

# LA TUTELA CAUTELAR DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

Por Jorge C. Kiriakidis L.<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

La importancia de las medidas cautelares en el ámbito de los procesos judiciales y en tanto que instrumento que hace viable la garantía de la Tutela Judicial Efectiva (artículo 26 CR) es de tal modo evidente – y ha sido el objeto de tal cantidad de artículos, obras y comentarios - que no requiere de grandes explicaciones en estas breves notas. Nos basta con decir que este es un asunto no sometido a discusión entre nosotros, al punto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado reiteradamente que *“la tutela cautelar (...) es garantía del derecho a la tutela judicial efectiva”* (SC Sentencia 2733 del 30/11/04).

Ahora bien, el tema de las medidas cautelares cobra una especial importancia en los procesos judiciales contencioso administrativos en tanto que una de las partes – normalmente la demandada– es una Administración Pública que por ley produce actuaciones que se presumen lícitas, que son obligatorias y que ejecuta ella misma sin el auxilio de los órganos judiciales.

Es decir, en el juicio contencioso administrativo hay siempre una parte – la Administración– que cuenta con los medios jurídicos y materiales para afectar unilateralmente a la otra parte, de manera grave e inmediata. Y esto es así debido a que, merced de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad que los amparan (artículos 8 y 79 LOPA<sup>3</sup>), los actos de la Administración son títulos ejecutivos y la interposición de los recursos administrativos (artículo 87 LOPA<sup>4</sup>) o de los recursos contencioso administrativos no tiene, en principio, efectos suspensivos.

Así, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los procesos judiciales donde en principio existe una cierta paridad jurídica entre las partes, en el contencioso administrativo, una de las partes -la Administración- se encuentra en una situación de ventaja no sólo material,

---

<sup>1</sup> Publicado en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, un balance a los tres años de vigencia. Ediciones FUNEDA. Caracas 2014, pp. 25-53.

<sup>2</sup> Abogado UCAB, DSU Derecho Administrativo de la Universidad de París II (Panthéon Assas), Especialista en Derecho Procesal Constitucional UMA, Profesor de Post Grado de la UMA, Ex Profesor de Pre Grado de la UCV.

<sup>3</sup> *“Artículo 8. Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.”*

*“Artículo 79. 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.”*

<sup>4</sup> *“Artículo 87. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. (...)”*

sino jurídica, ya que disfruta de una serie de privilegios y prerrogativas que la hacen, en la práctica, una parte preeminente.

Es por ello que la articulación de un sistema de tutela cautelar eficiente se torna –en el caso del contencioso administrativo– en una necesidad urgente de cara a la Tutela Judicial Efectiva, pues sin medidas que eviten que una de las partes ejecute sus exorbitantes poderes sobre la otra y le aniquile, el juicio contencioso administrativo termina siendo un ejercicio inútil de pura retórica.

Y aún más, de cara a las ingentes prerrogativas de que goza la Administración (que no resultan gratas, por más justificación que se pretenda insuflarles, al principio de igualdad y no discriminación a que refieren los artículos 1, 2 y 21 CR) las medidas cautelares suponen una herramienta judicial con la que el juez puede procurar el cumplimiento de dos mandatos jurídicos imbricados en el principio de igualdad ante la ley (artículos 1, 2 y 22 CR):

(1) el de *ejecutar una medida positiva en favor de quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta*, como lo ordena el ordinal 2 del artículo 21 CR, y

(2) el de *asegurar la paridad judicial de las partes en juicio*, que le impone como obligación el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil en lacónicos pero precisos términos:

*“Artículo 15.- Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género”* (Resaltado nuestro).

Así, las medidas cautelares son especialmente gratas a la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, en los juicios contencioso administrativos, pues en ellos, más que en otros órdenes procesales, una de las partes goza de la más absoluta ventaja y privilegios, cuyo ejercicio, sin la intervención del juez, puede llevar a la aniquilación de los derechos de la otra parte.

Además, las medidas cautelares resultan, por esta desigualdad que generan los múltiples *privilegios* que el Legislador – tal vez de modo inconstitucional – le ha otorgado a las Administraciones Públicas, una herramienta necesaria de cara al cumplimiento de diversas garantías y obligaciones ligadas al principio constitucional de Igualdad frente a la ley (artículos 1, 2 y 22 CR).

Ahora bien, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula esta delicada garantía de los justiciables en cuatro artículos, que incluyen algunas interesantes innovaciones que, leídas por jueces que entiendan que son ellos *paladines de los justiciables* y no agentes del Ejecutivo, podrían llegar a significar un avance positivo en la materialización de la justicia tal y como la entiende la Constitución.

Estos cuatro artículos pueden agruparse en dos temas, unos –los artículos 103, 105 y 106– se refieren a cuestiones netamente procedimentales y el restante – el artículo 104– se refiere a cuestiones sustanciales de las medidas cautelares. De seguidas haremos el análisis de las normas agrupadas en estos dos temas, lo netamente procedimental y lo sustancial en las medidas cautelares.

## **1. CUESTIONES NETAMENTE PROCEDIMENTALES DE LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Como hemos dicho antes, tres de las cuatro normas que contiene el Capítulo V de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se dedican a la regulación netamente procedimental del trámite de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo, esas normas son los artículos 103, 105 y 106.

**1.1. La especialidad del proceso de medidas cautelares regulado en la Ley.** La primera de las normas que se dedican a cuestiones esencialmente procedimentales en el Capítulo V de la Ley es el artículo 103. Se trata de una norma sencilla que, no obstante, rinde un importante servicio al sistema, pues señala que el procedimiento que se incluye en el capítulo en cuestión, será el aplicable a la tramitación de todas las solicitudes de tutela cautelar planteadas en los juicios contencioso administrativos, incluidas aquellas planteadas como amparo cautelar. Con esto, la Ley hace suya la que fuera la tendencia de la jurisprudencia Contencioso Administrativa en esta materia<sup>5</sup>, que comenzó por ordenar que la suspensión de efectos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se tramitara como las cautelares en el Código de Procedimiento Civil (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Nro. 1852 del 21/12/00) y luego dispuso que el trámite de los amparos cautelares debía correr la misma suerte (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 402 del 15/03/01).

La norma deja a salvo el trámite de las cautelas en los juicios breves, que, conforme al artículo 69 de la misma Ley, han de recibir un *trato abreviado*, que, no obstante, no se define (efectivamente el artículo 69 de la Ley no regula ningún trámite y no establece plazos, ni procedimiento alguno) lo que constituye un patente ejemplo de defectuosa técnica legislativa.

Una pregunta que surge es ¿Qué ocurre con el trámite de las cautelas que puedan prever leyes especiales y que en esas mismas leyes contengan un procedimiento distinto?

A esta cuestión, algunos sostendrán que priva la norma especial, entendiendo por especial aquella que establece la cautela de que se trate.

---

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2004) La tutela cautelar en el derecho procesal administrativo, artículo incluido en la obra El contencioso administrativo hoy, Jornadas 10mo. aniversario. FUNEDA. p. p. 264-265.

Frente a ello, se podría sostener que –por el contrario- la especialidad la tiene la norma procesal que regula el contencioso administrativo, siendo un ejemplo de ello, justamente, que la ley asegura que aún el amparo cautelar se tramitará por la vía que establece su Capítulo V.

Además, aun cuando a esto se hará referencia más adelante, el asunto es que la tutela cautelar que regula la ley es una tutela innominada que puede suponer medidas positivas o negativas de cualquier índole, lo que, en la práctica, habría de arropar a cualquier tutela específicamente definida, y así parece claro que para el Legislador con independencia al contenido o tipo de medida que se solicite, el trámite siempre habrá de seguirse –en el contencioso– de conformidad con las normas del Capítulo V, con la sola excepción (que no parece serlo, pues carece de contenido) de las medidas solicitadas en los juicios breves.

**1.2. El trámite procedimental para solicitar las medidas.** La segunda norma que regula cuestiones procedimentales en el tema de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, es el artículo 105. La norma en cuestión describe el trámite señalando que debe llevarse en “cuaderno separado”, es decir, en una pieza distinta de aquella donde se incluye lo relativo a la pretensión principal.

La norma también señala que la solicitud de tutela cautelar debe ser resuelta en cinco (5) días de despacho siguientes a su presentación. Si se trata de tribunales colegiados, el trámite supone la remisión *inmediata* del cuaderno de medidas al tribunal para que se designe ponente y, nuevamente en cinco (5) días de despacho, se tome la decisión.

Es lamentable que la Ley no le imponga al Juzgado de Sustanciación –en el caso de los tribunales colegiados– un plazo para la remisión del expediente. Si bien es cierto que la norma ordena que la remisión se haga de manera *inmediata*, en ámbito forense aquello puede significar unas horas, unos días o unos meses, dependiendo del caso y de los funcionarios judiciales de que se trate. Lamentablemente, la norma, encargada de establecer un plazo preciso recurrió a un criterio subjetivo, el término “*inmediato*”, que no equivale a plazo alguno.

Por último, el artículo 105 establece que “*al trámite de las medidas cautelares se dará prioridad*”, con lo que el Legislador parece querer acentuar la importancia que tiene, de cara a la tutela judicial efectiva, todo lo relacionado con la protección cautelar. Sin embargo, la afirmación es, tal vez, insuficiente, pues a las cosas se les da prioridad respecto de otras, y en este caso el Legislador no se ha tomado la molestia en aclarar sobre qué es prioritario el trámite de las cautelares, ¿Es acaso prioritario sobre las otras cuestiones solicitadas en ese juicio? o ¿Acaso es prioritario por sobre cualquier otra actividad del tribunal en cualquier juicio?, y si es así, ¿Acaso son las providencias cautelares prioritarias respecto de los amparos que este tramitando el tribunal?. Aun cuando la parquedad del Legislador podría levantar estas preguntas, lo que parece razonable es que esa preferencia se refiera a cualesquiera otras cuestiones en ese mismo juicio.

### **1.3. La remisión al Código de Procedimiento Civil en lo relativo al trámite de la oposición.**

El artículo 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no incluye regulación expresa del procedimiento de oposición a las medidas, sin embargo ordena la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan esta materia. Es importante señalar que no se trata de una aplicación analógica, se trata de la aplicación directa y especial de las normas del Código que, por mandato de la Ley de la materia, se convierten en *ley aplicable*.

Las normas del Código regulan lo atinente a la oposición a las medidas en sus artículos 602, 603 y 604, del modo siguiente:

*“Artículo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.*

*Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promueven y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.*

*En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589”.*

*“Artículo 603.- Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto”.*

*“Artículo 604.- Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado”.*

El sentido de esta remisión expresa que se hace del Código de Procedimiento Civil responde a la accidentada historia que han tenido las medidas cautelares en el contencioso administrativo venezolano, y constituye un reflejo de lo que –finalmente– resultaba la solución jurisprudencial más ampliamente aceptada.

## **2. CUESTIONES SUSTANCIALES EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Como se dijo, de las cuatro normas que contiene el Capítulo V de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, una sola, el artículo 104, se dedica a la regulación sustancial de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo. Ahora bien, eso que llamamos “sustancial” en las medidas cautelares tiene que ver, esencialmente, con su objeto y extremos de procedencia. Vale la pena transcribir la norma a que se hace referencia para proceder a su análisis. El artículo 104 textualmente señala:

*“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*

*aparición del buen derecho invocado y garantizar los resultados 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 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. En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.*

Varias son las cuestiones que deben llamar la atención de esta norma.

**2.1. La ampliación del objeto.** Lo primero que se observa es que esta norma ya no se refiere a la *suspensión de efectos* como medida *especial y nominada* del contencioso administrativo, y consagra legalmente –lo que había sido objeto de reconocimiento jurisprudencial hace ya tiempo– el amplio e innominado poder cautelar de los jueces contenciosos administrativos, que no se limita a un solo tipo de medida, sino que se adapta a las necesidades de la tutela judicial efectiva de cada caso en concreto, pudiendo consistir –como en el caso de las cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil– en “autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

A primera vista parece una innovación legislativa positiva, y en buena medida esa impresión es acertada, pues en esta materia el Legislador se ha hecho eco de los avances de la jurisprudencia de las últimas tres décadas.

En efecto, ya la jurisprudencia había reconocido que el juez de lo contencioso administrativo podía echar mano, de cara a la tutela cautelar, a cualquiera de los medios de tutela cautelar con que contaba el ordenamiento adjetivo, desde las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil (a este respecto, Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia Nro. 139 del 09/05/88; Nro. 668 del 17/12/91,y; Nro. 92 del 12/05/92<sup>6</sup>) al amparo cautelar a que se refiere el la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (a este respecto, Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia Nro. 56 del 28/03/89; Nro. 343 del 10/07/91; Nro. 477 del 03/10/91,y; Nro. 580 del 19/11/92<sup>7</sup>).

Sin embargo, y como suele suceder, este avance no deja de ir acompañado de un sabor agri dulce, pues en definitiva la norma –en su redacción– aun cuando más amplía en el objeto que la suspensión de efectos que consagraba la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es más exigente en sus causas o requisitos de proceder (como ya veremos más adelante). Y así, aun cuando el juez puede dar una tutela más integral, no obstante es más difícil que la otorgue.

---

<sup>6</sup> Consultadas en la obra de ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1995) Jurisprudencia de Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo 1980-1994, EDJV, pp. 327-329.

<sup>7</sup> Consultadas en la obra de ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1995) Jurisprudencia (...) OP.CIT. pp. 347-408.

**2.2. El aumento de los requisitos de procedencia.** La segunda novedad que se encuentra en esta norma, en contraste a la regulación anterior, es el aumento de los requisitos necesarios para la procedencia de la tutela cautelar.

En efecto, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa requiere, para que proceda la tutela cautelar contencioso administrativa, que concurran una serie de requisitos o extremos de procedencia, y concretamente tres (3): la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el riesgo en la demora (*periculum in mora*) y la ponderación de los intereses en juego (a la que podríamos llamar *regla del mal menor*).

La norma en cuestión afirma:

*“Artículo 104.- (...) 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 (...).”*

Ahora bien, esta enumeración de requisitos –tres (3) en total– contrasta con la que se hacía respecto de la suspensión de efectos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que sólo requería, para hacer proceder la suspensión, de la acreditación de peligro o riesgo manifiesto de que resulte ilusoria la protección del fallo.

En efecto, hay que recordar que la procedencia de la suspensión de efectos, como medida especialísima del contencioso de las nulidades, dependía tan solo de la comprobación del *periculum in mora*, tal y como claramente se lee del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

*“Artículo 136.- A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. (...).”*

En nuestra opinión, no era que la suspensión de efectos –como especie de las medidas cautelares– no requiriera de la apariencia de buen derecho, era que, por la naturaleza del contencioso administrativo de las nulidades (que era el contencioso en el que estaba prevista esta cautela especial) en donde el derecho que se reclama es el derecho a que se respete la legalidad y el ordenamiento jurídico, aquel requisito quedaba satisfecho –de modo implícito– una vez sorteados los requisitos de admisibilidad del recurso.

Pero es necesario señalar que, a pesar de la clara redacción de la norma (que sólo exige la acreditación del riesgo en la demora) la jurisprudencia era tendencialmente contraria a

facilitar la tutela cautelar que significaba la suspensión de efectos. Así, por una parte, optó por requerir también la presencia del segundo requisito tradicional de procedencia de las cautelas y, por la otra, exigía –de cara al riesgo en la demora– tanto una clara explicación del daño temido, como la comprobación de su inminencia y carácter irreparable (al respecto, Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia Nro. 116 del 30/03/87; Nro. 53 del 11/02/88; Nro. 22 del 16/02/89; sentencia del 14/03/91, caso IMPERAUTO; y sentencia del 11/01/94, caso Laboratorios PRONTON<sup>8</sup>).

En todo caso, y lo que es ahora de nuestro interés, la jurisprudencia, luego de admitir la posibilidad de solicitar y obtener en el contencioso administrativo cualquiera de las cautelas que consagra el ordenamiento procesal (lo que en su momento resultó un giro jurisprudencial favorable a la tutela cautelar) procedió a uniformar los requisitos o extremos de procedencia de todas las formas de protección cautelar en el contencioso, haciendo que –en el caso de la suspensión de efectos– se entendieran incluidos todos ellos, merced de la exigencia que le imponía al juez el artículo 136 en el sentido de atenerse a “*las circunstancias del caso*”<sup>9</sup> (entre otras, Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 17 de abril de 2001. Caso: Rosalba Pereira Colls).

Así las cosas, lo que establece hoy la Ley en esta materia es el reflejo de lo que, en su momento, fue la evolución de las soluciones e interpretaciones hechas por la jurisprudencia. Y de este modo, en el estado actual del derecho positivo, dejando a un lado las interpretaciones que en el futuro pueda hacer la jurisprudencia, las medidas cautelares en el contencioso proceden –con independencia de su contenido– una vez reunidos los dos requisitos clásicos de procedencia de las medidas (la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora) a los que se suma un tercer requisito, el de la ponderación de los intereses en juego.

**2.3. El contenido o significado de los requisitos de procedencia a que refiere el artículo 104.** Un tema que resulta de franco interés en esta materia es el atinente al significado o contenido de los requisitos que deben acreditarse y el modo de acreditarlos. Lo segundo difícilmente se pueda lograr en juicio sin lo primero.

Comencemos por hablar de los dos primeros requisitos a que se refiere la norma del artículo 104, la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* y el peligro en la demora o *periculum in mora*, que, como reconoce la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, son “*los mismos requisitos de procedencia que históricamente se han valorado para las medidas cautelares en general*” (Sentencia Nro. 241 de fecha 21/02/11).

**(a) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.** CANOVA afirma que “*el fumus boni iuris surge de un juicio breve y sumario –no incompleto– hecho por el juez y que hace a este*

---

<sup>8</sup> Consultadas en la obra de ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1995) Jurisprudencia (...) OP.CIT. pp. 198-201.

<sup>9</sup> Una prolija explicación de lo que fue esta evolución de la jurisprudencia se encuentra en ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar en el contencioso administrativo. Edic. SHERWOOD. pp. 440-456.

*presumir, por una parte, sobre las probabilidades de triunfo de quien solicita la providencia cautelar, acerca de la verosimilitud de los derechos que ha invocado como propios, y, en fin, sobre el cumplimiento de los requisitos que fueren necesarios para que su pretensión de fondo sea declarada con lugar*<sup>10</sup>. Adicionalmente, ha afirmado que *“la valoración que haga el juez que decide una solicitud cautelar debe ser completa – no parcial – ya que no existe posibilidad material de que prejuzgue sobre el fondo del asunto, en el plano de los fundamentos jurídicos de la sentencia, al entenderse – y así dejarse constancia - de que el estudio del asunto ha sido sumario y breve y que, por tanto, la decisión emanada se fundamenta en presunciones, en simple apariencia sin certeza que solo es posible obtener al finalizar el proceso”*<sup>11</sup>.

En sentido similar, ORTÍZ ÁLVAREZ señala que *“(…) se trata de un juicio preliminar sobre la verosimilitud y probabilidad del derecho reclamado y de la seriedad y posibilidades de éxito”*<sup>12</sup>.

Según la jurisprudencia reciente:

***“El fumus boni iuris o presunción de buen derecho, no es más que la verosimilitud y probabilidad del derecho reclamado y de la seriedad y posibilidades de éxito de la demanda. La imposición de dicho requisito encuentra razonabilidad tanto en el carácter accesorio e instrumental de las medidas cautelares a la instancia de fondo, como en el hecho natural de que el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos y su presunción de legalidad, solamente sean suspendidos con vista al examen -así sea en contexto preliminar- de su legalidad, en el entendido de que dicho análisis debe revelar indicios serios de que es posible que tales actos serán probablemente anulados por la decisión definitiva. (...)”*** (Sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Nros. 241 y 242 de fecha 21/02/11) (Resaltado nuestro).

De este modo, doctrina y jurisprudencia parecen cómodas al aceptar que el juez debe hacer una primera valoración muy pormenorizada de la pretensión y sus fundamentos, y de cara a ella hacerse un juicio presuntivo sobre el éxito o no de la pretensión, y así obtener la *apariencia del buen derecho*.

Ahora bien, al observar lo que afirman los autores y la jurisprudencia no podemos sino tener la sensación de que en estos postulados hay importantes contradicciones, que reducen el tema de la presunción de buen derecho a un juicio sobre el fondo que el Juez puede realizar del modo en que mejor entienda, pues no está sometido ni a parámetros ni a limitaciones.

---

<sup>10</sup> CANOVA, Antonio (Caracas-1998) Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano. Edic. SHERWOOD. pp.308.

<sup>11</sup> CANOVA, Antonio (Caracas-1998) Reflexiones para (...) OP.CIT. pp.312-313.

<sup>12</sup> ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar en el contencioso administrativo. OP.CIT. pp. 456.

Y es cierto que autores como CANOVA han señalado que “*no hay discusión en que la valoración de la apariencia de buen derecho debe descansar sobre criterios objetivos, definidos. Dicha constatación no puede quedar al libre arbitrio del juez, quien podría decidir con base en corazonadas o simples premoniciones*”<sup>13</sup> sin embargo, el caso es que esos criterios ni existen ni son objetivos.

A nuestro modo de ver, este no es el verdadero alcance de este requisito y no se compagina, además, con la naturaleza de la institución a la que sirve: la tutela cautelar.

Si el juez se pronuncia sobre posibilidades de éxito del recurso, con base en un análisis pormenorizado de la pretensión y sus fundamentos, al resolver las medidas, indefectiblemente estará adelantado criterio, y esto no se evita afirmando que se trata de un análisis “preliminar”, pues si para conceder o negar la medida se analizan detenidamente las denuncias y los alegatos vinculados a la procedencia del recurso ¿Cuál será entonces el objeto de la decisión de fondo?. Igualmente, si lo que observa el juez para determinar si existe la apariencia de buen derecho es lo mismo que debe analizar cuando decide el mérito del asunto, ¿Cómo puede sostenerse que no hay allí un adelanto de criterio? ¿Qué sentido tiene después de un pronunciamiento de tal naturaleza el trámite del juicio?

Pongamos un ejemplo, si el juez contencioso resuelve sobre una denuncia de falso supuesto de derecho (la aplicación de una norma derogada, o la incorrecta aplicación de una norma vigente) y señala que la misma resulta *aparentemente* fundada (o por el contrario *aparentemente* infundada) ¿No es acaso ese un adelanto de la cuestión de fondo para la que se ha instado el juicio? Si se trata de una cuestión de derecho ¿Cómo pueden las partes cambiar este parecer en el curso del juicio?

Imaginemos ahora que el juez resuelve sobre una denuncia de inmotivación del acto, y afirma con vista al único elemento probatorio relevante en el caso de esta denuncia, el acto en sí mismo, que tal denuncia es aparentemente fundada pues el acto en apariencia no contiene expresión de sus motivos o motivación (o por el contrario, señala que es aparentemente infundada por que sí tiene expresión de esos motivos) nuevamente ¿No es ese el *quid*, el objeto o propósito del juicio? ¿Puede alguien afirmar, sin que sus afirmaciones sean simple retórica contraria al sentido común y a la realidad de las cosas, que eso no adelanta el juicio que debe contener la sentencia definitiva? ¿Es posible y serio sostener que la sola presencia de palabras como “presuntivamente” o “de modo preliminar” destruyan el demoledor avance de criterio que supondría tal afirmación?

Lo cierto es que el análisis que haga el juez, que como dice CANOVA debe estar fundado en criterios objetivos, no puede, sin embargo, versar sobre las mismas cuestiones que suponen el fondo del asunto, pues ya no sería **un análisis de apariencias** sino de contenidos, y así dejaría de ser *fumus* para ser *certo* o *verum*.

---

<sup>13</sup> CANOVA, Antonio (Caracas-1998) Reflexiones para (...) OP.CIT. p.309.

El análisis que hace el juez sobre la verosimilitud, debe ser un análisis sobre *apariencias*, que no tenga vocación de conocer, estudiar o resolver las mismas cosas que deben ser objeto de la decisión de fondo.

Un posibilidad de solución de este asunto puede ser aprovechar una particularidad del contencioso administrativo, en el que –al comienzo del juicio– el tribunal está obligado a hacer un pronunciamiento<sup>14</sup> –y por ello un juicio- sobre la tramitabilidad de la demanda que supone una verificación de la apariencia de seriedad y verosimilitud de la misma, fundada, no obstante, en cuestiones externas no ligadas a la solución del fondo de la controversia. Ese es el juicio sobre la admisibilidad que, desde tiempos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y ahora con la Ley Orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 36) hace el tribunal a tan solo días de la interposición de la demanda.

Además, ese juicio que hace el juez sobre la admisión se funda en el análisis de unos extremos objetivamente establecidos por el artículo 35 de la Ley y que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes al entender que son cuestiones formales que permiten que acceda al proceso quien tiene apariencia de justicia en sus reclamos (asunto que coincide justamente con el contenido de este elemento de procedencia de las medidas cautelares).

Así –en nuestra opinión- el juez contencioso administrativo podría aprovechar el análisis de estas cuestiones externas y formales que según la Ley permiten el trámite del juicio por la suficiente apariencia de seriedad, como los extremos para establecer la *apariencia de buen derecho* de cara a la procedencia o no de la tutela cautelar.

Si la operación intelectual del juez –al observar la apariencia de buen derecho- debe ser un *vaticinio* del resultado del juicio fundado en el análisis de los elementos que sostienen la pretensión en el recurso, este elemento sería más que suficiente para sostener la concesión de la tutela cautelar. Pero este proceder también haría inútil el propósito y trámite del juicio, y además, supondría –y supone en el estado actual de las cosas- un adelanto de criterio que sin dudas coloca a los jueces en una causa de inhibición o de recusación (concretamente, aquella a la que se refiere el ordinal 5° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa<sup>15</sup>).

---

<sup>14</sup> Sobre este punto RENGEL ROMBERG, Arístides (Caracas-1981) El auto de admisión del Recurso Contencioso Administrativo de anulación en el sistema de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, publicado en la Revista de Derecho Público número 8, octubre – diciembre de 1981. Edic. EDJV. pp. 172, y en sentido similar SUAREZ, Jorge Luis, (Caracas-1993) Evolución Jurisprudencial de las causales de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos (1987-1991), publicada en la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República número 8. pp.293-339, y también KIRIAKIDIS L., Jorge C. (Caracas-2006) Las causas de no admitir el recurso contencioso administrativo de anulación contra actos de efectos particulares con especial referencia a la situación de la legitimación para recurrir y el agotamiento de la vía administrativa, publicado en la obra colectiva El contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, Ediciones FUNEDA. pp. 91-93.

<sup>15</sup> “*Los funcionarios o funcionarias judiciales así como los auxiliares de justicia, pueden ser recusados por algunas de las causas siguientes: (...) 5°. Por haber manifestado opinión sobre lo principal del juicio o sobre*

Así, la realidad, es que lo que se requiere para dar cumplimiento con este requisito es la acreditación de una *simple apariencia* (y no el adelanto del juicio de fondo) que debe detenerse en cuestiones externas y meramente formales, sin entrar en la revisión de las cuestiones que conforman el fondo del asunto.

Cierto es que, así las cosas, el análisis de la apariencia de buen derecho no sería un criterio suficiente –por si solo- para acordar la tutela cautelar, pero es por eso justamente que para la procedencia de la tutela cautelar el Legislador –con excelente criterio- requiere además de la acreditación de otros dos extremos: del peligro en la demora y la ponderación de los intereses en juego.

Es decir, no se trata de que este elemento o extremo de procedencia carezca de importancia, por el contrario, es el más importante de todos, pero esto no excluye que la Ley requiera que concurran los tres extremos para que proceda la tutela cautelar.

Esto permite entender – y obliga a -que el análisis que hace el juez para entender cubierto este extremo debe ser infinitamente más simple que el que pretenden hacer los jueces en la actualidad, mucho más proclive a favorecer la tutela, ya que la tutela cautelar no depende en exclusiva del cumplimiento o no de un elemento, sino de la concurrencia de tres elementos distintos.

Por último, es cierto que resulta *cómodo* sostener que este elemento es, al mismo tiempo la justificación teórica de la tutela cautelar –“*la tardanza del juicio no debe perjudicar a quien tiene en definitiva la razón*”– y elemento de su procedencia, pero cómodo como pueda ser la afirmación, es un rotundo error.

Lo cierto es que sólo el trámite acabado del juicio permite saber quién tiene, en el fondo, la razón, y ninguna actuación puede adelantar ese juicio, y si lo hace, esa es una actuación irregular que atenta contra el procedimiento y el sistema de administración de justicia.

**(b) El *periculum in mora*, o riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo.** El *periculum in mora* “*consiste en el peligro de que la sentencia definitiva que dicte el tribunal sea ineficaz, en su totalidad o en parte, en caso de que transcurra todo el proceso sin correctivo alguno que tenga por finalidad garantizar la plena vigencia del fallo (...)*”<sup>16</sup>.

Según la jurisprudencia reciente de las Cortes de lo Contencioso Administrativo:

**“El *periculum in mora* (...) constituye el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, es decir, que la suspensión de efectos sea indispensable para evitar que la ejecución del**

---

*la incidencia pendiente, antes de la emisión de la sentencia correspondiente, siempre que el recusado sea el Juez o Jueza de la causa.*”

<sup>16</sup> CANOVA, Antonio (Caracas-1998) Reflexiones para (...) OP.CIT. p.303.

**acto produzca al interesado perjuicios de imposible o difícil reparación (inejecutabilidad) en caso que la sentencia definitiva declare la nulidad del acto impugnado.**

*Así pues, es la urgencia el elemento constitutivo o razón de ser de este requisito cautelar; ya que sólo procede en caso de que la espera hasta la sentencia definitiva que declare la nulidad del acto recurrido cause un daño irreparable o de difícil reparación, creando para el Juzgador la obligación de salvaguardar los derechos del solicitante”* (Sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Nros. 241 y 242 de fecha 21/02/11) (Resaltado nuestro).

Dos cosas hay que decir sobre este requisito.

La primera, es que a nivel histórico, éste era el único requisito exigido por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para hacer proceder la medida cautelar de suspensión de efectos, aun cuando, como se indicó, esta situación fue paulatinamente alterada por la jurisprudencia (y luego por el texto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

La segunda, es que la acreditación de este extremo supone la carga de una argumentación muy precisa mediante la cual, partiendo de un hecho concreto (el contenido de un acto administrativo o la actuación material de la administración o la omisión de una actuación concreta) se logre inferir la ocurrencia inminente de un daño cierto (no importa que el mismo sea futuro) no meramente eventual<sup>17</sup>, y el carácter irreparable o de difícil reparación por la definitiva.

Y aun cuando la jurisprudencia y la doctrina suelen hablar de la *carga de probar el daño*, en realidad de lo que se trata es de acreditar o probar un hecho del que se pueda inferir –o presumir– la ocurrencia de un daño.

La Sala Político Administrativa lo ha dicho de un modo muy sencillo:

*“(...) Debe el juez velar porque su decisión se fundamente no solo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de **hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente (...)**.”* (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 0883 de fecha 22/07/04, caso: Administradora Convida) (Resaltado nuestro).

Así, como lo dice la Sala, se trata de una actividad probatoria **que lleve a la convicción de una posibilidad**. De modo que no se pretende la *plena prueba* del daño o de su carácter irreparable, sino la acreditación de un hecho del que –razonablemente– se pueda inferir la ocurrencia de un daño concreto, aun cuando futuro, y de carácter irreparable o difícilmente reparable.

---

<sup>17</sup> A propósito de las características del daño temido, a los efectos de la procedencia de las medidas cautelares en el contencioso, se pueden consultar las sentencias de la CPCA del 13/07/93, caso Eudes Requinivia, y del 07/08/97 caso Alfredo J. Landa.

No es razonable creer que el rigor probatorio que se exige es el de plena prueba de los daños, toda vez que el juicio que hace el juez de cara al otorgamiento de las medidas es un juicio **de apariencia y razonabilidad**, que ocurre a comienzos del proceso sin que medie incidencia probatoria alguna.

Al referirse a la carga que supone la acreditación de este segundo requisito de procedencia de las medidas, ORTÍZ ÁLVAREZ señala:

*“(...) no basta con un señalamiento genérico de supuestos perjuicios, sino que se requiere su demostración, Sin embargo, no es necesario una prueba plena como si se tratara de una demanda de daños y perjuicios, sino que, incluso, sin que ello signifique inactividad probatoria del interesado, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión, muchas veces es suficiente atender al contenido del acto y a las consecuencias que pueden derivarse de su cumplimiento, para que el tribunal clarifique la naturaleza del daño que puede causar su ejecución”<sup>18</sup>.*

De este modo, es la argumentación concreta y referida a los daños temidos y de difícil reparación, la carga primordial a la hora de acreditar este requisito, aun cuando esa argumentación debe estar referida a un hecho concreto del que luego pueda inferirse la posibilidad de los daños, constituyéndose este hecho, la mayor parte de las ocasiones, por el mismo contenido del acto (la actuación o la omisión objeto del recurso).

Y en todo caso ese juicio presuntivo –pues de un hecho cierto se saca o presume otro desconocido– podrá ser objetado en la ocasión de la oposición a la medida que se abre inmediatamente y por orden del artículo 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y según los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

**(c) La ponderación de intereses en juego.** La exigencia del tercer requisito de procedencia, ponderar “los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego”, constituye una innovación en la reglamentación legislativa. No obstante, hay que señalar que ya la jurisprudencia venezolana –desde la década de los 80– lo incluía como un elemento que debían tomar en cuenta los jueces contencioso administrativos al momento de otorgar la tutela cautelar<sup>19</sup>.

De lo que se trata, fundamentalmente, es de que, dada la naturaleza del juicio contencioso, que normalmente es el juicio a una actuación de la Administración en la que o respecto de la cual, pueden encontrarse enfrentados diversos grupos de intereses, debe el juez tratar de ponderarlos en su generalidad.

---

<sup>18</sup> ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar (...) OP.CIT. pp. 396.

<sup>19</sup> Sobre lo que significa este requisito se puede consultar con provecho ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar (...) OP.CIT. pp. 472 y sgtes.

No se trata de que el juez considere si el acto o la actuación administrativa se cumple en aras de dar satisfacción al interés general, pues es aún mayor el interés que tiene el sistema en que la administración actúe conforme al principio constitucional de la legalidad y en que las actuaciones ilegales no surtan efectos y sean expulsadas del ordenamiento.

El asunto es que, en la discusión judicial en torno a las actuaciones de la Administración, habrá sujetos que sostengan intereses procesales contrapuestos, unos que soportan o aúpan el mantenimiento de la actuación tal y como es, y otros que desean su expulsión del ordenamiento jurídico.

Y el juez, por mandato de este tercer requisito de procedencia de las medidas, está obligado a tratar de tomarlos en cuenta a todos al momento de decidir sobre el otorgamiento de la medida, en aras de no crear desequilibrios ni afectar, inadvertidamente, derechos o situaciones jurídicas creadas y que favorezcan a una persona o a un grupo de personas.

De un modo práctico, se puede decir que este tercer requisito le ordena al juez intentar prever qué resulta más dañino, si mantener el status quo generado por la actuación impugnada u otorgar la medida que se le ha pedido conceder. Es un análisis no sólo de cantidad sino de calidad de las cuestiones en pugna.

Así, por ejemplo, en una ponderación de intereses referidos a la suspensión de una orden de demolición del techo de una quinta, la destrucción del techo afecta gravemente al solicitante propietario del inmueble, en tanto que su mantenimiento –aún cuando sea tan solo provisorio– tiene relativo poco impacto en los derechos o intereses de terceros.

Pero la cuestión es más complicada cuando la medida que se pide puede tener el impacto de generar, ella, situaciones graves e irreparables. Esto sería el caso de la suspensión cautelar que solicita un laboratorio al que se le ha ordenado detener la comercialización de un medicamento que pone en riesgo la salud de los enfermos que lo consumen. En ese caso, el juez tiene en sus manos un conflicto en el que entra en juego el derecho a la salud y la vida de un grupo de personas –a las que pretende tutelar la actuación administrativa– y el derecho que tiene una empresa de dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes. Y no se trata aquí de un asunto de cuál de estos derechos es más importante, se trata de una ponderación de la reparabilidad o reversibilidad de unos frente a otros, la verdad es que la pérdida de la salud o de la vida son bienes difícilmente reparables, en tanto que el perjudicado por una ilegal orden de comercializar unos productos siempre podrá exigir una indemnización económica. Y por ello, en un caso tal, la ponderación de los intereses se inclinaría en favor de mantener la prohibición.

En una decisión reciente, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ensayó la siguiente noción de este requisito de procedencia de las medidas:

*“Adicionalmente, la legislación y la interpretación jurisprudencial han venido entendiendo que el despacho cautelar (por lo menos en materia contencioso administrativa) amerita otro requisito adicional, atendiendo al sentido pragmático que se deriva de nuestro texto constitucional, al consagrar el Estado Social de Derecho y de Justicia que, por esa razón, modula la interpretación del ordenamiento jurídico en general. Este requisito lo constituye la atención de intereses generales en el estudio de la solicitud cautelar de que se trate, y en atención a ella, el Juez debe ser cuidadoso a la hora de que la medida no cause o pueda causar eventualmente gravámenes a la paz y desarrollo colectivo, pues en este caso, la medida conllevaría un grave riesgo a la estabilidad nacional, en manifiesto sentido contrario al ideal de justicia y bienestar social querido por la Carta Magna”* (Sentencia del a Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Nro. 20 del 24/01/12).

Empero es necesario insistir en lo que dice ORTÍZ ÁLVAREZ: *“(…) no cualquier interés general es el que ha de impedir la suspensión (mucho menos el interés que teóricamente se presume presente en toda actuación administrativa), sino un interés general concretizado y de cierta gravedad”*<sup>20</sup>.

Así, en lo que respecta a este requisito de procedencia de las medidas, el juez debe realizar un análisis de riesgos y consecuencias, y al enfrentarse a todas las posibles consecuencias de conceder o no la medida, optar por aquella que resulte menos grave y descartar aquella que genere consecuencias irremediables. Se trata, por decirlo de algún modo, de la elección del mal menor.

**2.4. Sobre los extremos de procedencia de la medida en el caso de tutela cautelar de amparo constitucional.** La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordena en su artículo 103 –como se ha visto un poco antes– que todas las cautelas que se soliciten en la vía contencioso administrativa se tramiten por un único proceso incidental. Ahora bien, cabe preguntarse si sucede lo mismo con los requisitos de procedencia respecto de otras medidas cautelares, y más concretamente, si sucede lo mismo con los requisitos que hacen proceder el amparo cautelar regulado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Es decir ¿También se exige la reunión de estos tres requisitos para la procedencia de la tutela de amparo cautelar?

Y es una buena pregunta, pues en materia de amparo cautelar, primero la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en su artículo 22, declarado inconstitucional por decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 21 de mayo de 1996) y luego algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, han entendido que la tutela cautelar de amparo constitucional debe proceder con la sola acreditación de la apariencia de buen derecho.

---

<sup>20</sup> ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar (...). OP.CIT. pp. 472-473.

En efecto, el ahora anulado artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales (anulado no debido a su contenido, sino debido al incorrecto uso que se daba a esa norma, pues los tribunales la aplicaban indebidamente al caso de algunos amparos autónomos), disponía:

*“Artículo 22.- El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda.*

*En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar **fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación**”.*

Luego –y a pesar- de esa anulación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia también se ha pronunciado –aun cuando no de manera consistente y reiterada– en torno a la preponderancia de la apariencia de buen derecho (y la no necesidad de acreditación del peligro en la demora).

Así, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señalaba en su momento:

*“En ese sentido, es menester revisar el cumplimiento de los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, adaptados naturalmente a las características propias de la institución del amparo en fuerza de la especialidad de los derechos presuntamente vulnerados. Dicho lo anterior, estima la Sala que debe analizarse en primer término, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse ipso facto la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.*

*Asimismo, debe el juez velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un verdadero perjuicio de los derechos constitucionales del accionante”* (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 402 del 20/03/01).

A su turno, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en alguna ocasión dispuso (al resolver sobre una solicitud de tutela cautelar de amparo constitucional) lo siguiente:

*“De igual forma, en relación con el requisito del *periculum in mora*, se observa que basta con la presencia de la presunción de buen derecho para la consideración de la procedencia*

*del amparo cautelar*” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 2315 del 22/08/03).

Lo cierto es que del contenido de las normas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se puede –pues no se desprende de lo escrito en ella– concluir que los requisitos de las cautelas especiales reguladas en otras leyes no son los que esas leyes especiales establecen, sino, por el contrario, son aquellos que establece ahora el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Someter a todas las cautelas especiales –contenidas en otros textos legales y adaptadas a situaciones especiales o realidades particulares de la actuación administrativa– a los requisitos de procedencia de la tutela cautelar innominada ordinaria del contencioso administrativo, sería el equivalente de hacer de la medida cautelar innominada ordinaria de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el único medio de tutela cautelar al que se puede acceder en el contencioso administrativo. Y este no parece ser el espíritu de nuestro texto constitucional, ni el de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero hay que observar que, por lo menos en lo que al amparo cautelar se refiere, un sector importante de la doctrina considera –con independencia de lo que establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa– que es necesaria una unificación (o uniformización) de los criterios de procedencia de todas las modalidades de tutela cautelar. ORTÍZ ÁLVAREZ efectivamente ha sostenido:

*“En nuestra opinión, como hemos dicho, las condiciones de procedencia del amparo cautelar deben ser las mismas condiciones de procedencia de la suspensión de efectos y de las otras medidas cautelares en el contencioso administrativo (fumus boni iuris, periculum in mora y ponderación de intereses) analizadas con la misma funcionalidad e importancia, incluyendo solamente aquellas particularidades que puedan provenir de la naturaleza constitucional de las violaciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de fijar la presunción de buen derecho, la cual (...) pareciera tomar un papel preferencial y condicionante por naturaleza, aunque sin dejar totalmente excluidas a las otras condiciones (...)”<sup>21</sup>.*

En todo caso, este es un punto que seguramente habrá de resolver la jurisprudencia, esperemos que de un modo que resulte grato a la tutela judicial efectiva.

**2.5. Del privilegio que establece la Ley de la Procuraduría General de la República en materia de medidas cautelares.** No obstante lo anterior, hay que observar que el artículo 92 del Decreto con rango de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, del año 2008, textualmente establece:

---

<sup>21</sup> ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (Caracas-1999) La protección cautelar (...). OP.CIT. p. 724.

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

Así, también en esta materia, se ha incluido inexplicablemente un privilegio procesal en favor de la Administración –en este caso de la República– el que no se deba acreditar sino uno de los requisitos que según la ley hacen proceder la protección cautelar.

Se podría pensar, sin embargo, que por tratarse de una previsión anterior a la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la misma se encuentra implícitamente derogada. No obstante, ya la Sala Político Administrativa se ha encargado de confirmar su vigencia mediante la Sentencia Nro. 190 de 07/03/12, que a estos efectos señaló:

*“(...) En atención a la disposición transcrita, cuando quien solicite las medidas cautelares sea la República o cualquier otro ente con iguales prerrogativas, no se requiere la comprobación concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, sino que el otorgamiento de la medida procederá con la constatación en autos de cualquiera de ellos (ver sentencias de esta Sala Nos. 05970 y 06453 de fechas 19 de octubre y 1° de diciembre de 2005, respectivamente)”*.

Curiosa situación ésta, en la que una institución con vocación de reducir el impacto de los privilegios y las desigualdades, ve incluida en su seno un privilegio en favor de un sujeto: el Estado, que, por otra parte, goza de toda clase de privilegios y prerrogativas.

**2.6. La exigencia de garantías en las causas de contenido patrimonial.** La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permitía –de modo facultativo– que el tribunal requiriese al solicitante la constitución de una caución (o garantía), normalmente una fianza, para que garantizara las resultas del juicio y de cara a la concesión de la suspensión requerida.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se hace eco de este requisito, cuando prevé que *“En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”*, sin embargo –y como se observa– limita esta exigencia exclusivamente a los juicios de contenido patrimonial (las demandas).

El alcance de este requisito facultativo debe, en todo caso, entenderse incluido en la Ley para facilitar el acceso a la tutela cautelar. Es decir, si para el Juez no está clara la ocurrencia de los otros extremos, la constitución de una garantía que asegure las resultas del juicio, le permite allanar el camino a la concesión de una tutela cautelar.

Un indicio a favor de esta postura viene dado por la circunstancia de que se reserve sólo a los casos de juicios de *contenido patrimonial*, donde, por su naturaleza, es fácil suponer que

la discusión se reduce a cuestiones o pretensiones fácilmente estimadas en dinero. No tendría sentido entender este requisito como uno concurrente a los demás, destinado a hacer más difícil la obtención de la tutela cautelar.

## **CONCLUSIÓN**

De modo sucinto se puede afirmar que en materia de tutela cautelar la regulación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa supone un avance en la dirección que marca la Constitución.

Como siempre, de lo que se trata ahora en esta materia es que los jueces entiendan el verdadero sentido de la tutela cautelar como herramienta para garantizar la tutela judicial efectiva y medio para minimizar el impacto de las inmunidades o prerrogativas del Poder Público.

¿Qué sentido pueden tener las medidas cautelares sino ese?

Si algún privilegio debe ser hecho en esta materia, ese privilegio debe ir en el sentido de facilitar a los particulares la obtención de la tutela frente a la Administración, y no al revés.

¿Qué sentido puede tener facilitar a la administración la tutela cautelar, cuando ella puede, en todo momento dictar actos que unilateralmente se imponen a los particulares y modifican su esfera jurídica, que se tienen por lícitos y que se ejecutan por la propia Administración, salvo que medie orden expresa de un juez que suspenda esa ejecución?