AAS5352

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Presentado por
Rincón Navarro Elsa Beatriz

Para Optar al Título de
Especialista en Derecho Administrativo

Asesor- Tutor
Araujo Juárez José

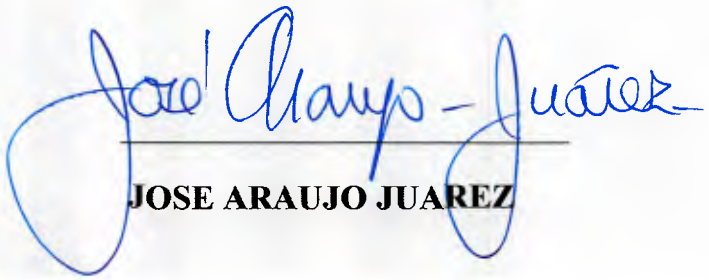
Caracas, Noviembre 2011

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL TUTOR

Yo, **JOSE ARAUJO JUAREZ**, en mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado, elaborado por la Abogada **ELSA BEATRIZ RINCÓN NAVARRO,** titular de la cédula de identidad Nº 6193847, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, reúne los requisitos para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe

En la ciudad de Caracas a los treinta y un (31) días del mes de octubre de 2011



JOSE ARAUJO JUAREZ

DEDICATORIA

Primeramente a Dios, a mis padres, hermanos y a mis dos hijos, Antonio y Diego, por la innumerables maneras en que me han apoyado en este largo camino durante el desarrollo y ejecución de este trabajo

A familiares y amigos que me acompañan en el día a día de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A Dios que siempre me guía, a mis padres y hermanos que me han acompañado en el transcurrir de mi vida, y a mis dos hijos Antonio y Diego, por la paciencia y el apoyo incondicional que me han brindado.

A la Universidad Católica" Andrés Bello" por permitirme estudiar en tan prestigiosa casa de estudios, incluyendo a profesores y personal administrativo.

A mi tutor José Araujo Juárez, por haberme guiado en la realización de este trabajo

A la abogada y profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Ninoska Rodríguez V. Por su paciencia y colaboración.

NIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Autor: Rincón Elsa Beatriz
Asesor: José Araujo Juarez
Fecha: Noviembre 2011

RESUMEN

La Tutela Judicial Efectiva frente a la Administración Pública, es un derecho que está previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y el procedimiento para llevarla a cabo está normado actualmente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo cuando este proceso no se ejecuta en el lapso correspondiente, el afectado puede acudir a la protección cautelar que está prescrita igualmente, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dada la importancia de la temática, con esta investigación se pretende estudiar el tratamiento que se le ha dado a la Tutela Judicial Efectiva y a la Protección Cautelar en el Procedimiento Contencioso Administrativo en nuestro País, así como también su evolución. La metodología que se utilizó para realizar esta investigación, se basó en una técnica de exploración documental, que nos permitió el estudio directo de las fuentes, tales como: análisis de contenido de naturaleza cualitativa, críticas y resumen analítico que nos permitirá responder cada una de las preguntas planteadas en esta investigación, y así lograr el objetivo general propuesto en la misma, el trabajo constará de tres capítulos. En este orden de ideas, surge la necesidad de analizar en qué medida la tutela cautelar en el contencioso administrativo se particulariza en el ámbito de la tutela judicial frente a la inactividad administrativa, cuáles son los principales problemas y su posible solución. En tal sentido, con este trabajo se pretende hacer una reflexión y una convocatoria para profundización el tema de la tutela cautelar en el Contencioso Administrativo y que esto motive, de alguna manera, la crítica sana y constructiva sobre el actual sistema de justicia contencioso administrativa que tutele efectiva y realmente los derechos de los justiciables.

Palabras clave: Tutela Judicial Efectiva, Protección Cautelar y Jurisdicción Contencioso Administrativa.

ÍNDICE GENERAL

	pp.
APROBACIÓN DEL TUTOR	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	iv
ÍNDICE GENERAL	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO	
I ANÁLISIS LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	11
Tutela judicial efectiva	11
Las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo	
Principios Básicos en la Protección Cautelar	20
La Medida Cautelar de Suspensión de Efectos	26
El amparo cautelar	28
Medidas Cautelares nominadas e innominadas	28
Condiciones de procedencia para las medidas cautelares	30
Providencias instructorias anticipadas	30
Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada.	31
Anticipación de providencias decisorias	32
Las cauciones procesales	32
Proceso de repetición de pago	32
Proceso de amparo tributario	34
Proceso o juicio ejecutivo	35
Proceso contencioso funcionarial	35
Definición del Proceso	36
Clases de procesos	36
Funciones del proceso	37
El Proceso Cautelar	38

Fundamentos jurídicos y jurisprudenciales 39
Legitimación para Recurrir. Derechos subjetivos, intereses 41
legítimos y derechos reaccionales 43

II FORMALISMO PROCESAL EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA 46
Formalismo procesal 46
Fundamentos jurídicos 48
Fundamentos jurisprudenciales 50

III EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO A TRAVÉS DE LOS AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA 54

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 65
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 70

INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado con rango constitucional en la mayoría de los países europeos. Así se tiene que en la Constitucional Alemana en el artículo 19.IV de la Ley Fundamental de Bonn; en España lo norma el artículo 24.1 de su Constitución, en Francia ha sido reconocido por el Consejo Constitucional del 17 de enero de 1989, en Italia en los artículos 24 y 113 de la Constitución y en la Unión Europea en el artículo 17 del Proyecto de Constitución Europea.

En Venezuela, la tutela judicial se conforma en la medida en que los tribunales hacen efectivos los derechos de los ciudadanos (artículos 26 y 49 de la CRBV). La tutela judicial cautelar es una forma de obtener la tutela judicial efectiva, ya que la cautela permite determinar si el órgano jurisdiccional da respuestas efectivas cuando están en peligro las resultas del juicio si no se dicta alguna medida cautelar o se toma o se decide de inmediato.

Este derecho constituye uno de los pilares fundamentales de los ordenamientos jurídicos modernos, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter fundamental y ha sido interpretado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo.

La Tutela Judicial es uno de los principios más importantes en el marco de nuestra Carta Magna, como se mencionó anteriormente, se encuentra consagrado en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho en Venezuela, frente a la inactividad de la administración de justicia. En tal sentido, en el Ordenamiento Venezolano, específicamente, en el contencioso administrativo, el proceso ha sido concebido para permitir el pleno restablecimiento de las situaciones jurídicos subjetivas exigiendo además la condena al cumplimiento de las prestaciones administrativas, sin embargo todavía existe la creencia de la insuficiencia de los medios procesales con el fin de otorgar

una efectiva tutela judicial frente a la inactividad administrativa, lo cual vendría a desvirtuarse con la entrada en vigencia de la LOJCA.

Por lo tanto, en Venezuela, el derecho a la tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional contencioso administrativo está en el marco de todo proceso administrativo, la protección cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia definitiva consiguiendo así por vía de consecuencia, asegurar la efectividad de la tutela judicial. No es, evidentemente, la única condición de la que depende la efectiva ejecución del fallo, pero es probablemente la más importante frente al riesgo que supone el inevitable transcurso del tiempo. Cuando el objeto del proceso es, en concreto, la pretensión de condena a actuación, esa garantía de efectividad que otorga la tutela cautelar adquiere especial relevancia, pues la plena satisfacción de esta pretensión procesal implica el cumplimiento oportuno y en especie de la conducta administrativa ilegalmente omitida. Frente a la tradicional lentitud del proceso, la ausencia de un a protección cautelar haría prácticamente imposible la efectiva ejecución de condena a prestación.

En efecto, el proceso cautelar le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer, y existe con independencia de que figura en las declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, constituciones y leyes de cada Estado.

El reconocimiento y procedencia de la protección cautelar en el ámbito de la tutela judicial frente a la inactividad es, hoy en día, incuestionable y abiertamente aceptada en Venezuela. Es considerada, además, atributo inherente del derecho a la tutela judicial efectiva. Partiendo de esa afirmación, el tema seleccionado se debe centrar en el análisis crítico de la virtualidad y alcance de la tutela cautelar existente frente a la sentencia que estime una pretensión prestacional, en cuanto a su contenido, requisitos y oportunidad se refiere.

Los antecedentes de este problema en Venezuela, indican que la situación actual de la tutela judicial efectiva surge de la norma prevista en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el cual establece que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás Tribunales que determine la Ley.

La Jurisdicción Contencioso Administrativa se encontraba regulada en las disposiciones transitorias de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976), la cual estableció un régimen provisional mientras se dictaba la Ley especial, previendo ésta como única medida cautelar, la suspensión de la ejecución de los actos, de conformidad con los términos del artículo 136 de la Ley mencionada, en consecuencia, en todos los demás casos en los cuales no proceda la medida cautelar de suspensión, incluso en el supuesto de actos administrativos negativos de efectos particulares debe ejercerse, el derecho a la tutela judicial efectiva que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo está establecida en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Por tal razón, es importante el conocer la tutela judicial cautelar como instrumento para lograr el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien como antecedente, se puede mencionar que Urosa Maggi (2003) opina que la justicia administrativa venezolana cuenta, desde décadas atrás, con una acción contencioso administrativa a través de la cual resulta posible deducir directamente la pretensión de condena a actuación administrativa, en concreto la condena de lo que se ha denominado en el derecho venezolano. "la abstención o carencia administrativa."El origen del llamado recurso por abstención o carencia es unánimemente atribuido a la Ley Orgánica de la Corte Federal del 19 de junio de 1925, la cual contemplaba la competencia de la Corte para conocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estuvieran obligados por las leyes federales.

La referida autora (Urosa Maggi, 2003) señala que en la promulgación de la Constitución Venezolana de 1961, conllevó la necesidad de adaptar la legislación vigente a los nuevos preceptos constitucionales de organización y funcionamiento de la extinta Corte Suprema de Justicia, la cual sustituía a las cortes federales y de casación hasta entonces existentes como máximas instancias judiciales. Asimismo la nueva constitución imponía una regulación legal del ámbito funcional, orgánico y formal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa lo que significó incluir la noción del control judicial de las negativas de los funcionarios públicos.

En el marco de todo proceso administrativo, la protección cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia definitiva consiguiendo así por vía de consecuencia, asegurar la efectividad de la tutela judicial. No es, evidentemente, la única condición de la que depende la efectiva ejecución del fallo, pero es probablemente la más importante frente al riesgo que supone el inevitable transcurso del tiempo. Cuando el objeto del proceso es, en concreto, la pretensión de condena a actuación, esa garantía de efectividad que otorga la tutela cautelar adquiere especial relevancia, pues la plena satisfacción de esta pretensión procesal implica el cumplimiento oportuno y en especie de la conducta administrativa ilegalmente omitida frente a la tradicional lentitud del proceso.

En el panorama venezolano resulta que la regulación legal de los aspectos procesales fundamentales del "recurso de abstención" se refleja también en el tema de la tutela cautelar, sin que pueda admitirse la existencia de un "régimen especial ", legalmente previsto en este sentido. Ello no equivale a afirmar que no exista tutela cautelar en el recursos por abstención o carencia.

Así a la evolución de la protección cautelar en el proceso administrativo venezolano, ha llevado a reconocer la existencia de un poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo, conforme al cual éste puede adoptar con prudencia y sin excesos la medida cautelar provisional pertinente o adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia principal, así ha sido señalado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en reiteradas sentencias.

En el marco de esa ampliación es necesario resaltar, que el recurso por abstención se ha visto beneficiado, a través de dos vías de tutela cautelar: De una parte, y en virtud de la aplicación supletoria de las normas del proceso civil, se ha considerado procedente la adopción de medidas cautelares innominadas, en concreto se refería a los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (1986), el último de los cuales establece:

> El tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En este caso para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinado actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión

Y de otra, a través del denominado amparo cautelar, previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) el cual funge como pretensión cautelar, también innominada, que puede solicitarse de manera conjunta al recurso de abstención o carencia, cuando exista presunción grave de violación de un derecho constitucional, el que se podrá formular conjuntamente con el recurso contencioso administrativo contra las conductas omisivas. En ambos supuestos la tutela cautelar tiene contenido positivo, diferenciándose unas de las por sus requisitos de procedencia, el procedimiento de su tramitación y su estabilidad en juicio.

La aceptación jurisprudencial de estas tutelas cautelares ha sido paulatina, pues de su denegación rotunda se ha pasado a su aceptación moderada, no obstante su incorporación en el nuevo texto legal, recién promulgado del 22 de junio de 2010 o, si se quiere limitada, desde que existe aún reservas frente a la abierta procedencia de la tutela cautelar anticipativa.

Siguiendo con estos argumentos, el tema de la tutela cautelar debe analizarse desde la óptica de los tres procedimientos contencioso administrativos propuestos para otorgar plenitud a la tutela judicial frente a la inactividad: el proceso ordinario cuyo objeto sea la pretensión de condena a actuación, y los procesos especiales- breve y ejecutivo, frente a las pretensiones de prestación de servicio público y de ejecución de actos administrativos, respectivamente. Tal distinción obedece a que la tutela cautelar tributaria de la pretensión principal y no del "recurso" o "la actuación impugnable" y, en consecuencia, su contenido podrá variar según el proceso tenga por objeto la pretensión de condena a prestación o la pretensión ejecutiva. Además su oportunidad dependerá, en buena medida de la naturaleza del procedimiento, así como de la celeridad y eficacia que informen a su tramitación.

En el marco de las observaciones anteriores, la manera en que se consagran el derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), hace pensar según Louza (2007) que "la administración de justicia es un servicio público que genera un conjunto de obligaciones prestacionales para los órganos judiciales, (atinentes a los atributos y características que debe revestir este servicio) y en relación con los sujetos que

son beneficiarios del mismo, es decir, los ciudadanos. Por ello, el ciudadano o justiciable no solo tiene derecho de acceder a la justicia, sino además a una con determinadas características: *gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles"* (p. 25)

Dadas las condiciones que anteceden, es amparable por todas las jurisdicciones, entra en Derecho administrativo desde el mismo momento en que se entabla una relación jurídica entre la Administración Pública y los particulares, en la cual se encuentran involucrados derechos subjetivos o intereses de estos últimos, quienes pueden acudir ante los Tribunales Contenciosos Administrativos, para intentar los recursos o acciones pertinentes contra la Administración Pública, con el fin que le restablezca la situación jurídica vulnerada y de ser procedente se condene a la Administración Pública a cumplir obligaciones de dar, hacer o dejar de hacer, así como a cancelar sumas de dinero por concepto de indemnización los daños y perjuicios patrimonialmente causados al querellante.

Al mismo tiempo, las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva frente a la inactividad administrativa incide en el derecho al cumplimiento de la sentencia de condena a una actuación, reuniendo tres aspectos fundamentales como son: su efectividad, contenido y ejecución. El tema de la sentencia de condena a una actuación es, si se quiere, el aspecto central de la tutela judicial, pues de nada sirve un proceso dotado de todas las garantías procesales si al momento de aplicar el derecho se veda al juez la posibilidad de condenar a la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones o bien si condenándolas, el particular no obtiene efectiva y oportunamente la prestación a la que tiene derecho.

La clave jurisdiccional de la inactividad se halla, como prácticamente de todo el control de la legalidad administrativa, en la determinación de las facultades del juez ante la Administración Pública, asunto que atañe a la esencia constitucional del proceso contencioso administrativo, al principio de separación de poderes. En Venezuela no ha habido vacilaciones para admitir una tutela judicial frente a la inactividad administrativa. El punto focal radica en el ámbito y contenido de los poderes del Juez Contencioso Administrativo para restablecer las

situaciones subjetivas lesionadas y las posibilidades de ejecución de las sentencias, de conformidad con la recién promulgada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, según Brewer - Carias (2010) el texto legal, lamentablemente no llega a ser nada nuevo en cuanto a los temas q ue desordenadamente trata, estando establecidos todos los aspectos que regula, incluso en algunos casos con mayor precisión, en normas legislativas transitorias y dispersas que habían venido progresivamente siendo desarrolladas y moldeadas por la jurisprudencia y la doctrina patria. Por otro lado, Hernández -Mendible (2010) precisa que el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser respetado por el legislador y tutelado por el juez constitucional.

El intento de reconocer y aceptar la tutela judicial efectiva frente a la inactividad administrativa, en los actuales momentos es indudable, en el entendido que desde hace tiempo atrás, el ordenamiento jurídico venezolano en el contencioso administrativo, no se limita a su fase represiva o de limitación del exceso de poder, y al pleno restablecimiento de las situaciones jurídico-subjetivas sino que exige además la condena al cumplimiento de las prestaciones administrativas, no obstante siempre se discutió estar latente la insuficiencia de los medios procesales a fin de otorgar una efectiva tutela judicial frente a la inactividad administrativa.

De esta manera, promulgada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) cualquier laguna normativa no puede constituirse en excusa para impedir decidir a los jueces, sino que éstos se encuentran obligados a aplicar supletoriamente tanto las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) y el Código de Procedimiento Civil (1986) sin perjuicio de la aplicación de la analogía de los Principios Generales del Derecho.

El proceso cautelar tiene como función prevenir o evitar el daño injusto que probable o posiblemente pueden experimentar las partes dentro del proceso, por motivo del retardo, demora o retraso en la resolución definitiva del proceso principal. Además, que paralelamente al proceso principal se puede activar otro proceso, que va a conducir a la producción de una decisión judicial provisoria o

cautelar, decisión ésta que va a surtir efectos en tanto dure la tramitación del proceso principal, en virtud que resuelto éste, la sentencia definitiva encierra la decisión cautelar, la cual deja de surtir efectos.

El proceso cautelar al igual que el proceso principal, requiere que el órgano jurisdiccional, en primera fase, llegue a la verosimilitud de la procedencia de la medida cautelar solicitada, es decir, analiza si están dados en el caso concreto los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar, valga decir, la existencia de buen derecho y el peligro en que se encuentra el derecho de no ser satisfecho, en virtud del transcurso del tiempo necesario para que finalice el proceso; y en segundo término, de no producirse el cumplimiento voluntario de la decisión cautelar puede proceder en vía cautelar, a ordenar la ejecución forzosa de la tutela otorgada.

Es decir, que el proceso cautelar al igual que el proceso principal, requiere que el juez en primer lugar efectúe una constatación de que si no se otorga la cautela se frustre la posibilidad de administrar la tutela judicial efectiva, a través de la sentencia que posteriormente ponga fin al proceso; y por otro lado, el juez tiene pleno poder para hacer cumplir, incluso de manera forzosa, lo ordenado en la decisión cautelar en caso de que alguna de las partes que intervienen en el proceso se resistan a acatar o respetar tal resolución.

No tendría objeto declarar en vía cautelar la procedencia de la suspensión de la ejecución de un acto o imponer u ordenar la realización de una determinada actividad a la cual la Administración Pública se ha resistido, si el órgano jurisdiccional no procede a cumplir o hacer cumplir lo ordenado, pues la única manera de poder considerar que se ha logrado una tutela judicial cautelar es que ésta se materialice efectivamente.

En efecto, tal como manifiesta Hernández- Mendible (1998), de manera paralela al proceso principal, se puede articular otro proceso, que va a conducir a la producción de una decisión judicial provisoria o cautelar, que va a surtir efectos en tanto dure la tramitación del juicio principal, toda vez que resuelto éste, la sentencia definitiva envuelve a la decisión cautelar la cual deja de producir efecto.

Con respecto a este proceso cautelar, es de suma importancia que su aplicación sea efectiva, por motivo a la realidad socio-económica y política por la que atraviesa el País, caracterizada por un Estado en crisis judicial permanente, abrumado por la necesidad económica, a consecuencia de lo cual ha alterando la igualdad posicional que debe mediar en los actos del Poder Ejecutivo, poder Legislativo, poder Judicial y el administrado en el seno de la relación jurídica.

La experiencia cotidiana refleja arbitrariedades en el ejercicio de los poderes públicos, concretamente de los privilegios de la autotutela administrativa, que disminuyen la relación jurídica a una relación de hecho, en medio de continuas infracciones al derecho a la defensa y al debido proceso. La constante infracción a las garantías procesales, el tecnicismo del diseño legislativo, la imposición como regla y la discriminación, potencia la inseguridad jurídica, convirtiendo el sistema en un inicuo desestimuló para las economías individuales y un obstáculo al desarrollo de la economía nacional.

En este orden de ideas, surge la necesidad de analizar en qué medida la tutela cautelar en el contencioso administrativo se particulariza en el ámbito de la tutela judicial frente a la inactividad administrativa, cuáles son los principales problemas y su posible solución. Si el fin de la tutela cautelar es asegurar la efectividad del fallo, la medida cautelar depende del contenido de la pretensión que eventualmente será estimada por la sentencia definitiva, y no de la actuación impugnable o del recurso contencioso administrativo en cuyo seno se solicite. Las regulaciones actuales centran su atención en otorgar una efectiva tutela cautelar frente al recurso por inactividad o al recurso por abstención.

Desde esta perspectiva la presente investigación se propone analizar el tratamiento que se le ha dado a la Tutela Judicial Efectiva y a la Protección Cautelar en el Procedimiento Contencioso Administrativo en Venezuela, así como también su evolución en la doctrina y la jurisprudencia venezolana. Para ello se utilizarán técnicas e instrumentos propios de los estudios documentales, entre ellos, Análisis de contenido, presentación resumida, resumen analítico, resumen crítico y análisis crítico. Finalmente, el trabajo se presenta en tres capítulos:

Capítulo I. Análisis la tutela judicial efectiva en el procedimiento contencioso administrativo.

Capítulo II. Formalismo procesal en el derecho a la tutela Judicial efectiva en Venezuela.

Capítulo III. Evolución de la protección cautelar en el proceso administrativo venezolano a través de los avances de la jurisprudencia y doctrina.

Por último, se presentan las Conclusiones y Recomendaciones, donde se muestran los comentarios finales sobre los resultados obtenidos de la indagación de fuentes primarias y secundarias, así como las Referencias Bibliográficas.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Tutela judicial efectiva

Acorde con lo establecido por el artículo 26 de la Constitución (1999), todos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, a la tutela judicial efectiva y a la pronta obtención de la decisión. Se trata del conocido derecho a la acción, por el cual se puede poner en movimiento al tribunal, para hacer valer una pretensión en derecho, vinculada, en general, con la restitución *lato sensu* de la esfera jurídica subjetiva lesionada, o amenazada de serlo. Tal derecho a la acción debe ser circunscrito dentro del espíritu de los principios rectores de la teoría general del proceso, reforzado ello, por lo demás, con la consagración, en el artículo 49 de la Constitución, del derecho al debido proceso, enriquecido con el carácter inviolable del derecho a la defensa (numeral 1).

Según Canova (2009) la mejor manera de describir la realidad del contencioso administrativo de un país, es acudiendo al análisis estadístico de lo que en el más alto Tribunal ocurre, en cuanto a la protección que realmente dispensa a los particulares que acuden ante él esgrimiendo reclamaciones de cualquier tipo contra la Administración Pública.

Se puede apreciar que en Venezuela, todos gozan de la posibilidad de acudir a la jurisdicción, pudiendo iniciar un juicio que ha de ser debidamente sustanciado, sin dilaciones indebidas, a fin de conseguir una sentencia oportuna que ponga fin a un litigio. Obviamente, todos estos postulados o principios se aplican cualquiera sea la materia en causa. Ahora bien, resulta conveniente distinguir que la satisfacción plena del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo han destacado la jurisprudencia y doctrina comparadas, no se agota con el logro de un fallo favorable, pues, muchas veces, se requiere que se tomen medidas necesarias para transformar la realidad jurídica, conforme a su dispositivo, a través de la ejecución de la sentencia.

No es posible, reducir el problema a una técnica procesal de legitimación que es como se ha entendido durante mucho tiempo. Hay que precisar, primero, si la legitimación es un mero requisito procesal que afecta como tal a la acción o, por el contrario, si es un requisito de fondo que afecta la pretensión de que se trata, es decir, la titularidad del derecho que se pide ser tutelado, que es la tesis dominante hoy.

Es lo que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (daño, perjuicio) causado al interés, que es lo sustancial, y no el interés mismo. Esto permite que la actitud del recurrente se describa como una defensa frente a un perjuicio que le cause el acto de la Administración Pública, perjuicio que es injusto si está causado al margen de la legalidad.

Lo que impulsa al recurrente, entonces, no es un abstracto interés por la legalidad, sino el muy concreto de estimar que la Administración Pública lo está perjudicando al obrar fuera de la legalidad, y que ese acto ilegal debe ser eliminado para evitar el perjuicio. Aquí se conectan, de este modo, interés subjetivo y legalidad objetiva. La Ley autoriza a un sujeto a ejercer una acción anulatoria contra los actos administrativos ilegales que le causen un perjuicio. Es, sencillamente, un específico derecho subjetivo, en palabras de Urdaneta (1986) donde está el derecho subjetivo no es en "la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, siendo ilegal, ha causado un perjuicio personal al ciudadano y es en este sentido, que se ejerce la acción" (p.61). En resumen, estamos en presencia de un fenómeno de verdaderos derechos subjetivos y no de nada objetivo o de situaciones jurídicas atípicas.

Se pueden establecer algunos elementos que caracterizan la estructura de este tipo de derecho subjetivo, siguiendo a García de Enterría, quien expresa que el concepto de *grief* se refiere a cualquier inmisión de la Administración Pública en los asuntos propios. La jurisprudencia francesa dice que el acto atacado debe lesionar material o moralmente al actor. La jurisprudencia alemana habla de círculo vital.

La doctrina italiana, señala que detrás de las situaciones de ventaja o de interés subyace casi siempre un derecho subjetivo de los típicos. Es decir, que el derecho subjetivo es siempre presupuesto de las situaciones que se califican como

interés legítimo, porque dónde está el verdadero derecho subjetivo es en la reacción frente al acto ilegal que perturba el ámbito vital.

Si antes de que existiese la lesión no existe más que el derecho al libre desenvolvimiento, el hecho mismo de la lesión, cuando es ilegal, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el de defenderse, de solicitar la protección judicial.

Observar la legalidad es un deber sólo objetivo para la Administración Pública, derivado de su vinculación positiva con la ley. Cuando un particular se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones ilegales de la Administración, adquiere, por la unión de esos dos factores, perjuicio e ilegalidad, un derecho subjetivo a defenderse para que se restablezca su situación afectada por la actividad administrativa.

La acción no está dirigida a purificar por razones objetivas la actuación administrativa Pública, sino a la defensa de los propios intereses. El recurrente es parte del juicio y la Administración también es parte procesal, porque es la destinataria de una acción procesal que la afecta. Lo que se hace valer en el proceso es, así las cosas, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.

En opinión de Montini (2000) el administrado es titular de derechos subjetivos en dos supuestos: Uno, cuando ostenta derechos subjetivos perfectos o típicos frente a la Administración Pública. El otro, cuando es perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación ilegal de la Administración Pública, supuesto en el cual la Ley le otorga la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo a eliminar esa actuación ilegal y a restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por aquella actuación ilegal.

Estos últimos, se llaman derechos subjetivos reaccionales, que son los que el ordenamiento jurídico llama intereses legítimos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982) y en la Ley de la Corte Suprema de Justicia 1976, reformada en 2004. La doctrina los identifica también como intereses legítimos ó reaccionales. Esta última figura es la que permite a los particulares fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa y no sólo la franja pequeña que constituyen los derechos subjetivos de corte tradicional. Y esta es su gran trascendencia.

El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o intereses o para la resolución de conflictos. A partir de las diferentes aproximaciones a la noción de acceso a la justicia, puede establecerse una distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto de acceso a la justicia. De acuerdo con el primero, el sentido amplio, el acceso a la justicia es un derecho que consiste en la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole previstos por el ordenamiento jurídico que permitan al ciudadano la protección de derechos o intereses y la resolución de conflictos, lo cual implica la posibilidad de acudir ante las instancias facultadas para cumplir esta función, y de hallar en estas, mediante el procedimiento debido, una solución jurídica a la situación planteada.

En sentido estricto, el acceso a la justicia es un derecho adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva, también llamado derecho a un juicio justo o al debido proceso, o derecho a la justicia o a la jurisdicción. Este derecho se manifiesta como la posibilidad efectiva de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses. El derecho general o matriz en el cual el acceso a la justicia se inscribe comprende otros elementos que son los siguientes: las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional, en cuanto a su independencia, imparcialidad y competencia, previamente determinada por la ley, el respeto al principio de imparcialidad y competencia, el respeto al principio del contradictorio y a los demás principios del debido proceso durante el procedimiento, la resolución de la controversia en un tiempo razonable, la obtención de una decisión congruente con lo solicitado y basada en el Derecho, y la cabal ejecución de la sentencia (Casal, 2006)

El contencioso administrativo es el orden jurisdiccional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración Pública, con pleno sometimiento a la ley y al derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos por cualquier persona en defensa de sus derechos e intereses cuando éstos se hayan visto lesionados por la actuación o la falta de ella de la Administración. El contencioso administrativo

constituye un medio de control jurisdiccional de la actividad del Estado y de su relación con los particulares, cuyas acciones tienden tanto al control de los actos contrarios a derecho, como al restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas, que, según el caso, se ejercen a través de los recursos establecidos en la Ley.

Los titulares de la función administrativa en un Estado de Derecho, están sometidos a diversos controles que hacen efectivo el principio de la legalidad, que surge con el Estado de Derecho al formularse la necesidad de que el Estado se someta a la ley, lo que implica que la no sujeción de la Administración a la ley es susceptible de ser considerada por los tribunales. Por lo tanto, la jurisdicción contencioso administrativa ha sido considerada como el mecanismo más eficaz para hacer efectivo el principio de la legalidad y, por ende, el instrumento más efectivo de protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados frente a la Administración Pública.

Como consecuencia del Principio de Legalidad aplicado a la Administración Pública, consecuencia del Estado de Derecho, se da la posibilidad abierta constitucionalmente a los particulares, de poder someter los actos, hechos y actuaciones de la Administración a control por órganos judiciales especializados, que conforman, la denominada jurisdicción contencioso administrativa, prevista en el artículo 259 de la CRBV 1999.

Canova, (2005) resume las bases sobre las que se sustenta el contencioso administrativo, en cuatro pilares o bases. La primera de estas bases es la autonomía de la administración frente a los jueces, que viene de la concepción del principio de separación de poderes. Como segunda base indica que el contencioso administrativo ha sido entendido como un control de carácter objetivo, en el que no se juzga directamente a la administración pública, ni se protegen situaciones jurídicas subjetivas, sino como un control en el cual el juez se circunscribe a conocer de la legalidad de los actos de los órganos administrativos.

La tercera base viene constituida por la naturaleza impugnatoria o revisora de las acciones contencioso administrativas, y el cuarto principio fundamental viene a ser el posicionamiento de la Administración en un nivel superior al del ciudadano, por cuanto vela por el interés general, lo que supone la aceptación de ciertos privilegios y prerrogativas procesales. Como es fácil entender, de la unión

de estas bases tradicionales derivan todas las señales distintivas y características del Contencioso Administrativo.

El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del contencioso administrativo permite la existencia de un sistema de control cautelar pleno, que debe suponer el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a solicitar y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder las medidas adecuadas e idóneas contra los actos administrativos de efectos particulares, los actos de efectos generales, la inactividad, la carencia, la abstención o la omisión, la vía de hecho o la actuación material del Poder Público.

Uno de los postulados que indica la Constitución de 1999 en su preámbulo, es establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica de un Estado de justicia. Esta justicia comienza a manifestarse cuando existe un sistema judicial que asegure "la idoneidad, capacidad y probidad de los jueces designados" para que la administren (Exposición de motivos de la CRBV). De esto se desprende que la tutela jurisdiccional sea el principio constitucional bajo el cual cualquier persona puede y debe ser protegida en el ejercicio de sus pretensiones ante la justicia. Lo que no quiere decir que siempre deben tener la razón, sino que dichas pretensiones deben ser resueltas razonadamente, con fundamento en el Derecho y en un plazo de tiempo razonable.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a falta de garantías para su aplicación efectiva carece de sentido. Es por eso que este derecho se ha convertido en el requisito más básico en un ordenamiento jurídico moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos los administrados.

Al administrado se le reconoce una personalidad jurídica distinta a la del estado para oponérsele y exigirle el respeto de las normas o reglas de Derecho.

Esta oposición lo que manifiesta es la autonomía de la persona, el respeto a sus atributos fundamentales, y una desconfianza hacia el Poder Público el cual no obstante su fundamento democrático, puede llegar a comportarse arbitrariamente. De manera que como el principio de legalidad puede ser violado por la Administración Pública, es natural que se otorguen los medios para que en tales casos, dicho principio pueda ser restablecido, asegurando así su supremacía. Es por ello que el ordenamiento jurídico somete al control de legalidad, todos y cada

uno de los actos que de la administración pueden emanar en sus diferentes niveles y ámbitos de actuación.

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Este vínculo entre la tutela judicial efectiva y la tutela judicial cautelar ha sido establecido en muchas ocasiones en sentencias de la Sala Constitucional, un ejemplo es la sentencia 2733 de fecha 10/07/2004, cuando en su motivación para decidir expresa:

" ...en función a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas, pues otorgar una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió sus requisitos; y al contrario, negarle tutela cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual solo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar"

La ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de los intereses en conflicto.

La tutela judicial cautelar, constituye una de las manifestaciones más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, ya que ella está prevista para tratar de garantizar, cuando se presente la ocasión, que el órgano jurisdiccional, pueda hacer ejecutar lo juzgado. Esto obliga al juez a acordar una tutela judicial cautelar adecuada y eficaz, donde para ello debe basarse en los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico consagra.

También refiere Brewer- Carias (2010) que el derecho a la tutela judicial efectiva significa someterse a la legalidad de la Administración Pública y al principio de la universalidad del control de la actividad administrativa, correlativamente las personas tienen derecho de acceso a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como parte que son de la administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses y además, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener la decisión correspondiente.

En este sentido, LOJCA 2010, ha establecido recursos y acciones que pueden intentar los ciudadanos, previendo además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, el recurso de abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen el recurso de interpretación. Esta regulación de jurisdicción, viene a ser una expresión del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la administración, lo cual deviene de CRBV.

Brewer- Carias (2010) Este derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del principio de legalidad se manifiesta con igualmente con la concesión al juez contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela, no solo de la legalidad objetiva que debe ser siempre respetada por la Administración, sino de situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración.

De allí que el contencioso-administrativo, conforme al artículo 259 de la CRBV, no sea solamente un proceso a los actos administrativos, sino que está concebido como un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los Administrados. Por ello, el juez contencioso-administrativo, de acuerdo al artículo 259 de la Constitución, tiene no solo competencia para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la administración al pago de sumas de dinero así la reparación de daños y perjuicios causados en responsabilidad de su actuación.

Del desarrollo jurisprudencial hasta la promulgación de la LOJCA 2010, el contencioso-administrativo, como medio procesal de protección de los

particulares frente Administración Pública, se ha ampliado, distinguiéndose siete tipos de acciones contencioso-administrativo: i) demandas de contenido patrimonial; ii) demandas en relación con la prestación de servicios públicos; iii) demandas contra las vías de hecho administrativas, iv) demandas contra las conductas omisivas de la administración; v) demandas de nulidad de los actos administrativos; vi) demandas de interpretación de leyes administrativas, y vii) demandas para la solución de la controversias administrativas.

Hernández-Mendible (2010) en relación con el fundamento Jurídico del derecho al recurso contencioso administrativo, infiere que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, implica la posibilidad que tiene toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales, para solicitar la protección de sus derechos e intereses, de presentar alegatos y promover pruebas en todo estado y grado del proceso, sin indefensión, pudiendo obtener la protección cautelar idónea, adecuada y eficaz que garantice la eventual satisfacción del derecho que se reclama, así como obtener una decisión fundada en Derecho, que en caso de resultar favorable a su pretensión, sea ejecutada aun en contra de la voluntad del perdidoso.

El derecho a la tutela judicial efectiva se garantiza con un solo grado de jurisdicción y prueba de ello, lo constituye el hecho cierto, que existen asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en primera y única instancia".

La LOJCA no fundamentó los medios procesales según la naturaleza y necesidades de las pretensiones procesales. Brewer- Carias (2010) señala, que "..la participación de las distintas pretensiones en estos tres medios procesales regulados en la nueva ley, es una "división arbitraria", en el sentido de que no se determina la razón por la cual cada pretensión ha de encauzarse solamente en el mundo procesal que le correspondió. En todo caso, corresponderá a la jurisprudencia ir delineando el encauzamiento debidos a las pretensiones a través de los medios procesales creados, teniendo siempre como norte dos principios cardinales, de raigambre Constitucional: es admisible el planteamiento de cualquier expresión corporal – principio de universalidad – y su tramitación debe realizarse de la manera más eficaz y efectiva posible –principio de efectividad".

Las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo

El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del contencioso administrativo permite la existencia de un sistema de control cautelar pleno, que debe suponer el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a solicitar y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder las medidas adecuadas e idóneas contra los actos administrativos de efectos particulares, los actos de efectos generales, la inactividad, la carencia, la abstención o la omisión, la vía de hecho o la actuación material del Poder Público.

El órgano jurisdiccional para conceder la tutela cautelar debe disponer de las potestades suficientes no sólo para suspender la ejecución del acto recurrido, sino incluso debe poder conceder las medidas cautelares que ordenen a la administración cumplir una actuación, ejecutar una conducta, permitir la realización de una actividad específica o que le impongan la cancelación de una suma de dinero determinado en favor del recurrente, mientras se produce la sentencia que conceda la tutela judicial definitiva. La tutela judicial cautelar es un mecanismo de protección, en contra de la violación de derechos y garantías establecidos en la constitución, en razón de la celeridad y la inmediatez que estas otorgan, lo cual es necesario para atacar la transgresión de un derecho de naturaleza constitucional.

Canova (1998) indica que la tutela cautelar, a través de las medidas cautelares, hace posible que los tribunales presten una tutela efectiva. Esta tutela judicial cautelar, es un mecanismo que persigue evitar los efectos negativos de la duración de un proceso.

La tutela judicial cautelar se representa a través de la figura de las medidas cautelares que en pocas palabras son piezas importantes para lograr que la lentitud del aparato de justicia se ajuste a las exigencias que derivan de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esto último, coinciden tanto Calamandrei como Canova, ya que el periculum in Mora (retardo de una providencia jurisdiccional definitiva) es la causa que origina en principio la existencia del daño jurídico y por ende la lesión. La tutela cautelar es, en relación al derecho

sustancial, una tutela mediata, que más que a hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

Teniendo en consideración la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que tiene el objeto del recurso contencioso administrativo, la suspensión de la disposición o del acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La ley introduce, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares (periculum in mora y presunción de buen derecho).

Corresponderá al juez o tribunal determinar, las que, según las circunstancias fuesen necesarias.

La ley indica que el criterio para resolver las demandas de medidas cautelares, es que estas pueden otorgarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legitima al proceso.

La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva a la parte que se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, que desnaturalizan propiamente la institución procesal haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Por ello, las medidas cautelares no son algo anómalo al proceso. Es un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su corrupción y desnaturalización por los sujetos, en el caso del contencioso administrativo por la administración, normalmente. En este sentido, las medidas cautelares se insertan en la función propia de la tutela judicial, haciéndola más eficaz y neutralizando el abuso de la misma por las partes cuando intentan ampararse en ella para ponerla al servicio de la injusticia.

Su efecto práctico es invertir la carga de accionar, permitiendo al que sufre la medida, defenderse con plenitud en la fase declarativa del proceso, a cuyo efecto la medida cautelar será siempre provisional y no condicionara nunca la decisión de fondo. El juez ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se ve afectada por la pendencia del recurso, es decir, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora)

y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con una probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa.

La necesidad del proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón. En esta época de justicia masificada se ha concluido uniformemente en que solo un amplio poder de medidas cautelares es capaz de asegurar una tutela judicial efectiva cuando sin tales corre riesgo de frustrarse la sentencia de fondo para una de las partes.

Como se indicó anteriormente, las medidas cautelares están destinadas a actuar en una situación de necesidad en cuanto la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que en vez de esperar a que madure el largo proceso ordinario y otorgue la providencia definitiva, la medida cautelar entra con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera. Es decir, las medidas cautelares entran en juego cuando en el trascurso de un proceso, el retardo de este mismo, pueda producir algún daño para cualesquiera de las partes, de esta manera, las medidas cautelares en el contencioso administrativo, están destinadas a intervenir en las contiendas que surgen entre la administración y los administrados, buscando prevenir o actuar de manera que ninguna de las partes sufra un daño en el trascurso del proceso.

Cabe señalar, que la LOJCA solo contiene una disposición especial en esta materia de medidas cautelares, a saber, la contenida en el artículo 69, incluido en la Sección Segunda del Capítulo II del Título IV (que regula como ya se indicó, los juicios contra deficiente prestación de servicios públicos, contra vías de hecho y contra abstenciones) conforme a la cual

"…admitida la demanda, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares. La oposición a la medida cautelar será resuelta a la mayor brevedad"

Herrera, Luís (2010) estima que en el artículo 4 de la LOJCA, está la norma rectora del ejercicio del poder cautelar general del juez en la Jurisdicción contencioso administrativa habilitación legal para dictar de oficio medidas cautelares preventivas en procesos, de acuerdo con el único aparte de este artículo

"...podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no haber a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa".

A su vez, refiere el autor que dicho aparte es compatible con los principios de imparcialidad e independencia que deben regir al Poder Judicial, y por ende al juez CA, por los siguientes motivos: 1) La habilitación legal para dictar de oficio medidas cautelares preventivas en procesos iniciados a petición o instancia de parte en modo alguno parcializa al juez o lo compromete respecto de la materia objeto del litigio, más bien, le da condición de director del proceso y pasa a ser garante del fundamental derecho a la tutela judicial, uno de cuyos atributos esenciales es asegurar la ejecución de lo decidido en caso de que la razón asista a quién demandó. 2) A pesar de que el articulo emplea la palabra preventiva, como queriendo decir que sólo se pueden dictar medidas conservativas y no anticipativas, al final de la disposición se habilita el juez a adoptar medidas, ya en contra de particulares, investidos de potestad pública por ley, ya en contra de la Administración para, proteger y asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y la correcta actividad administrativa, de lo cual se interpreta, que en ciertos juicios contencioso administrativos, sin perjuicio del principio general de la reversibilidad de la medida cautelar, el juez podrá dictar medidas que de algún modo anticipen el fallo definitivo, siempre que el juez haga un uso ponderado y fundado en los supuestos de procedencia de las medidas cautelares.

En caso de ser rechazada la demanda, según lo establecido en los artículos 103 y 104, el juez carece de iniciativa para aplicar en estos casos procedimientos previstos en fuentes distintas a la LOJCA, lo que incluye desde otras leyes procesales, como la Ley Orgánica de Amparo, hasta sentencias de la Sala Político-Administrativa y de la Sala Constitucional, previas a la LOJCA, que hayan pretendido regir este trámite procesal.

En relación con el artículo 104, que señala los supuestos de procedencia de las medidas cautelares, se infiere, que no será suficiente para dictar la medida

cautelar, que la parte solicitante pruebe- como cabe probar en esta incidencia, suficientemente, no plenamente- la existencia de una apariencia de buen derecho a su favor y la inminencia de daños irreparables por la definitiva o del riesgo de que se torne inejecutable tal decisión, sino que será obligatorio que el juez pondere " los intereses públicos generales y colectivos concretizados" y la existencia de ciertas gravedades en riesgo".

Para mayor ilustración, a continuación se transcribe el articulado relacionado con el procedimiento de medidas cautelares:

"Artículo 69. Admitida la demanda, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, realizar las actuaciones que estime procedente para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares. La oposición a la medida cautelar será resuelta a la mayor brevedad posible."

Audiencia Oral

"Artículo 70. Recibido el Informe o transcurrido el término para su presentación, el tribunal dentro de los diez días de despacho siguientes, realizará la audiencia oral oyendo a las partes, a los notificados y demás interesados. Los asistentes a la audiencia podrán presentar sus pruebas. Si el demandante no asistiere a la audiencia se entenderá desistida la demanda, salvo que otras personas de las convocadas manifieste su interés en la resolución del asunto."

Contenido de la audiencia

"Artículo 71. En la oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oirá a los asistentes y propiciará la conciliación.

El tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación que así lo requieran."

Prolongación de la Audiencia

"Artículo 72. En casos especiales el tribunal podrá prolongar la audiencia. Finalizada la audiencia, la sentencia será publicada dentro de los cinco días de despacho siguientes."

"Artículo 73. Las audiencias orales deberán constar en medios audiovisuales, además de las actas correspondientes. Las grabaciones formarán parte del expediente."

Contenido de la sentencia

Artículo 74. Además de los requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá indicar:

1. La medidas inmediatas necesarias para restablecer la situación jurídica infringida.

2. En el caso de reclamos por prestación de servicios públicos, las medidas que garanticen su eficiente continuidad.

3. Las sanciones a que haya lugar.

Con respecto al procedimiento de las Medidas Cautelares, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está previsto en el artículo 103 y siguientes:

Ámbito del procedimiento

"Artículo 103. Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previstos en el artículo 69 relativo al procedimiento breve."

Requisito de Procedibilidad

"Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

"El Tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadano o ciudadana, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso. En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante."

Tramitación

"Artículo 105. Recibida la solicitud de medida cautelar, se abrirá cuaderno separado. Recibido el cuaderno se designará ponente, de ser el caso, y se decidirá sobre la medida dentro de los cinco días de despacho siguientes. Al trámite de las medidas cautelares se dará prioridad."

Principios Básicos en la Protección Cautelar.

Existen unos principios básicos en la protección cautelar en nuestro contencioso administrativo. Estos principios adoptados por la administración pública son los que hacen que sea excepcional la estimación de medidas cautelares en los diferentes procesos contencioso administrativos. Según Canova (1998), estos principios son los siguientes, los cuales pueden ser considerados como los requisitos para que ocurra la estimación de una medida cautelar:

- Las medidas cautelares tienen un carácter excepcional, por cuanto debe evaluarse si se incurren en daños irreparables o de difícil reparación que la decisión definitiva pudiera acarrear al administrado.

- Las medidas cautelares son de interpretación restrictiva, ya que al ser excepcionales, siempre han sido interpretadas de manera restrictiva, limitando su operatividad. Esto ha traído como consecuencia que solo mediante la ley es posible la consagración de figuras cautelares, que solo proceden cuando la ley las prevé, contra los tipos y modalidades de actos en ella contemplados, donde el principio ha sido la no interpretación ni el uso de analogías.

- Las medidas cautelares deben estar contenidas en disposición expresa, esto viene dado por el carácter excepcional de dichas medidas por lo que la procedencia de las mismas está condicionado a casos extraordinarios o especiales.

- Las medidas cautelares no pueden suponer un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ya que ellas son accesorias al juicio principal y son una incidencia dentro del proceso principal que tiene por objetivo garantizar la eficacia de la sentencia definitiva. Canova (1998) expresa que esta limitación es totalmente ilegal, ya que ninguna disposición da pie para, por ese motivo, negar una solicitud.

- Las medidas cautelares no pueden anticipar los efectos del fallo definitivo, lo cual está íntimamente relacionado con el principio anterior, y se argumenta normalmente que cuando se pretende una medida cautelar que signifique realmente el anticipo de todos o algunos efectos del fallo que resuelva el fondo del asunto, esta resultara improcedente por contradecir el principio según el cual no es posible emitir opiniones que correspondan con la sentencia definitiva.

- Las medidas cautelares no pueden afectar el interés general.

- Las medidas cautelares deben ser solicitadas expresamente por la parte, lo que impide que el tribunal proceda a declararlas de oficio.

- Las medidas cautelares proceden solo cuando se demuestren circunstancias extraordinarias. Se exige, que el solicitante en forma detallada argumente la manera en que la sentencia definitiva del recurso principal no tendrá toda su eficacia.

Ya para el estudio estadístico realizado por Canova en el 2005, ciertamente, "parecieran haberse visto reforzados esos principios o bases tradicionales que han regulado el Contencioso Administrativo y que, sin duda, limitan enormemente la efectividad de la tutela judicial que se presta a los particulares. A pesar de las críticas profundas que la doctrina extranjera y venezolana vienen haciendo continuamente en contra de ellas, ahora, más que nunca, el Contencioso Administrativo en Venezuela exhibe todas sus deficiencias" (p.58). Sentencia N° 409 del 02 de abril de 2009, caso Angel Nava, por privación arbitraria e ilegítima de su libertad, contraria a sus derechos constitucionales en el que la Sala Político Administrativa, refiere, rechazó sin muchos titubeos por falta de demostración fehaciente, la pretensión de los daños emergentes y el lucro cesante y usando su potestad discrecional y en cuanto a lo forma de resarcimiento adujo que no debía ser pecuniaria, porque no era posible medir en dinero el sufrimiento del autor y solo condenó a la República a hacer un desagravio público

Dos años después, Canova (2005) vuelve al análisis de las estadísticas de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y llega a la conclusión de que, sigue siendo palpable (quizá más grave aún) que los tribunales contencioso administrativos (o, al menos, su máxima instancia) no actúan imparcialmente como garantes de los derechos de los particulares en los procesos judiciales, sino de un modo en verdad inquietante, por lo condescendientes que resultan respecto de la actuación contraria a Derecho de la Administración Pública y sus funcionarios. Según este autor no hay ninguna duda de que no se trata tampoco de un problema de conceptos o de principios, y mucho menos de legislación, sino de otro asunto, más trascendente.

Las medidas cautelares en el contencioso administrativo son varias, estas son, la medida de suspensión de efectos de los actos administrativos donde esta comprende los siguiente: (i) la suspensión de efectos de pleno derecho de los actos tributarios,(ii) la admisión de la suspensión de efectos de actos administrativos negativos, (iii) la suspensión de efectos de actos administrativos dictados en función jurisdiccional (iv) la suspensión de efectos de los actos administrativos consecuenciales y (v) suspensión de efectos de actos sobrevenidos o reeditados (la ejecución de sentencias de suspensión de efectos). Además está el amparo constitucional conjunto y las medidas innominadas que se encuentran en el Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y siguientes. Sus requisitos son comunes a todas ellas, estos son, el periculum in mora y la presunción de buen derecho o el fumus boni iuris.

La Medida Cautelar de Suspensión de Efectos.

Se trata de una garantía preventiva que establece el ordenamiento jurídico para que el obligado pueda asegurar en su momento los efectos de la anulación del acto ejecutado, es decir, al carácter ejecutorio del acto administrativo que es consecuencia directa de su presunción de legalidad y legitimidad. Se trata con esta medida evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación al ejecutarse la sentencia, lo cual constituiría un atentado contra la justicia. La suspensión de la ejecución del acto procede en cualquier grado en instancia de la causa, pues se trata de una garantía que tiene el administrado frente a la prerrogativa administrativa. Por ello el auto por el cual se decide sobre la pretensión de suspensión es susceptible de apelación cuando es dictado por tribunales de lo contencioso administrativo de primera instancia. Este auto de suspensión de efectos no produce efecto de cosa juzgada. Esta medida encuadra dentro de la clasificación de Calamandrei como una medida de tipo instructoria anticipada.

El Amparo Cautelar.

Es una medida que prevé a las personas naturales o jurídicas, acudir ante los tribunales, con el propósito de ser amparados en el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, mediante el restablecimiento inmediato de

la situación jurídica que fue vulnerada. Existen dos mecanismos procesales para esta acción, la acción autónoma de amparo, la cual es una acción que se ejercita en forma autónoma independiente, no vincula ni subordina a ningún otro recurso o procedimiento. Esta es una acción restablecedora, que busca devolver las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración y hacer desaparecer definitivamente el acto o hecho lesivo o perturbador. El que acciona este amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, directa e inmediata.

Por lo que atiene a la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales, se pueden contemplar tres supuestos:

1) La acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos.

2) La acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la administración.

3) La acción de amparo acumulada con acciones ordinarias.

En cualquiera de estos supuestos de acumulación, la acción de amparo tiene una característica o naturaleza totalmente diferente a la acción autónoma anteriormente analizada, ya que en estos casos no se trata de una acción principal, sino una acción subordinada que es accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal.

Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de los tipos señalados, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto de que se trate mientras dure el juicio.

Se busca es restablecer provisionalmente la situación jurídica infringida, siempre que exista en el expediente prueba que constituya una presunción grave de la alegada violación constitucional.

Medidas Cautelares nominadas e innominadas.

Son medidas que se aplican cuando existe un riesgo evidente de que quedaría ilusoria la ejecución del fallo si la causa principal incurre en un retraso o si se tiene temor fundado de que aquel contra quien se ha solicitado la medida realiza o realizará acciones que podrían derivar en una lesión o daño jurídico grave o de difícil reparación. Esta medida debe acompañarse de un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

El tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación en el derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Estas medidas, en base al Artículo 585 del Código Procedimiento Civil, el secuestro de bienes determinados, el embargo preventivo de bienes muebles y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. Esta medida cautelar encuadra dentro de la clasificación de Calamandrei como una medida de dirigidas a asegurar la ejecución forzada.

Condiciones de procedencia para las medidas cautelares.

Las medidas cautelares, o providencias cautelares, como ya se ha dicho, tienen como origen la existencia de un daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (periculum in mora). Este periculum in mora, debe estar acompañado necesariamente de un carácter de urgencia, de manera que la demora de esta providencia jurisdiccional definitiva ocasionaría un daño efectivo o agravaría el daño ya ocurrido. Como indica Calamandrei (1997), las medidas cautelares están destinadas a actuar en una situación de necesidad en cuanto la tutela ordinaria se manifiesta como demasiado lenta, de manera que en vez de esperar a que transcurra el juicio y se dicte la sentencia definitiva, la medida cautelar entra con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias

que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera (p. 40 y 41). De manera que la providencia cautelar nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia definitiva, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva.

Calamandrei (1997) continúa explicando que las providencias cautelares representan una conciliación entre dos exigencias, frecuentemente opuestas en la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, o tarde pero bien. Las providencias cautelares tienden, ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal se resuelva más tarde con la necesaria ponderación, en el transcurso del proceso ordinario. De esta manera, se permite que el proceso ordinario pueda funcionar con calma ya que se aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia definitiva pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento practico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente. Estas providencias cautelares se basan en el principio que expone que, "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón".

Para Calamandrei (1997) las providencias cautelares se agrupan fundamentalmente en 4 tipos:

Providencias instructorias anticipadas.

Este grupo está formado por todas aquellas providencias con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertos resultantes probatorios, positivos o negativos, que podrán ser utilizados después dentro del proceso en el momento oportuno. Estas providencias normalmente se adoptan en el curso del proceso ordinario, y adoptan su carácter cautelar cuando antes de que se inicie el proceso existe motivo para temer de que si la providencia definitiva tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces.

Esta puede ser accionada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el periculum in mora eventual del procedimiento ordinario.

Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada.

Este grupo está compuesto por aquellas providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, ya que impiden que se dispersen los bienes que luego podrían ser objeto de una ejecución.

Anticipación de providencias decisorias.

Comprenden este grupo las providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, en donde la indecisión de dicha relación, si esta durase hasta la emanación de la providencia definitiva, podría resultar para alguna de las partes, en daños irreparables.

Las cauciones procesales.

Están en este grupo aquellas providencias que revelan típicamente la finalidad cautelar, la imposición por parte del juez de una caución judicial. Estas cauciones sirven como aseguramiento preventivo del eventual derecho que tiene una de las partes al resarcimiento de los daños, que podrían surgir si en el juicio definitivo, la medida provisional o cautelar es revocada, resultando dicha decisión a favor de la parte contra quien ha sido ejecutada dicha medida.

El artículo 76 de la LOJCA, prevé que este procedimiento regirá la tramitación de las demandas siguientes: 1. Nulidad de actos de efectos particulares y generales. 2. Interpretación de leyes. 3. Controversias administrativas. Conforme a este proceso se tramitan los recursos contra los actos administrativos de efectos particulares que son impugnados por razones de inconstitucionalidad o de la ilegalidad.

Es de resaltar que los recursos contenciosos administrativos ni tampoco los administrativos tienen carácter suspensivo de la ejecución de los actos administrativos. Ante tal situación, ya se había consagrado la garantía de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Político Administrativa ha precisado otros aspectos de las medidas cautelares contra los actos administrativos de efectos particulares referidos: al otorgamiento de la caución (a); a la concesión de medidas cautelares distintas de la suspensión (b); a la ejecución de la decisión que concede la medida cautelar (c); a la concesión de medidas cautelares contra actos administrativos negativos.

Se tramitarán y sustanciarán las demandas de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública, intentadas por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo; o por el Fiscal General de la República, en los casos en que dichos actos afecten un interés general. Este proceso según Hernández (2002) tiene las características fundamentales siguientes:

1. Se tramita por el proceso de demandas contra la República.

2. Tienen legitimación para ejercer esta acción quienes tengan un interés personal, legítimo y directo o el Fiscal General de la República cuando esté involucrado el interés general;

3. El objeto de este proceso son sólo los contratos o convenciones;

4. La pretensión está dirigida a que se declare la nulidad de dichos contratos o convenciones;

5. El fundamento de la acción es que los referidos contratos o convenciones tengan un vicio de inconstitucionalidad o de ilegalidad.

La magistrada Calcaño (1999) clasifica los procesos contencioso-administrativos especiales en cinco (5) tipos distintos en atención a la materia: El contencioso de cuentas, el contencioso inquilinario; el contencioso agrario; el contencioso tributario, el contencioso funcionarial. En virtud de que los tres (3) primeros sólo constituyen modalidades de los procesos contenciosos generales, no se refiere en esta oportunidad, pues tanto en su tramitación como las medidas cautelares se aplican las mismas reglas; por tal razón se estudiaran los dos (2) últimos tipos de procesos contenciosos que tienen algunas características particulares que resultan interesantes recurrir.

A continuación se observan los distintos procesos que establece el Código Orgánico Tributario (2001) y las medidas cautelares que proceden en cada uno de esos procesos.

Proceso contencioso tributario de anulación.

El proceso contencioso tributario de anulación está previsto para impugnar los actos administrativos de la Administración Tributaria, en los cuales se determinan los tributos y sus accesorios, se impongan sanciones o se afecten los derechos de los contribuyentes.

En materia tributaria se ha establecido como principio general el carácter suspensivo del recurso contencioso tributario, en razón de lo cual hasta que no quede definitivamente firme la decisión que ponga fin al proceso no se puede ejecutar el acto administrativo. Por tal razón en principio parece innecesario la adopción de otras medidas cautelares en beneficio del contribuyente para garantizar las resultas del proceso.

No obstante, existe la posibilidad de que la Administración Tributaria solicite la concesión de las medidas cautelares previstas en el artículo 211 del Código Orgánico Tributario embargo preventivo de bienes, secuestro o retención de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles para asegurar la percepción de los créditos objeto de dicho proceso.

Proceso de repetición de pago.

Este proceso también denominado acción de reintegro, lo pueden intentar los contribuyentes y los responsables ante el Tribunal Contencioso Tributario para reclamar a través de una demanda la restitución de lo pagado indebidamente a la Administración Tributaria por concepto de tributos, intereses, sanciones y recargos, siempre que no estén prescritos.

En el proceso de repetición no parece necesario conceder medidas cautelares para garantizar las resultas del mismo, pues de ser procedente la acción, el contribuyente tiene garantizado el reconocimiento de los intereses y la ejecución

de la sentencia la puede obtener por vía de compensación con las deudas tributarias reconocidas y que estén pendientes de cancelación.

Proceso de amparo tributario.

La denominación amparo tributario es poco feliz, pues en realidad éste tiene la naturaleza de un proceso de carencia o abstención de la Administración Tributaria a cumplir un deber legal.

Este es un proceso sumamente breve, que procede cuando la Administración Tributaria incurre en demora excesiva en resolver las peticiones de los interesados, demora que causa perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en el Código o en las leyes especiales.

Constatada la procedencia de la acción de amparo tributario, el tribunal el contribuyente queda condenará a la Administración Tributaria para que cumpla el mandamiento de ejecución de la ley establecerá que en caso de que ésta no cumpla, dispensado de dicho trámite, sirviendo el sentencia de título sustitutorio. En este último caso, se solicitará afianzamiento al contribuyente en razón del interés fiscal comprometido.

Dada la brevedad del proceso para satisfacer la pretensión del contribuyente, en principio resulta innecesaria la adopción de medidas cautelares contra la Administración Tributaria.

Proceso o juicio ejecutivo.

Este proceso está previsto con la finalidad de que la Administración Tributaria demande a los particulares por los créditos determinados, líquidos y exigibles que generados a favor de la Hacienda Pública por concepto de tributos, sanciones, intereses y recargos, no hayan sido pagados.

En este caso la Administración Tributaria puede solicitar el embargo de los bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble del monto de la ejecución más la suma suficiente para responder del pago de los intereses y costas.

Proceso contencioso funcionarial.

Cuando se estableció el régimen funcionarial se creó el Tribunal de la Carrera Administrativa, -hoy día Juzgados de lo Contencioso Administrativo- como órgano de la jurisdicción contencioso administrativa con competencia para conocer de todos los asuntos relacionados con la carrera administrativa.

La Ley del Estatuto de la Función Pública, establece que los Tribunales competentes en materia contencioso administrativa funcionarial, conocen y decide las reclamaciones que formulen los funcionarios, sus herederos así como los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa, cuando se consideren lesionados en sus derechos por todos los actos o resoluciones dictados en ejecución de la misma.

En materia funcionarial se pretende la nulidad de los actos de remoción de retiro, destitución, así como la reincorporación de los funcionarios y el pago de los salarios dejados de percibir. Existen casos en que los funcionarios públicos son desincorporados de la carrera administrativa, por funcionarios incompetentes como lo son los Jefes de Personal, distintos de aquellos mencionados en el artículo 23 ordinal 2 de la Constitución, 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública o también se produce su desincorporación de la carrera administrativa en ausencia total y absoluta de procedimiento y más grave aún, de acto administrativo previo, en violación del derecho a la defensa.

En relación con la materia funcionarial, en el mismo texto legal aludido, en las Disposiciones Transitorias, se establece que los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esta Ley, serán recurribles por ante los tribunales contenciosos administrativos funcionarial, ya promulgada la LOJCA, a ésta nos debemos plegar en estos supuestos.

Definición del Proceso

Es la secuencia, serie o cadena de actos coordinados que se efectúa como consecuencia de la interposición de la acción que han intentado las partes, con el

fin de excitar al Estado, para que en ejercicio de su función jurisdiccional, les satisfaga sus pretensiones.

Clases de Procesos

Dentro de la teoría general del proceso se suelen distinguir dos clases de procesos: El proceso de conocimiento o cognición y el proceso de ejecución.

El primero proceso de cognición, conlleva que el órgano jurisdiccional efectué una declaración de voluntad que reconozca la existencia o inexistencia de los derechos o intereses en conflictos.

Es así como distinguimos fundamentalmente tres tipos de procesos de cognición:

1. Proceso Declarativo: también denominado declarativo puro. En este proceso se solicita al juez que efectué una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, limitándose éste a señalar que la pretensión del accionante es procedente o no y en consecuencia que el acto administrativo impugnada es nulo o válido.

2. Proceso Constitutivo: Es el proceso en el cual el accionista pretende el reconocimiento, modificación o extinción de una relación jurídica preexistente. Aquí el juez no crea la relación jurídica, sólo la declara, le da certeza jurídica a la existencia de los presupuestos señalados por la norma jurídica, de la cual emana la modificación de la situación jurídica preexistente que se traduce en la constitución de un estado jurídico nuevo.

3. Proceso de Condena o Prestación: A través de este proceso el actor solicita que el demandado le reconozca un derecho y que como consecuencia, quede obligado a satisfacer o responder por el incumplimiento o lesión de este derecho. En este proceso el juez establece una obligación de dar, hacer o no hacer, conforme a los términos de las pretensiones del accionante.

La sentencia de condena constituye el titulo ejecutivo que habilita la ejecución forzosa a que queda sometido el demandado por la condena o prestación que se le impone.

El proceso de cognición en cualquiera de sus modalidades, tiene como finalidad que el juez a través de la sentencia ejecute la función jurisdiccional el Estado, resolviendo las pretensiones de las partes, es decir, el mérito a fondo.

El segundo es el proceso de ejecución. La potestad jurisdiccional que en nombre del Estado ejerce el juez no finaliza con decisión que pone fin al proceso de fondo, ésta se extiende a la potestad de hacer ejecutar lo juzgado.

Una vez que se dicta la sentencia, esta constituye un titulo ejecutivo que debe ser acatado por todos los que intervinieron en el proceso y como todo título ejecutivo, debe existir la posibilidad de ejecución para satisfacer el derecho del ejecutante y que éste logré obtener una tutela judicial realmente efectiva; para ello se requiere que exista un mecanismo para lograr esa ejecución, y ese mecanismo no es otro que el proceso ejecución. En esta oportunidad el órgano jurisdiccional no efectúa una declaración de conocimiento o certeza, sino que manifiesta su voluntad de que se cumpla lo ordenado en el dispositivo del fallo, se ordena el cumplimiento o la ejecución de los juzgados, pudiéndose lograr este cumplimiento de manera voluntaria o aun en contra de la voluntad del obligado.

En la recién promulgada LOJCA (2010) en su artículo 108, ordena, por vez primera el proceso de ejecución de sentencia contra entes públicos, infiere Hernández- Mendible (2010) que es sin mucho acierto, toda vez, que la regulación es continuista de la situación precedente, es decir, se ha limitado a reproducir o a remitir de manera dispersa y asistemática legislación existente para este proceso. Así mismo, que comienza a reconocer, que la ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto, le corresponde al tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia, ben de manera voluntaria o forzosa.

Funciones del Proceso

Precisado lo anterior, debemos determinar cuáles son las funciones del proceso, y en tal sentido podemos señalar:

1. Que el proceso es el medio a través del cual los órganos jurisdiccionales brindan tutela o protección a los derechos subjetivos, intereses o situaciones jurídicas de los ciudadanos cuyas incertidumbres, violación o desconocimiento afecta su esfera jurídica.

2. El proceso también garantiza la posibilidad de la ejecución forzosa e la resolución judicial que pone fin a la controversia.

3. Para ello, que el proceso debe brindar la posibilidad de ejecución de las medidas cautelares idóneas, para asegurar que la sentencia que en su oportunidad declare el derecho que se reclama pueda ser efectivamente ejecutada.

La tutela judicial efectiva supone la jurisdicción plena del juez para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a fin de que el ordenamiento jurídico se realice, ponga fin a la situación litigiosa que dio lugar a su intervención y se restablezca el ordenamiento jurídico-

Para que la tutela judicial se realice de manera plena y efectiva, se requiere la existencia de las medidas cautelares que permitan garantizar la ejecución de lo juzgado. Tal como lo expresa García de Enterria, (2009)): "no hay tutela judicial (la tutela judicial no es tal) sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. La garantía de efectividad del fallo final es la médula misma de la Institución cautelar; sin esa garantía, no hay tutela judicial simplemente".

Urosa- Maggi (2003) permite inferir, que la pretensión procesal no quedará satisfecha, y por ende no será efectiva la tutela judicial con la sentencia que declare si aquella está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido, esa efectividad del fallo dependerá de varios factores, bien en el marco de su ejecución voluntaria, bien cuando procede forzosamente

En razón de lo expuesto podemos afirmar, que el proceso constituye el medio para lograr que la tutela judicial, bien sea cautelar o definitiva, pueda ser realmente efectiva; de allí que partiendo de las consideraciones precedentes sobre el proceso, a continuación pasaremos a precisar cómo se materializa la tutela judicial cautelar como instrumento para lograr la tutela judicial efectiva en el orden contencioso administrativo.

El Proceso Cautelar

El proceso cautelar tiene como función prevenir o evitar el daño injusto que probable o posiblemente pueden experimentar las partes dentro del proceso, en

razón del retardo, demora o retraso en la resolución definitiva del proceso principal.

Este proceso, para Hernández-Mendible (2002) al igual que el proceso principal, requiere que el órgano jurisdiccional llegue a la verosimilitud de la procedencia de la medida cautelar solicitada, es decir, analiza si están dados en el caso concreto los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar, valga decir, la existencia de buen derecho: y, el peligro en que se encuentra el derecho de no ser satisfecho, en virtud del transcurso del tiempo necesario para que finalice el proceso; y en segundo término, de no producirse el cumplimiento voluntario de la decisión cautelar puede proceder en vía cautelar, a ordenar la ejecución forzosa de la tutela otorgada.

Es decir, que el proceso cautelar al igual que el proceso principal, requiere que el juez en primer lugar efectúe una constatación de que si no se otorga la cautela se frustre la posibilidad de administrar la tutela judicial efectiva, a través de la sentencia que posteriormente ponga fin al proceso; y por otro lado, el juez tiene pleno poder para hacer cumplir, incluso de manera forzosa, lo ordenado en la decisión cautelar en caso de que alguna de las partes que intervienen en el proceso se resistan a acatar o respetar tal resolución.

En este sentido, seria infructuoso declarar en vía cautelar la procedencia de la suspensión de la ejecución de un acto o imponer u ordenar la realización de una determinada actividad a la cual la Administración se ha resistido, si el órgano jurisdiccional no procede a cumplir o hacer cumplir lo ordenado, pues la única manera de poder considerar que se ha logrado una tutela judicial cautelar es que ésta se materialice efectivamente.

La tramitación del proceso cautelar es distinta de la tramitación del proceso principal: éste se inicia a través de la acción; luego que el legitimado activo formula sus pretensiones y el legitimado pasivo las contradice se traba la litis y se proceden a efectuar los restantes actos procesales que normalmente culminan con la decisión del órgano judicial y finalmente éste procede a la ejecución de la sentencia; en tanto que aquél, en principio, presupone la existencia de la acción, las partes efectúan la pretensión cautelar cuando instan al órgano judicial o en cualquier otra oportunidad posterior, mientras no exista sentencia definitiva y éste de manera breve y sumaría decide sobre la solicitud cautelar y en caso de

otorgarla, puede proceder a ejecutar su decisión; es con posterioridad al fallo cautelar que el legitimado pasivo del proceso cautelar procede a formular sus alegaciones.

Según Fernández (1994) el proceso cautelar presenta las siguientes características

- Autonomía. El proceso cautelar constituye un juicio autónomo, respecto del principal. La decisión sobre la medida cautelar no genera ninguna certeza utilizable en el juicio principal.

- Sumariedad. Este es un proceso de cognición sumaría, pues no se requiere que el órgano jurisdiccional tenga plena convicción de que el derecho que se reclama esté en favor de quien solicita.

- Urgencia. En el proceso cautelar la urgencia es una característica fundamental, pues de no ser así podría suceder que la decisión que resuelva la pretensión cautelar resultase tan ineficaz como aquélla llamada a resolver la pretensión de mérito o fondo

- Dependencia de un proceso principal. En principio el proceso cautelar requiere de un proceso principal, en consecuencia la decisión que le pone fin a éste envuelve a la decisión que en su oportunidad se dictó en el proceso cautelar.

Fundamentos jurídicos y jurisprudenciales.

El Contencioso Administrativo como un Sistema de justicia de tutela de derechos e intereses en el derecho venezolano. Tutela de derechos e intereses en el derecho venezolano.

La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Sin duda que está contenido en términos modernos y explícitos el concepto de la tutela judicial efectiva, incluido como uno de los derechos individuales de la Constitución. La protección del derecho a la tutela jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales. Los tribunales se acogieron casi hasta el presente a la tradicional interpretación del acceso a la justicia contencioso administrativa como medio para demostrar un derecho subjetivo típico o un interés legítimo que, insistían, debía ser personal y directo.

Según Rodríguez (1999) el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres (3) momentos decisivos: acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia. Así mismo, este artículo no califica a los intereses objeto de protección ni de personales ni de legítimos

Es la Constitución Española de 1978, con su artículo 24 (muy similar al de la Constitución italiana) de la protección judicial de los derechos, y la interpretación progresiva de la jurisprudencia española sobre este concepto, la que ha significado mayor influencia en los nuestros (tribunales y doctrina) para ampliar la perspectiva del acceso a la justicia, cuando, en propiedad, era una interpretación que pudimos hacer muchos años antes que en España estuviera consagrado constitucionalmente el principio de la tutela judicial efectiva.

El artículo 26 de la Constitución Venezolana de 1999 dispone que:

> Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
>
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

De la lectura de estas normas constitucionales es que la justicia administrativa es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas. No es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la legalidad objetiva, es un proceso de tutela de derechos del recurrente y de la Administración Pública (ésta más potestades que derechos) confrontados entre si como partes. La segunda, es la universalidad de la declaración, que conlleva a la inconstitucionalidad sobrevenida de todas las disposiciones generales con carácter de ley que limitan el recurso contencioso administrativo sobre determinadas materias y sujetos.

Este derecho a la tutela jurisdiccional en opinión de Hernández-Mendible (2002) es la vertiente subjetiva del principio, por cuanto ha sido consagrado constitucionalmente como uno de los derechos de la persona (Juan Santamaría Pastor). El artículo 26 de la Constitución Venezolana de 1999, es aplicable a todo tipo de procesos judiciales y no sólo a la tutela jurisdiccional contra la

Administración. Pública tiene esta norma un contenido complejo; primero, el derecho a la acción o al proceso. Es decir, que no cabe excluir por ley, menos por reglamento, el recurso judicial frente a determinados actos, cualesquiera que sean, sin violar la Constitución. Segundo, el derecho a un proceso igualitario: descarta la indefensión de cualquiera de las partes y otra, contiene la exigencia de una efectiva contradicción procesal. Y tercero, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Legitimación para Recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales.

La jurisprudencia española (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) ha aplicado directamente la doctrina de los derechos reaccionales, en aplicación de la fórmula constitucional de la tutela judicial efectiva, que es bien sencilla. Al respecto, Farías (1997) expresa que cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital.

Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y por cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga de soportar o de sacrificar sus situaciones de ventaja en sus efectos esta construcción coincide con la teoría de los intereses legítimos. El Tribunal constitucional español ha dicho que el concepto constitucional de intereses legítimos dispensa del requisito de que los mismos sean directos, porque la Constitución no lo exige así ni los califica de tales.

Así, este tribunal ha dicho que basta que los intereses sean indirectos y que la Constitución no exige tampoco que sean personales, por lo cual se ha abierto la tutela a los intereses que la doctrina llama difusos y colectivos. La Ley española acoge esta doctrina en 1985 y reconoce para la defensa de los intereses

colectivos la legitimación de las "corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados.

En Venezuela, el artículo 26 constitucional de 1999, respetando la tradición de la Constitución de 1961, no califica a los intereses de legítimos, sino que dice "derechos e intereses" y añade, incluso los colectivos y difusos.

La doctrina jurisprudencial tendría que ser mucho más contundente y abierta, interpretando en esta dirección lo que sostienen las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

Lo más importante de todo lo expuesto es la nueva época de la justicia administrativa que imponen las Constituciones citadas: la justicia administrativa no es un proceso abstracto a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración (sistema de doble jurisdicción) o acaso jueces atados por mil lazos en el ejercicio de una función que puede parecer insólita por el hecho de someter al poder público a rendir cuentas ante el Derecho.

Por el contrario, "es un proceso plenario a la Administración Pública como sujeto, por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses legítimos" (Mata, 1997, p.22).

La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que había que imponer sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración. Es un cambio radical en la situación de las partes en la relación ciudadanos – administración pública.

En Venezuela, el tema de la legitimación activa, en la jurisdicción contencioso administrativa, está regulado en el artículos 29 de la LOJCA y en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con la primacía de la disposición constitucional, artículo 26, de la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia venezolana, reconociéndole los avances en esta materia cuando se trata de juicios de amparo constitucional, en el contencioso administrativo ha mantenido, con pequeños y tímidos avances, la tradicional

concepción individualista del proceso administrativo, dejando fuera del concepto de interés legítimo los intereses colectivos.

La concepción del proceso contencioso administrativo, por supuesto, es y debe ser subjetiva en el sentido de un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses, siempre que se incluyan los intereses colectivos en el concepto de interés legítimo.

CAPITULO II

FORMALISMO PROCESAL EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA

Formalismo procesal

Las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstaculizar la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción".

En opinión de Aguado (1999) se trata de poner fin a una jurisprudencia exageradamente formalista que conducía a inicuas situaciones de injusticia, jurisprudencia en las que había llegado a inventarse requisitos de admisibilidad absurdos, sin sentido. Y es que, así como en otros ordenamientos jurídicos ha sido la jurisprudencia la que ha ido haciendo realidad las garantías procésales del particular frente a las Administraciones públicas, configurando un eficaz sistema contencioso administrativo a través de una lenta pero progresiva evolución; en el nuestro salvo contadas excepciones ha sido el legislador el que ha tenido que ir depurando la regulación del proceso administrativo a base de normas.

La doctrina jurisprudencial ha merecido la confirmación del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional que tiene como misión velar por el respeto de los derechos fundamentales, la cual ha sido cuestionada en cuanto a la tutela judicial efectiva. Así lo han reconocido algunos de sus propios Magistrados en votos particulares concluyentes.

En efecto, para Ayala (1999) uno de los tantos supuestos en que los Tribunales de lo contencioso administrativo han denegado justicia por absurdas interpretaciones formalistas han sido al sentar que el plazo de un año para

formular una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de un acto ilegal empezaba a contar, no a partir de la notificación de la sentencia contra la que no era admisible recurso alguno, sino desde la publicación de la sentencia.

Uno de los aspectos en que son más graves los atentados al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el de la admisión de los recursos de casación. El formalismo ha alcanzado cotas difícilmente superables.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido a través de jurisprudencia reiterada que el legislador ordinario es muy dueño de establecer o no unos determinados recursos, ordinarios o extraordinarios, ya que la Constitución no impone el establecimiento de ninguno, pero lo que si impone la Constitución es que, una vez establecidos, deben interpretarse los requisitos procesales de admisibilidad con los mismos criterios antiformalistas que los requisitos procesales en general, en aplicación del principio constitucional de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, vista la jurisprudencia de la Sala Constitucional no tiene un criterio uniforme en la materia en razón de que también ha establecido que estos requisitos deben preverse en el momento de la admisión, lo que podría ir en contra del citado principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

De los recursos contra las resoluciones judiciales no cabe una interpretación tan amplia como cuando se trata de interpretar las normas reguladoras de los supuestos de admisibilidad para la iniciación del proceso, porque, en definitiva, el ciudadano ya tuvo una respuesta judicial a su pretensión. Doctrina ésta que no parece seguirse cuando está la política presente.

Pues bien, el Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha batido todas las marcas en las inadmisibilidades por motivos formales, sin dar oportunidad para la subsanación de los defectos, sino que, además, declaraba las inadmisibilidades sin dar opción al recurrente de alegar, contraviniendo el derecho de defensa.

Araujo (1999) refiere que no puede ignorarse que la causa principal que ha dado lugar a este resarcimiento vigoroso de formalismo, ha sido intentar remediar la desesperante lentitud de la Justicia.

Que sean necesarios hasta diez (10) años para obtener una sentencia firme en el orden contencioso administrativo no es ni mucho menos insólito. Y, a veces, para que la sentencia termine declarando la inadmisibilidad. Porque las inadmisibilidades referidas no suelen producirse, por lo general, en el momento inicial del proceso. Salvo en los procedimientos de recurso en que sí se produce en el trámite previsto con esta finalidad, los órganos jurisdiccionales no suelen ejercer sus facultades en el trámite de inicial admisión que la ley prevé.

La lentitud no es algo exclusivo de nuestro contencioso administrativo, ni de nuestro sistema procesal. Hace ya muchos años que se afirmó que es un mal endémico del proceso. Mas sí es cierto, incuestionable, que si es un mal de todo proceso, ha adquirido niveles intolerables en la Justicia administrativa, obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo, y que no se compaginen con el derecho a la tutela, a la justicia o que no aparezcan justificados y proporcionales conforme a las finalidades para las que se establecen.

Fundamentos jurídicos

La situación actual de la tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública surge de las normas previstas en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que establece que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás Tribunales que determine la Ley.

La jurisdicción contencioso administrativa se encontraba regulada en las derogadas Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), la cual, establecía un régimen provisional mientras se dictara la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en Gaceta Oficial N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010. Luego, las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa fueron previstas a través de una sentencia de la Sala Político Administrativa, mientras se promulgaba la ley. En tal sentido, las leyes de la Corte Suprema de Justicia y la del Tribunal Supremo de Justicia

establecían como única medida cautelar, la suspensión de la ejecución de los actos, de conformidad con los términos del artículo 136 de la ley mencionada, en consecuencia, en todos los demás casos en los cuales no procedía la medida cautelar de suspensión, incluso en el supuesto de actos administrativos negativos de efectos particulares debía ejercerse, el derecho a la tutela judicial efectiva que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo se consagra en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por tal razón, es importante el conocer la tutela judicial cautelar como instrumento para lograr el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el marco de todo proceso administrativo, la protección cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia definitiva consiguiendo así por vía de consecuencia, asegurar la efectividad de la tutela judicial. No es, evidentemente, la única condición de la que depende la efectiva ejecución del fallo, pero es probablemente la más importante frente al riesgo que supone el inevitable transcurso del tiempo. Cuando el objeto del proceso es, en concreto, la pretensión de condena a actuación, esa garantía de efectividad que otorga la tutela cautelar adquiere especial relevancia, pues la plena satisfacción de esta pretensión procesal implica el cumplimiento oportuno y en especie de la conducta administrativa ilegalmente omitida. Frente a la tradicional lentitud del proceso.

El artículo 104 de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que dispone lo siguiente:

"*A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinente para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicios, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva. El tribunal contara con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso*".

Sobre esta base legal, y otras que se analizaran a lo largo del desarrollo del trabajo, se pretende establecer como ha sido aplicado el procedimiento de acuerdo con el estudio jurisprudencial.

Fundamentos jurisprudenciales

Con el objeto determinar el alcance de lo que está ocurriendo en Venezuela de acuerdo a las fuentes mencionadas, se tratará de determinar, en especial, qué sucede cuando un particular se enfrenta al estado en un juicio y cómo actúa al respecto el máximo tribunal del País: el Tribunal Supremo de Justicia.

Específicamente, se analizará la tutela cautelar en el contencioso administrativo venezolano, porque es un ámbito que puede ser esclarecedor en cuanto a si se cumple o no con el principio constitucional de tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 26, 47, 255, 257, 259 de la Constitución, y se demostrará hasta qué punto el estado actúa en el ámbito jurisdiccional como verdadero garante de la legalidad.

El comportamiento de los jueces frente a las medidas cautelares y sobre todo en relación al otorgamiento de medidas cautelares contra actos de la Administración Pública, puede resultar muy ilustrativo en un proceso judicial y se evidenciará hasta qué punto el estado actúa en la jurisdicción contencioso administrativa como verdadero garante de la legalidad y en consecuencia, si el poder judicial actúa o no según intereses particulares o políticos, respecto a la situación de la tutela judicial efectiva y por consiguiente de la tutela judicial cautelar, toda vez, que éstas encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio .

Ortiz (1995) refiere que las medidas cautelares de acuerdo con la interpretación jurisprudencial inicial de las consagraciones legislativas, tiene un ámbito de operatividad limitado. De allí que en muchos países europeos , hayan entrado en una intensa etapa de renovación en materia de medidas cautelares, originándose no solo una reinterpretación de las normas que consagran las técnicas tradicional de la suspensión de efectos, sino que además se ha tenido que

admitir que los jueces contencioso administrativos pueden dictar cualquier tipo de medidas cautelares que sean necesaria para proteger los intereses pretendidos, situación proveniente, en algunos casos, del estímulo del legislador en conjunto con la jurisprudencia, tal como ha sucedido en Francia y en otros casos como en España, esencialmente bajo el impulso de la jurisprudencia respaldada en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Con la recopilación de jurisprudencia sobre medidas cautelares realizada por Ortiz (1995) desde 1980 a 1994, se aprecia el trato de estas medidas por los jueces contenciosos administrativo y su evolución de acuerdo con otros países como España, que estaba muy por delante de la jurisprudencia venezolana, que comenzó a extraer todas las consecuencias del principio de protección efectiva sobe las medidas cautelares. Según la doctrina jurisprudencial de ese período, se trataba de la proclamación de la existencia de un verdadero derecho fundamental a la protección cautelar de los derechos e intereses, como vía indispensable para evitar la frustración del derecho a la protección jurisdiccional efectiva

Canova (1998) resaltó que para ese momento en "el proceso contencioso administrativo había un inmenso número de causas pendientes de decisión, por retraso en los tribunales y poca efectividad de las decisiones que se tomaban, a pesar de que el eje fundamental de esta jurisdicción y de este ámbito, debería ser la efectiva protección y el respeto de los derechos fundamentales de la persona, que constituyen el valor supremo que el ordenamiento jurídico impone" (p12). Para ese momento según los estudios antes mencionados, Venezuela mostraba un nivel de adecuación al estado de derecho de un 30% sobre 100%.

En el 2005, Canova destaca que la situación se había agravado ya que en los juicios ante la Sala Político Administrativa difícilmente o casi nunca se da la razón a los particulares y además para justificar la actuación del Ejecutivo se cambian principios clave del contencioso administrativo (p. 63).

Canova, (2009) publica una obra en la que analiza la jurisprudencia del 2007 y del primer semestre de 2008 de la Sala Político Administrativa y resalta que casi en ningún caso ganan los particulares y no se les otorgan las medidas cautelares.

Este trabajo muestra, que esto también se manifiesta en el ámbito de la justicia cautelar, a través el análisis de las sentencias de los años 2005, 2006, 2007 y 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Para tales efectos, se hará referencia a sentencias en las que hubo solicitud de medidas cautelares de esos años de la Sala Político Administrativa, que están disponibles en la página Web del Tribunal Supremo Justicia y se determinará cuántas medidas se han solicitado y cuantos han sido falladas a favor y cuantas en contra, tomado en cuenta que éstas, encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que le ponga fin al mismo.

La extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, y bajo la vigencia de la Constitución de 1961, había desarrollado doctrina jurisprudencial relevante para acordar las medidas cautelares con fundamento en el Código de Procedimiento Civil. Así, indicaba que *"El Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación en el derecho de la otra. En estos casos, para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".* (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Política Administrativa, Caso: Jesús Soto vs. Consejo de la Judicatura, N° 50, 1999). De allí que, se pueda afirmar que estas facultades eran tomadas de la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia y los principios generales del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el marco de la Constitución de 1999, y promulgada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, cabe indicar jurisprudencia que contiene el desarrollo de las medidas cautelares bajo la vigencia de la nueva regulación, además de las precedentes.

Bajo esta línea argumentativa, en lo que atañe a la presunción de buen derecho, ha sido criterio reiterado y pacífico de la doctrina como de la jurisprudencia, que éste comprende un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez su verificación con los alegatos expuestos en el

libelo y de los recaudos o elementos presentados anexos al mismo, a los fines de indagar sobre la existencia de derecho que se reclama. Por su parte, en cuanto al *periculum in mora*, debe señalarse que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante este tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En cualquier caso, el fundamento del peligro inminente de que quede ilusoria la ejecución del fallo no puede sustentarse en enunciados, sino que se requiere que quien solicite la protección cautelar aporte a los autos elementos de prueba suficientes que demuestren la verosimilitud de lo alegado o prima facie de la existencia de elementos que constituyan presunción grave del derecho que se reclama.

En relación con la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos de conformidad con lo previsto en el artículo 104, trascrito en los fundamentos jurídicos, el cual prevé evaluar los intereses generales que puedan verse afectados, resultando determinante al momento de otorgar o no la cautela solicitada, en virtud, que aun cuando procedan los requisitos o extremos legales necesarios (*fumus boni iuris* y *periculum in mora)* para que esta se acuerde, igualmente deben ser ponderados los intereses generales, observando el impacto que pueda generar tal otorgamiento en la esfera de los derechos de terceros ajenos a la controversia.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO A TRAVÉS DE LOS AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.

Hernández-Mendible (2009) El surgimiento y avance de las medidas cautelares en Venezuela en el Derecho procesal administrativo es de nueva data, si se compara con la 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 dictada el 4 de diciembre de 1967, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, quien posteriormente iría formando 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 administrativos.

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 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 se consolidó diez años después, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977, la cual permitía de manera expresa que las pretensiones cautelares se formulasen dentro del proceso administrativo de anulación de actos administrativos individuales que tuviesen contenido positivo, siempre que se cumpliesen todos los requisitos y presupuestos contemplados en la norma.

La tutela cautelar evolucionó luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, oportunidad a partir de la cual se amplía la posibilidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, con el objeto de resguardar los derechos fundamentales que se pudieran ver afectados por su ejecución, a través de la pretensión de amparo cautelar, al menos así lo admitieron los operadores jurídicos, que se debía formular al momento de interponer la pretensión principal ante el órgano jurisdiccional administrativo. Así mismo. Se admitió la posibilidad de formular pretensiones cautelares contra los actos administrativos generales frente a la situación preexistente y también se podía admitir la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional contra la inactividad administrativa.

No obstante de que la suspensión de la ejecución como el amparo constitucional cautelar suspensivo, 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.

En estudio realizado por Hernández- Mendible (s/f) "El Desarrollo de las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo en Venezuela" infiere 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 complementaria, 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, porque éste se trata de un derecho que Le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer.

Así las cosas, 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 desarrollase 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.

En relación con la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, refiere Hernández- Mendible, que 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 ejecutoriedad.

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 obligado.

Lo expuesto 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 80. 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 la interpretación y la 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, del 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 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 dispusiese, cuando la ley condicionase su ejecución a la producción de una actuación posterior que debería realizar el solicitante o a la ocurrencia de un hecho futuro que supusiese que el acto adquiriese definitividad y firmeza, cuando la ley reconociese que la mera interposición de los recursos en sede administrativa o jurisdiccional conlleva la suspensión, o cuando habiendo sido recurrido, la autoridad

administrativa hubiese dispuesto la suspensión, o el órgano jurisdiccional hubiese concedido una medida cautelar de suspensión de la ejecución

Es preciso destacar, que desde la primera decisión cautelar hasta los años noventa, solamente se admitía la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, quedado excluidos de la tutela cautelar, por fuerza de los hechos, los actos administrativos generales. Por motivo que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, con las restricciones ya señaladas, era la única aceptada en el ordenamiento jurídico, similar que en España, se inició un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las medidas cautelares adecuadas, que garantizaren la tutela judicial efectiva. Tal como se observó 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.

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 de que el proceso administrativo era un proceso objetivo y que no existían auténticas partes que acudiesen a oponerse a la pretensión procesal.

Como se pude observar, la regulación expresa de la suspensión de la ejecución en la derogada 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 a 32 de la Ley, lo que suponía que una vez admitida la pretensión cautelar se notificaba a la autoridad administrativa presunta agraviante 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 realizaría la audiencia pública, donde las partes debatirían ante el juez 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 conforme a 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 cumpliesen los presupuestos para ella. 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 el artículo de la referida Ley.

Estas decisiones constituyeron el preámbulo de la declaratoria de in-constitucional del mencionado artículo 22 de la Ley, 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 cautelar

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 cumpliesen los presupuestos para ella.[19] 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 el artículo 22 de la referida Ley.[20]

Estas decisiones constituyeron el preámbulo de la declaratoria de inconstitucional del mencionado artículo 22 de la Ley,[21] 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 cautelar:

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 a 32 de la Ley, lo que suponía que una vez admitida la pretensión cautelar se notificaba a la autoridad administrativa presunta agraviante 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 realizaría la audiencia pública, donde las partes debatirían ante el juez sobre la procedencia o no de la pretensión cautelar.

Comparando con otros Países, Brewer- Carias (1993) señala, por ejemplo en Francia, donde la dualidad jurisdiccional es quizá de las más marcadas: La doctrina comenzó a constatar el contraste entre el juez judicial, con poderes cautelares amplios derivados del Código de Código de Procedimiento Civil y los poderes limitados del juez administrativo, en materia cautelar, lo que llevó a plantear la necesidad de la reconquista por parte del juez administrativo de los poderes de ordenar, que en general, tiene el juez judicial, y no solo de carácter suspensivos.(Pg. 196)

En Italia, se ha evidenciado una tendencia más marcada, donde la Corte Constitucional, por sentencia N° 180 del 28-06-85 declaró como contraría a la Constitución la limitación de las medidas cautelares que establecía la Ley de Procedimientos ante la JCA, a la sola suspensión de efectos del acto impugnado, partiendo del argumento de que la duración del proceso no debía causar perjuicio al recurrente que tienen la razón. Por ello, argumentó la Corte Constitucional que

la tutela judicial efectiva impone al juez el poder de disponer de la facultad de adoptar todas las medidas cautelares que sean necesarias para evitar la frustración ulterior de la decisión de fondo, llegándose incluso a la generalización de las medidas cautelares positivas, suspensivas o sustitutivas frente a los actos denegatorios

Ortiz (2005), plantea que a través que en nuestro sistema de protección cautelar. Por una parte, hay que darle crédito al legislador y a la jurisprudencia por la instauración y desarrollo, en aquel entonces, de la técnica de **suspensión de efectos**, tal como lo recopiló jurisprudencialmente, se trata pues de la medida cautelar más antigua y más utilizada en nuestro contencioso administrativo.

Prosigue Ortiz (1995), que la experiencia de realizar una recopilación jurisprudencial le creó un sentimiento de que la balanza de nuestra jurisprudencia

en materia de medidas cautelares, apunta en sentido positivo, refiriéndose a los años en que realizó dicha recopilación y estimó en aquel entonces, que había un largo camino por recorrer para alcanzar los niveles de protección permitidos y exigidos por el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre ha implicado la posibilidad que tiene toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales, para solicitar la protección de sus derechos e intereses, pudiendo, a su vez, obtener la protección cautelar adecuada y eficaz que garantice la eventual satisfacción de derecho que se pretende.

En Venezuela, con la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), que se había establecido transitoriamente desde 1976 en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976, reformada en 2004 (LOTSJ 2004), se recogieron todos los principios concernientes al control constitucional y legalidad de los actos administrativos, tomándose en cuenta para ello, las normas transitorias antes referidas, todo el aporte de la doctrina y el gran número de jurisprudencia, lo cual deviene del artículo 206 de la Constitución Nacional de 1961, cuyo texto fue recogido en el artículo 259 de la Constitución de 1999, en el cual se estableció una jurisdicción especializada dentro del Poder judicial, estableciéndose en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los siguientes condicionantes: (i) el principio de la especialidad de

la jurisdicción (ii) el principio de la universalidad del control como manifestación del sometimiento del Estado al derecho (iii) el principio de la multiplicidad de los medios de control como manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva ciudadano.

El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución) que implica que a los efectos de asegurar el sometimiento a la legalidad de la administración pública y el principio de la universalidad del control de la actividad administrativa, concertadamente los ciudadanos tienen acceso a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como parte de la administración de justicia, para hacer valer sus derechos frente a la Administración Pública.

En este sentido, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) ha previsto los recursos y acciones que le permiten satisfacer a los administrados sus pretensiones, no sólo en lo que respecta al recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, sino también el recurso de abstención o negativa de los funcionarios públicos de actuar conforme a sus obligaciones y responsabilidades, el recurso de interpretación; demandas de orden patrimonial o no patrimonial contra los entes públicos, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del estado y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de las actividades públicas.

Por tanto, la regulación de la jurisdicción Contencioso administrativo en la LOJCA (2010) viene a ser una manifestación del derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la administración, convirtiéndose en un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la administración.

Con respecto a las medidas cautelares, como tema que nos ocupa, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha investido al Juez Contencioso Administrativo de las más amplias potestades cautelares en efecto, tiene competencia para dictar las mediadas preventivas, imponiendo órdenes de

hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública en protección y continuidad en la prestación de los servicios públicos en correcta activad administrativa (artículo 4).

Para el procedimiento de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, el cual se debe aplicar en general, incluso en los casos de solicitudes de amparo cautelar que se formulen junto con las acciones de nulidad de actos administrativos (artículo 103). La única previsión especial en esta materia es la referida a los **procedimientos breves** relativos a reclamos por la omisión, demora o deficiencia de los servicios públicos; demandas por vía de hecho; y acciones por abstención, en los cuales, según el artículo 69 *ejusdem,* una vez admitida la demanda, el Tribunal puede de oficio o a instancia de parte, dictar medidas cautelares.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.

La investigación sobre la tutela judicial en el contencioso administrativo en Venezuela, lleva a efectuar las siguientes conclusiones:

El proceso cautelar tiene como función prevenir o evitar el daño injusto que probable o posiblemente pueden experimentar las partes dentro del proceso, en razón del retardo, demora o retraso en la resolución definitiva del proceso principal.

El proceso cautelar al igual que el proceso principal, requiere que el órgano jurisdiccional *primo facie* llegue a la verosimilitud de la procedencia de la medida cautelar solicitada, es decir, analiza si están dados en el caso concreto los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar, valga decir, la existencia de buen derecho: y, el peligro en que se encuentra el derecho de no ser satisfecho, en virtud del transcurso del tiempo necesario para que finalice el proceso; y en segundo término, de no producirse el cumplimiento voluntario de la decisión cautelar puede proceder en vía cautelar, a ordenar la ejecución forzosa de la tutela otorgada, es decir, que el proceso cautelar al igual que el proceso principal, requiere que el juez en primer lugar efectúe una constatación de que si no se otorga la cautela se frustre la posibilidad de administrar la tutela judicial efectiva, a través de la sentencia que posteriormente ponga fin al proceso; y por otro lado, el juez tiene pleno poder para hacer cumplir, incluso de manera forzosa, lo ordenado en la decisión cautelar en caso de que alguna de las partes que intervienen en el proceso se resistan a acatar o respetar tal resolución.

De nada valdría declarar en vía cautelar la procedencia de la suspensión de la ejecución de un acto o imponer u ordenar la realización de una determinada actividad a la cual la Administración se ha resistido, si el órgano jurisdiccional no procede a cumplir o hacer cumplir lo ordenado, pues la única manera de poder considerar que se ha logrado una tutela judicial cautelar es que ésta se materialice efectivamente.

La tramitación del proceso cautelar es distinta de la tramitación del proceso principal: éste se inicia a través de la acción; luego que el legitimado activo formula sus pretensiones y el legitimado pasivo las contradice se traba la *litis* y se proceden a efectuar los restantes actos procesales que normalmente culminan con la decisión del órgano judicial y finalmente éste procede a la ejecución de la sentencia; en tanto que aquél, en principio, presupone la existencia de la acción, las partes efectúan la pretensión cautelar cuando instan al órgano judicial o en cualquier otra oportunidad posterior, mientras no exista sentencia definitiva y éste de manera breve y sumaría decide sobre la solicitud cautelar y en caso de otorgarla, puede proceder a ejecutar su decisión; es con posterioridad al fallo cautelar que el legitimado pasivo del proceso cautelar procede a formular sus alegaciones. El surgimiento de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela está íntimamente ligado con los orígenes mismos de la República. Este derecho, el de la tutela judicial efectiva le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer, y existe con independencia de que figure en las declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, constituciones y leyes de cada Estado.

En este sentido, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstaculizar la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción.

Las medidas cautelares especialmente en el contencioso administrativo intervienen en el proceso como un factor de apoyo para que el particular en las controversias frente al estado, de alguna manera pueda contrarrestar la diferencia de poder y capacidad entre ambos, poniendo al particular en una posición más equitativa frente al estado. Sin embargo vemos como en Venezuela, no existe dicha igualdad a la hora de ir a juicio ya que es innegable la inclinación y la tendencia que tiene la Sala Político Administrativa al momento de pronunciarse sobre estas solicitudes.

Se trata de poner fin a una jurisprudencia exageradamente formalista que conducía a inicuas situaciones de injusticia, jurisprudencia en las que había

llegado a inventarse requisitos de admisibilidad absurdos, sin sentido. Y es que, así como en otros ordenamientos jurídicos ha sido la jurisprudencia la que ha ido haciendo realidad las garantías procésales del particular frente a las Administraciones públicas, configurando un eficaz sistema contencioso administrativo a través de una lenta pero progresiva evolución; en el nuestro salvo contadas excepciones ha sido el legislador el que ha tenido que ir depurando la regulación del proceso administrativo a base de normas.

Uno de los tantos supuestos en que los Tribunales de lo contencioso administrativo han denegado justicia por absurdas interpretaciones formalistas han sido al sentar que el plazo de un año para formular una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de un acto ilegal empezaba a contar, no a partir de la notificación de la sentencia contra la que no era admisible recurso alguno, sino desde la publicación de la sentencia.

Uno de los aspectos en que son graves es el de los atentados al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el excesivo formalismo ha alcanzado cotas difícilmente superables.

Los garantes de la plena eficacia del derecho y de que los ciudadanos obtengan una tutela judicial efectiva son los jueces, es por ello que se requiere otorgarles a éstos un adecuado sistema de medidas cautelares.

Igualmente es importante la regulación del proceso cautelar en todas las fases: oportunidad y forma de solicitar la medida cautelar, audiencia de la Administración, pruebas que pueden aportar las partes, lapso del tribunal para decidir, los recursos que proceden contra la medida cautelar, los efectos de los recursos contra dichas medidas cautelares los poderes del juez para solicitar a los recurrentes garantías suficientes para adoptar la medida ante la posibilidad de que la sentencia definitiva fuese desfavorable a sus intereses e igualmente los poderes del juez para adoptar decisiones de ejecución forzosa de las medidas cautelares ante la contumacia de la Administración a acatar la decisión cautelar.

Una nueva concepción del proceso contencioso administrativo en donde se tenga como uno de sus nortes una justicia cautelar lo suficientemente capaz y eficaz para garantizar el cumplimiento de la sentencia de fondo, es decir, un sistema de justicia administrativa que garantice una real y auténtica justicia

definitiva, en el momento en que el proceso llegue a su fin, salvaguardándose de esta manera la posibilidad de que el derecho a la tutela judicial efectiva se cumpla en su dimensión global durante todo el proceso y que se realice mediante la ejecución de la sentencia, pues en conclusión, la negación de la justicia provisional puede constituir una verdadera negación de la justicia definitiva. La tutela jurisdiccional, como requisito esencial del estado de derecho, se erige así, en principio fundamental del Derecho, que garantiza la correcta aplicación de la Ley.

La presencia de la tutela judicial cautelar, en el ordenamiento jurídico positivo, aparece como una condición necesaria para la existencia de la seguridad jurídica de los contribuyentes, como también del Estado. Esa seguridad requiere del apoyo de factores, como la claridad y precisión de los textos legales y su adecuada reglamentación, la preparación de funcionarios y la atención y educación de los ciudadanos, la existencia de recursos administrativos, el funcionamiento eficiente de la Administración y de los tribunales, la designación de jueces especializados en la materia y una jurisprudencia que represente la correcta interpretación de la Ley, conforme a su texto y al espíritu que guió al legislador al dictarla.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo vino a llenar el vacío que aparentemente existía para darle amplias facultades al juez contencioso administrativo en aras de garantizar el principio de la tutela judicial efectiva. Ello no significa que exista una tendencia a dictar un mayor número de medidas cautelares por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que ello no se aprecia vista la jurisprudencia en la materia.

(Canova 2009) de 61 sentencias cautelares que se pronunciaron sobre solicitudes de suspensión de efectos de actos administrativos, 60 fueron declaradas improcedentes, esto es, el 98% y que por ejemplo de 50 decisiones sobre amparo cautelar el 100% también lo fue sin lugar. Se cree que esta tendencia se mantiene según la revisión efectuada para el presente trabajo.

Recomendaciones.

El Poder legislativo modifique las normas que regulan la materia contenciosa administrativa, las cuales, como se observa en la Ley Orgánica de la

Jurisdicción Contenciosos administrativa, no fundamentó los medios procesales según la naturaleza y necesidades de las pretensiones. De esta manera se propende a la seguridad jurídica que debe brindar todo Estado de Derecho.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se debe regular suficientemente el proceso cautelar en todas sus fases: oportunidad y forma de solicitar la medida cautelar, audiencia de la Administración pública, pruebas que pueden aportar las partes, lapso del tribunal para decidir, los recursos que proceden contra la medida cautelar, los efectos de los recursos contra dichas medidas cautelares, los poderes del juez para solicitar a los recurrentes garantías suficientes para adoptar la medida ante la posibilidad de que la sentencia definitiva fuese desfavorable a sus intereses e igualmente los poderes del juez para adoptar decisiones de ejecución forzosa de las medidas cautelares ante la contumacia de la Administración a acatar la decisión cautelar.

El mejoramiento profesional de los funcionarios de la Administración, sobretodo en el conocimiento de la legislación y reglamentación, en cuanto a la elaboración de los actos administrativos, el apego en las actuaciones al principio del debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de la defensa, la notificación con mención de los recursos del ciudadano.

Finalmente, es importante la revisión de las estadísticas en cuanto al número de medidas cautelares dictadas y las declaradas improcedentes, así como las materias en las cuales se dicta por parte de los tribunales contencioso administrativos, aunado a un estudio y participación más activo de las universidades y los académicos con la finalidad de mejorar el campo de la Administración de justicia y garantizar el Estado de Derecho y de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado, V (1999). **La Reciente evolución de la tutela judicial cautelar en el proceso contencioso administrativo, en la protección jurídica del ciudadano.** Madrid: Tomo II Civitas

Araujo., J (1999) **Principios generales del derecho administrativo formal.** Caracas: Editorial Vadell Hermanos.

Araujo J, Brewer., A, Hernández, J y Hernández, V (2010) **Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ayala., C (1999) **Bases para la elaboración de un anteproyecto de ley orgánica de la jurisdicción constitucional.** Revista de Derecho Público N° 39. Caracas: Editorial Jurídica venezolana.

Brewer-Carias (1993) **tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela** Caracas. Editorial Jurídica Venezolano.

Canova, A (1998). **Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolan**o. Caracas.

Canova, A (2009) **La Realidad del contencioso administrativo venezolano.** Fundación de Estudios de derecho Administrativo.

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

Casal, Jesús María (2006) **Los Derechos Humanos y su protección.** Caracas.

González, J (2001) **La Tutela jurisdiccional**, Madrid. Civitas

García de Enterría., E (1999) **La Reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas.** España: Revista Española del Derecho Administrativo N° 60.

García de Enterria, E (2006) La Batalla por las Medidas Cautelares.

Hernández - Mendible (1998) La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo. Valencia- Venezuela- Caracas

Hernández- Mendible (s/f) **El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela.**

Louza, L. (2007). Cuadernos Unimetanos, año II / No 11, Caracas. Prosper, Weil 1987. "El derecho administrativo, editada por Presses Universitaire, Paris.

Ortiz, L (1995) **Jurisprudencia de medidas cautelares en el contenciosos administrativo en el derecho español y venezolano.** Editorial jurídico Venezolana

Urosa, D (2003) **Tutela judicial efectiva frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano.** Fundación Estudios de derecho Administrativo

Tercera edición. Editorial Aranzadi. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, (1999), Los jueces y la política, Traducción de M. A. Ruiz de Azúa. Taurus. Madrid.

Medios Electrónicos:

Derecho Constitucional, disponible en www.accesoalajusticia.org

Pagina Web del Tribunal Supremo de Justicia, *www.tsj.gov.ve*

Pagina Web de indicadores de Acceso a la Justicia, *www.govindicators.org.*

Pagina Web: www.accesoalajusticia.org