dejarse llevar por la resignación, y aceptar como “normal” la ineficacia de la tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo venezolano, es necesario destacar, que el problema no reside en las normas que le sirve de instrumento, al Juez a la hora de decidir una medida cautelar. En este sentido, la Tutela Judicial Efectiva constituye un Derecho humano constitucionalizado, de carácter fundamental que ha sido interpretado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho de intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo, establecido en el artículo 26 de la Constitución.

Así , en un ámbito general la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece en el artículo 136:

Artículo 136: “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 hay sido 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.”

Aún cuando, la doctrina sostuvo en una oportunidad, que el citado artículo podría ser aplicado de igual forma cuando se trate de la nulidad de actos de efectos generales, debido a que se encuentra ubicado en la sección de las disposiciones comunes tanto a los juicios de nulidad de actos de efectos generales y de actos de efectos particulares, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala Político-Administrativa, y la Corte en Pleno, de la extinta Corte Suprema de Justicia, han señalado que el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo le es aplicable a los actos de efectos particulares, y así sólo por mencionar algunas sentencias, tenemos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dos sentencias de fecha 15-06-1982, y 27-06-1984, de la Sala Político-Administrativa: 16-11-1989, Caso Mochima; 07-12-1991, Caso: Mirna Salas; 12-05-1992, Caso: Jesús A. Soto; 16-10-1997, Caso: Banco Venezolano de Crédito; 18-10-1998, Caso: Enelbar, y de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, las sentencias de fecha 25-10-1986, ratificada por la misma Corte en Pleno en fecha 8 de junio de 1988.

Por otra parte si bien es cierto, la jurisdicción contencioso administrativa negaba la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo de carácter general por su contenido normativo, dirigido a un número indeterminado de personas, esta circunstancia ha venido adaptándose a las exigencias que demanda la sociedad y a los postulados constitucionales. En este sentido, la Sala Político-Administrativa ha señalado en forma recurrente que la suspensión de actos generales procede por medida cautelar innominada. Así lo señaló en sentencia de fecha 17 de abril de 2001, Caso: Seguros Casbu, en la cual la Sala Político-Administrativa conoció por Apelación de la decisión que negaba la procedencia de una medida cautelar contra un acto general motivado a: **“..ello sería concederle un privilegio del cual ésta no goza frente al resto de los destinatarios del acto, ya que tal privilegio no lo acuerda expresamente una ley, y con ello se rompería el principio de generalidad de los actos administrativos de efectos generales o como expresa parte de la doctrina se produciría “una discriminación inversa”, a decir de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, respecto a las demás sociedades de corretaje, las cuales sí deberían constituir la garantía en los términos establecidos en la resolución que se impugna, es decir, que por proteger a un justiciable se estarían discriminando los demás.”** (Resaltado mío)

De esta manera la Sala Político-Administrativa señaló entre otras consideraciones que:

Uno de los derechos más importantes y fundamentales en todo Estado de Derecho, es el *derecho a la tutela judicial efectiva*, que está conformado por otros derechos, como lo son: el derecho a tener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, *el derecho a la tutela judicial cautelar* y el derecho a la ejecución del fallo. En efecto, las medidas cautelares son parte esencial de este derecho y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, de la forma más amplia para garantizar la eficacia de la sentencia que decida sobre el fondo de la controversia. (Sentencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 1998, Caso: *Carmen Brea*). En efecto, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada actualmente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para emitir *todo tipo de medida cautelar que se requiera en cada caso concreto*, esto es, puede decretar todo tipo de mandamientos, -como la suspensión del acto recurrido, medidas positivas e incluso anticipativas- *ante todo tipo de actividad o inactividad administrativa*, incluyendo actos de efectos particulares o generales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones etc. Tal como se señaló precedentemente. todo Juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le permite tomar cualquier medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado. En relación a la procedencia de la suspensión de efectos de los *actos generales* en base a las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil, ya esta Sala en sentencias de fechas 17-12-1991 (Caso: Mirna Salas); 12-5-1992 (Caso: Jesús Soto); 15-2-93 (Caso: Gastón Navarro Dona); y 15-11-95 (Caso: Lucía Hernández), entre otras, se ha pronunciado a favor de la admisión de la protección cautelar por vía de las referidas medidas cautelares innominadas contra actos de efectos generales. Así, en sentencia de esta Sala de fecha 13 de marzo de 1997 (Caso: Jhonson & Jhonson) se indicó: *“es posible con base al poder cautelar general que cuentan todos los jueces de la República –incluso, se insiste, el contencioso administrativo- de acuerdo con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la emisión de medidas cautelares en casos como el presente cuyo objeto es un acto normativo, aunque, en esos casos, lo procedente sería dirigir el mandamiento cautelar directamente sobre el solicitante y no dar el efecto general propio de la decisión final.”* Así las cosas, no es posible negar una medida cautelar en base a la naturaleza del acto, tal como lo hizo el *a-quo*, por cuanto tal como se precisó anteriormente, el Juez tiene un amplio poder cautelar general, que le permite tomar cualquier medida cautelar para garantizar el derecho constitucional a

la tutela judicial efectiva y el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. En efecto, son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva (Resaltado mío).

En este sentido, ha sido de tal magnitud la aprensión de los Jueces en dictar medidas cautelares, que los Abogados litigantes han implementado diversas técnicas de petición de tales medidas. En efecto, para solicitar la suspensión de efectos de actos administrativos generales, en su solicitud lo realizan bajo la premisa del Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y subsidiariamente la suspensión de efectos del acto fundamentado en potestad del Juez en dictar medidas innominadas (conforme al artículo 588 del Código de Procedimiento Civil), y subsidiariamente si las dos anteriores son negadas, solicitan la suspensión de efectos, mediante amparo de naturaleza cautelar (conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales); estos constituyen los mal llamados "*combos de petición*", cuando fundamentalmente en términos generales, independientemente de los fundamentos de la petición en cualquiera de las mencionadas, para su procedencia se deben cumplir dos condiciones que deben concurrir a saber: *fumus boni juris* y *periculum in mora*. Así, el Abogado se convierte en una suerte de arquitecto, el cual debe diseñar y estructurar dicha petición en forma subsidiaria, cuando todas tienen por objeto la suspensión de efectos del acto administrativo general, y elegir desde el "*combo*" más sencillo hasta el más completo.

En este sentido, y como un ejemplo de lo grave de esta situación, se encuentra el recurso de nulidad del Acto Administrativo Nro. 39 dictado por el Gobernador del Estado Lara (entidad federal de Venezuela), Gobernador Luis Reyes Reyes, quien estableció mediante decreto, medida privativa de libertad, (arresto de 8 horas) por las infracciones cometidas dentro del ámbito territorial del Estado Lara, en materia de Tránsito Terrestre: no detenerse en la luz roja, dar vuelta prohibida etc.. Al ser un acto general, los recurrentes solicitaron la suspensión de efectos del acto, fundamentado en la posibilidad de dictar por parte del Juez medidas innominadas, por considerar que el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte, se refiere únicamente a la suspensión de efectos de actos particulares. El Juez Horacio González Hernández, al pronunciarse con respecto a dicha solicitud lo hace en los siguientes términos:

"Ciertamente en casos muy puntuales tanto la extinta Corte Suprema de Justicia, como el actual Tribunal Supremo de Justicia han declarado la suspensión de los efectos de actos generales, no obstante debe observarse, que **el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene la previsión exclusivamente para suspender actos de efectos particulares**, y en cuanto a la aplicación por vía innominada, es decir aplicando el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, este tribunal acota que las medidas innominadas son aquellas que no existen en nuestro ordenamiento, mientras que **la suspensión de efectos de actos administrativos, esta prevista en el mencionado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que su aplicación a un acto de efectos generales no podría hacerse por vía de tutela innominada sino por aplicación extensiva de una tutela preexistente para actos particulares y como quiera que es de principio que las cautelas son de aplicación restrictiva, por ser cercenadoras del principio de libertad, este Tribunal no puede menos que negar la suspensión de los efectos solicitados** y así se decide.. (omisión) (Resaltado mío).

Así, compartimos el señalamiento del Tribunal en cuanto al carácter exclusivo de la previsión cautelar en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es decir, su aplicación únicamente a actos de efectos particulares, resultando por lo menos contradictorio el argumento del Tribunal mediante el cual afirma la aplicación extensiva de dicha norma, para solicitar la suspensión de efectos de actos generales. Por otra parte, es necesario destacar la afirmación que realiza el Juez Horacio González Hernández, que las cautelas son "*cercenadoras del principio de libertad*", no deriva de una posición doctrinaria nacional o foránea, o de algún criterio jurisprudencial, sobre las medidas cautelares en el contencioso administrativo, quien escribe estas líneas desconoce de donde el Juez extrajo dicho criterio y cual es su fundamento, es más me atrevería a asegurar que dicha afirmación es producto de su creatividad, motivado a su aprensión en pronunciarse con respecto a la medida solicitada.

No obstante y considerando la posición del Tribunal, los recurrentes realizaron la petición de conformidad con el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el Tribunal RATIFICÓ su negativa al no suspender los efectos del acto al señalar:

(omisión) ... "este Tribunal observa que: En fecha 29 de enero de 2002, se dictó un acto mediante el cual se Negó la suspensión de los efectos del acto administrativo, con los siguientes argumentos: " por lo que su aplicación a un acto de Efectos Generales no puede hacerse por vía de tutela innominada, sino por aplicación extensiva de una

cautela preexistente para actos particulares y como quiera que es de principio que la cautela son de aplicación restrictiva, por ser cercenadoras del principio de libertad" ..., De lo expuesto anteriormente este Juzgador Ratifica su criterio en cuanto al contenido en el auto de fecha 29 de enero de 2002, relativo a la suspensión de efectos del acto administrativo solicitada y así se decide" ... (omisis).

Así, una vez solicitada la suspensión de efectos del Acto Administrativo, fundamentada a través del poder cautelar del Juez de dictar cualquier tipo de medidas, el Tribunal señala por un lado, que el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece en forma exclusiva la suspensión de los actos de efectos particulares, y por el otro afirma que la solicitud de la suspensión de efectos debe realizarse conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y no bajo la premisa de tutela innominada, la cual realizaron los recurrentes, y de todas formas el Juez, niega la suspensión de efectos, ratificando su criterio, bajo la premisa de que dichas cautelas son de aplicación restrictiva y cercenan el principio de libertad.

Ante dichas decisiones, (apartando el asombro) en vez de la resignación lo importante es la constancia de exigir el cumplimiento de la Constitución, y el ejercicio pleno y efectivo de la Tutela Judicial Cautelar. Con esto, independientemente ya sea por una u otra vía, el Juez en definitiva se encuentra obligado a pronunciarse sobre si se encuentran presentes los supuestos, reconocidos en forma universal para dictar la procedencia de dichas medidas, como lo son la concurrencia del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. Así nos encontramos por lo menos en el Estado Lara, un Estado de Derecho disminuido, donde en la práctica no existe un control cautelar por parte del Juez Contencioso Administrativo, de los Actos Administrativos Generales, dictados por el Gobernador de dicha entidad federal. Más aún cuando se trata, de la imposición por parte de una autoridad administrativa de una sanción privativa de libertad, sin proceso, sin garantías a ser oído, por una infracción en materia de tránsito, cuando en otras latitudes como por ejemplo en España, ya desde la sentencia del 11 de noviembre de 1987 dictada por el Tribunal Constitucional, se establece que sólo en los procesos judiciales se pueden imponer penas privativas de libertad. Por otra parte, de igual forma, el Juez Horacio González al señalar que las medidas cautelares responden a una aplicación restrictiva, ya que son cercenadoras del principio de la libertad, supone no sólo el desconocimiento de la Constitución de 1999, en esta materia; de los aportes doctrinales y jurisprudenciales nacionales y foráneos, sino de igual forma la permisividad de una Administración de realizar en forma laxa sus actuaciones, amordazando el control cautelar frente las actuaciones de la Administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Canova, A. (1998). *Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*. Caracas: Sherwood.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- García, E. (1995). *La Batalla por las medidas cautelares* (2ª.ed.). Madrid: Civitas.
- Hernández, V. (1998). *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo* Caracas: Vadell Hermanos.
- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 1.893 (Extraordinario), Julio 30 de 1976.
- Ortiz, L. (1999). *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo* Caracas: Sherwood.
- Tribunal Superior Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, Caso: Adolfo Montilla y otro, *Nulidad del Decreto Nro. 39 dictado por la Gobernación del Estado Lara* Expediente Nro. 6592
- Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Sociedad de Corretaje de Seguros Casbú, *Sala Político Administrativa*, Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero, 17 de abril de 2001, <http://www.tsj.gov.ve>