

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

María Valentina Villavicencio¹

Resumen: *La presente investigación tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos pueden considerarse verdaderas medidas cautelares a la luz de los principios, características, presupuestos y fines de la tutela cautelar en sede administrativa.*

Palabras clave: *Precios justos – Medida cautelar – Procedimiento sancionatorio.*

SUMARIO. Introducción. I. Aspectos generales sobre la actividad cautelar de la Administración Pública y sobre las medidas cautelares. 1. Fines de la actividad cautelar de la Administración. 2. La potestad discrecional que ejerce la Administración. 3. Principios que rigen la actividad administrativa. A. Principio de legalidad. B. Principios de racionalidad y proporcionalidad. 4. Características de las medidas cautelares. A. Instrumentalidad. B. Provisoriedad. C. Variabilidad o mutabilidad. D. Reversibilidad. E. Urgencia. F. Las medidas cautelares son de derecho estricto. 5. Presupuestos. A. *Fumus boni iuris*. B. *Periculum in mora*. C. Ponderación de intereses. II. Las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 1. Antecedentes de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor. 2. Procedimientos en los cuales pueden ser impuestas las medidas cautelares. 3. Las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015. A. El Comiso preventivo de mercancías. B. Ocupación temporal de bienes y establecimientos. C. Cierre temporal del establecimiento. D. Suspensión temporal de licencias, permisos y autorizaciones emitidos por la SUNDDE. E. Ajuste de precios. III. Análisis crítico de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 1. Los presupuestos de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. 2. Comentarios con relación a la imposición de medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización. 3. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal. A. El comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal fueron previstas como medidas cautelares y también como sanciones administrativas y accesorias. B. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal no poseen las características propias de las medidas cautelares. C. La imposición del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad. 4.

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2010).

Suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE.
5. El ajuste de precios. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos² (DLOPJ 2015) pueden considerarse verdaderas medidas cautelares a la luz de los principios, características, presupuestos y fines de la tutela cautelar en sede administrativa.

Las medidas cautelares objeto de análisis son las siguientes: i) comiso, ii) ocupación temporal de establecimientos o bienes, iii) cierre temporal de establecimientos, iv) suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones y, por último, v) el ajuste inmediato de precios. Todas ellas son enumeradas en el artículo 70 del DLOPJ 2015 y conforman el catálogo de medidas cautelares nominadas que pueden imponerse en el curso de procedimientos administrativos de fiscalización, pero también en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios, tal como lo establece el artículo 84³ del DLOPJ 2015.

Varias razones sirvieron de justificación para enfocar esta investigación en el análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, principalmente: i) razones vinculadas con el contexto político, económico y social bajo el cual se dictó el DLOPJ 2015, ii) la forma en que reiteradamente se han establecido estas medidas cautelares en los Decretos de igual rango que regularon la materia de costos y precios y protección al consumidor con anterioridad al DLOPJ 2015 y, iii) el hecho de que muchas de las medidas objeto de análisis fueron calificadas en el DLOPJ 2015 como medidas cautelares pero también como sanciones administrativas.

En primer lugar, debe destacarse que DLOPJ 2015 y los cuatro Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que lo precedieron y que regularon la misma materia (los cuales identificaremos a lo largo de esta investigación), fueron dictados bajo un contexto político, económico y social muy particular, como indicaremos a continuación.

² Publicada en Gaceta Oficial No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.

³ Este artículo también menciona entre las medidas nominadas que pueden imponerse en el curso de un procedimiento administrativo sancionatorio, al secuestro, al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar. Sin embargo, enfocaremos el objeto de esta investigación en analizar las cinco (5) medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, puesto que todas ellas pueden ser impuestas tanto en el procedimiento de inspección o fiscalización como en el sancionatorio.

Así, puede observarse que los referidos Decretos fueron elaborados con el fin de desarrollar políticas públicas diseñadas por el Ejecutivo Nacional, siendo notable que quien ha regulado la materia de costos y precios ha sido el Presidente de la República en ejecución de Leyes Habilitantes y no la Asamblea Nacional, pese a que, los Decretos Leyes sobre costos y precios limitan el ejercicio del derecho de propiedad y tipifican delitos y sanciones, es decir, regulan materias de estricta reserva legal.

En este sentido, la promulgación de los textos normativos que regularon la materia de costos, precios, márgenes de ganancia y protección al consumidor, se fundamentó en la necesidad de dar cumplimiento a políticas económicas y sociales enmarcadas dentro de un esquema político específico: el Socialismo Bolivariano del Siglo XXI.

Se puede observar, por ejemplo, como en la Exposición de Motivos del vigente DLOPJ 2015 (y en algunos de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos derogados) se establece como fundamento o justificación de la normativa, la necesidad de reivindicar derechos sociales, de acabar con sistemas económicos capitalistas, de terminar con los abusos flagrantes de muchos sectores de la economía que generan elevados márgenes de ganancia y alza injustificada de precios y de romper con la cadena monopólica generadora de escasez artificial; todo ello con el fin de lograr la reivindicación del contenido social de la democracia e impulsar la continuidad de la construcción del Socialismo Bolivariano del Siglo XXI.

El DLOPJ 2015 también establece que, para lograr el fin antes mencionado, es necesario dar pasos decisivos con la aplicación de la política de precios justos. Estos pasos decisivos parecieran estar dirigidos a aumentar las restricciones que han venido imponiéndose con mayor rigor en materia de precios desde la entrada en vigencia del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Precios Justos del año 2011;⁴ restricciones que van desde la exigencia de inscripción en registros especiales y requerimientos de información, el establecimiento de márgenes máximos de ganancia, la obligación de determinar precios justos a través de normas de rango sub legal dictadas en ejecución del texto legal, hasta la realización de procedimientos de fiscalización, la imposición de las medidas cautelares objeto de análisis y de sanciones.

Lo cierto es que el DLOPJ 2015 fue promulgado en un momento en el cual existieron en el país circunstancias económicas que afectaban y afectan el desarrollo de las actividades ejercidas por los sujetos de aplicación de este Decreto Ley, pues inciden en las estructuras de costos y en la determinación

⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

de precios y de márgenes de ganancia obtenidos por la comercialización de bienes o prestación de servicios. Dichas circunstancias se mantuvieron e incluso, se agravaron, con posterioridad a la entrada en vigencia del DLOPJ 2015.

El contexto económico al que hemos hecho referencia, está marcado por la vigencia de un sistema de control cambiario en Venezuela, por la coexistencia de diversos mecanismos para adquisición de divisas por parte de los particulares, por los altos índices de inflación, por los fuertes controles regulatorios por parte del Estado sobre las actividades económicas, por lo altos niveles de escasez de bienes, por un aumento constante de los precios de los productos y servicios en el mercado, entre otros factores.

Estos aspectos económicos y políticos han generado en la sociedad consumidora de bienes y receptora de servicios, la necesidad de acudir a mercados en los que la comercialización se realiza a precios no oficiales, muy superiores a los regulados, afectando el poder adquisitivo de los consumidores debido a la existencia de una gran distorsión de los precios de venta.

Igualmente, los consumidores se han visto forzados a adquirir los pocos o únicos productos y servicios que se ofrecen en el mercado, afectando derechos previstos en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵ (CRBV) y en el DLOPJ 2015, entre ellos, el derecho a la libertad de elección del adquirente y el derecho a disponer de bienes y servicios de manera continua.

Se trata de factores que inciden tanto en la creación de las normas de regulación de precios, costos, márgenes de ganancia y protección al consumidor, como en su aplicación; afectan la forma en que serán ejecutadas las potestades que atribuye el DLOPJ 2015 a la Administración Pública y condiciona, como se indicará en el desarrollo de esta investigación, la actuación administrativa que se realice por mandato de esa normativa.

La segunda razón que motivó la selección de las medidas cautelares del DLOPJ 2015 a efectos de abordar este estudio, es la forma en que, de manera reiterada, el Ejecutivo Nacional ha venido utilizando dichas medidas con un fin cautelar en los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley que ha dictado en ejecución de leyes habilitantes para regular las materias de costos y precios y protección al consumidor.

En efecto, desde mucho antes de la entrada en vigencia en el año 2011 del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que reguló de manera

⁵ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.453 de fecha 24 de marzo de 2.000.

específica la materia de precios, costos y ganancias, se habían venido implementando medidas iguales o similares a las previstas en el DLOPJ 2015. Es el caso, por ejemplo, de las normas con rango legal de protección al consumidor que contenían algunas disposiciones sobre regulación de precios.

La implementación de dichas medidas cautelares continuó luego con la entrada en vigencia de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos dictados a partir del año 2011, pudiendo observarse cómo el Ejecutivo Nacional: i) aumentó en algunos casos el catálogo de medidas cautelares; ii) sustituyó algunas de las medidas por otras de efectos más graves para el sujeto al que se le impone; iii) modificó la denominación de las medidas sin alterar sus efectos y, iv) mantuvo en algunos casos las mismas medidas pero agregó modificaciones que hicieron variar su alcance y efectos, generalmente, agravándolos.

La constante y sucesiva incorporación en diversos textos legales en materia de costos, precios y protección al consumidor, de las medidas cautelares nominadas que se desarrollarán en detalle a lo largo de esta investigación, hace necesario su estudio, porque ha sido una tendencia que se ha venido siguiendo desde hace algún tiempo y que podría mantenerse en los próximos años.

El tercer y último aspecto que motivó que esta investigación se enfocara en el análisis de las medidas cautelares nominadas previstas en el DLOPJ 2015, es el hecho de que dichas medidas, con excepción del ajuste de precios, también fueron previstas como sanciones en dicho Decreto Ley.

Esta circunstancia nos permite cuestionar el verdadero fin de las medidas cautelares nominadas contempladas en el DLOPJ 2015 y hace surgir diversas interrogantes sobre este punto, entre ellas: ¿pueden las mismas figuras ser utilizadas para cumplir con una tutela cautelar y para sancionar? o ¿el solo hecho de contemplar una determinada figura jurídica como una sanción, excluye de plano la posibilidad de utilizarla también como una medida cautelar?, ¿se ajusta a los principios de proporcionalidad y racionalidad, imponer como medidas cautelares figuras que tienen un fin sancionatorio?

En definitiva, son varias las razones que permiten plantearnos la duda razonable de si las medidas cautelares nominadas objeto de análisis poseen las características propias de una medida cautelar, si cumplen con los principios que rigen la tutela cautelar y si son capaces de alcanzar el fin propio de las medidas cautelares que son impuestas en sede administrativa.

La investigación que proponemos tiene relevancia en el área de Derecho Administrativo, por cuanto pretendemos abordar un tema de interés teórico y práctico. Si bien existen infinidad de estudios que tratan de manera general

las medidas cautelares en los procesos judiciales y, en menor grado, su aplicación a los procedimientos administrativos, es necesario profundizar en el análisis de las medidas cautelares nominadas que contempla el DLOPJ 2015 e intentar determinar si son adecuadas para cumplir con el fin cautelar propuesto por la norma, si fueron previstas legalmente en atención a los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración Pública y si cumplen con las características propias de las medidas cautelares.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD CAUTELAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La presente investigación tiene como fin analizar las medidas cautelares nominadas previstas en el artículo 70 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, normativa legal que tiene como objetivo inmediato, de acuerdo a lo establecido en su artículo primero, regular la determinación de precios de bienes y servicios, fijar márgenes máximos de ganancia y garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios.

Para el cumplimiento de los fines previstos en el DLOPJ 2015 fue creada la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera, al cual le fue atribuido un amplio listado de competencias, entre ellas: ejercer la rectoría, supervisión y fiscalización en materia de análisis, control y regulación de costos, precios y márgenes de ganancia; iniciar y sustanciar procedimientos administrativos de fiscalización y sancionatorios, así como imponer sanciones y medidas cautelares.

Al detentar la potestad de imponer las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015, la SUNDDE debe actuar siempre con el objeto de alcanzar los fines propios de la tutela cautelar en sede administrativa y está sujeta a la observancia de los principios que rigen la actividad de la Administración Pública, entre ellos: legalidad, proporcionalidad y racionalidad, los cuales constituyen límites que se imponen en garantía de los derechos de los particulares que pudieren verse afectados por la actividad administrativa.

La SUNDDE también está en la obligación de, antes de imponer alguna medida cautelar, constatar que se cumplen con los presupuestos necesarios para su procedencia, a saber: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Por otra parte, debe tomar en cuenta que las medidas cautelares poseen características propias que las distinguen de otras figuras. Así, si una medida no es instrumental, provisoria, urgente, variable e irreversible, no puede ser considerada como medida cautelar.

A continuación desarrollaremos brevemente los fines, características y presupuestos de las medidas cautelares, así como los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración.

1. Fines de la actividad cautelar de la Administración

La Administración Pública al imponer una medida cautelar en el marco de un procedimiento administrativo, debe hacerlo orientada al cumplimiento de un fin que justifique el ejercicio de esa potestad. Así, resulta importante determinar cuál es el objetivo que se persigue con una medida cautelar en sede administrativa, por una parte, porque es importante que la autoridad administrativa tenga claro por qué y para qué debe actuar y, por otra, porque al ser la medida cautelar un acto ablatorio que limita o restringe los derechos de la persona que debe soportarla, es necesario que la actuación cautelar esté debidamente justificada.

Al delimitar el fin que se persigue con la tutela cautelar en sede administrativa, la autoridad que detenta la potestad de imponer la medida cautelar podrá decidir cuál es la medida más adecuada para cumplir con ese fin, de conformidad con los principios que rigen el ejercicio de la actividad de la Administración, los cuales desarrollaremos posteriormente.

Aunque suelen asimilarse los fines que se persiguen con la imposición de una medida cautelar en el ámbito judicial, con los que se buscan alcanzar cuando dicha medida se impone en el marco de un procedimiento administrativo, existen importantes diferencias entre esos fines, producto de la especial condición en la cual se encuentra la Administración Pública al ejercer sus potestades en virtud del tipo de interés que está llamada a tutelar.

Así, el juez tiene a su cargo la responsabilidad de dirimir como un tercero imparcial un conflicto existente entre dos sujetos y, por ende, su actividad cautelar se circunscribe a la protección del derecho del sujeto a favor de quien se impone la medida. Indica el autor Henríquez La Roche⁶ que, las medidas cautelares que se imponen en un proceso judicial van dirigidas a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo así que se cause o se mantenga un acto perjudicial al interesado o facilitando la actuación futura del mismo.

Destacamos que una situación similar a la de los procesos judiciales se presenta en los procedimientos cuasi jurisdiccionales, en los cuales, de acuerdo a lo indicado por la autora Rondón de Sansó,⁷ la Administración debe

⁶ Ricardo Henríquez La Roche. *Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ediciones Líber. 2000. p 29.

⁷ Hildegard Rondón de Sansó. *El procedimiento administrativo*. Caracas. Colección Estudios No. 1. Editorial Jurídica venezolana. 1976. p 11.

conocer conflictos intersubjetivos que no la afectan y que le son planteados para que decida actuando como juez y no como Administración. En este supuesto el fin que se persigue es atender intereses privados.

Diferente es lo que ocurre en los procedimientos administrativos que no tienen carácter cuasi jurisdiccional, en los que, señala Rondón de Sansó⁸, la Administración actúa en ejercicio de una función administrativa destinada a satisfacer de forma inmediata y permanente los intereses públicos.

En el mismo sentido, García de Enterría y Fernández⁹ señalan que las potestades administrativas, en su mayoría, deben ser ejercidas en servicio de un interés comunitario. La Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija.

Por su parte, el autor Ortiz Ortiz¹⁰ señala que la Administración detenta la potestad de dictar medidas preventivas,¹¹ primordialmente, para proteger intereses colectivos o públicos.

Conforme a la doctrina anteriormente citada, la Administración debe actuar para servir principalmente a intereses generales; comunes; es decir, que la actuación cautelar de la Administración Pública debe estar orientada fundamentalmente a proteger dichos intereses; y ello debe ser así, porque la protección del interés general es, como indica la autora Karina Anzola Spadaro,¹² el fundamento y la razón de ser de la Administración Pública.

Tal como señala dicha autora, la nota que distingue a la Administración Pública del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, y de los particulares, es precisamente que está llamada a velar y a satisfacer los intereses generales de manera directa e inmediata. Allí radica la principal diferencia entre los fines perseguidos por una autoridad administrativa cuando actúa en ejercicio de sus funciones administrativas (no cuasi jurisdiccionales) y los fines perseguidos por un órgano judicial.

⁸ Hildegard Rondón de Sansó. *El procedimiento administrativo*. Op. cit. p 11.

⁹ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I*. Décima Edición. Madrid. Editorial Civitas, 2000. p 445.

¹⁰ Rafael Ortiz Ortiz: *La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa (Análisis de la nueva Constitución Venezolana de 1999 y la Evolución Jurisprudencial)*. Caracas. Editorial Fronesis. 2001. p 174.

¹¹ El autor reserva la denominación medidas cautelares a las que son dictadas en el marco de procesos judiciales y tienen como fin la preservación de un proceso y de la sentencia.

¹² Karina Anzola Spadaro. *Justificación y límites de la aplicación del derecho administrativo a la Administración Pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela*. Revista de la Facultad de Derecho No. 60-61. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2009. p 147.

Sin embargo, es importante destacar que el autor Ortíz Ortíz¹³ considera que las medidas también pueden estar dirigidas a la protección de un interés privado, por ejemplo, cuando se suspenden los efectos de un acto administrativo en el caso de que su ejecución pudiera causar un grave perjuicio al interesado o si la impugnación se fundare en la nulidad absoluta del acto, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).¹⁴

Indica Ortíz Ortíz¹⁵ que en este supuesto previsto en la LOPA se busca evitar que la ejecución del acto cause un perjuicio al administrado, pero destaca que, aun en estos casos el fin último de esa actuación es resguardar el cumplimiento del Estado de Derecho, es decir, mantener la legitimidad del Estado.

Podría entenderse en este sentido que, la actuación de la Administración primordialmente está dirigida a resguardar los intereses públicos y que, en los casos en que actúe protegiendo un interés privado, como sería al decretar la suspensión de efectos de un acto administrativo, estaría actuando también con el fin de proteger el Estado de Derecho, de evitar que actividades de la Administración gravemente perjudiciales o que estén viciadas de nulidad absoluta, mantengan sus efectos en el tiempo.

Por otra parte, es importante destacar la posición de autores como Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹⁶ quienes critican el otorgamiento de potestades cautelares a la Administración Pública cuando actúa en ejercicio de su función natural y principal, es decir su función propiamente administrativa. Señalan que esta potestad solamente podría ser reconocida a la Administración –incluso bajo serios cuestionamientos– cuando resuelve como un tercero un litigio entre dos partes.

Continúan estos autores indicando que, a la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, solamente podrían otorgársele potestades cautelares de manera excepcional y extraordinaria. Tal sería el caso de medidas que tengan como fin suspender los efectos de un acto administrativo durante su revisión por recursos administrativos o para facilitar una investigación en curso pero no para adelantar los efectos de un acto administrativo definitivo.

¹³ Rafael Ortíz Ortíz. Op. cit. p 174.

¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2.818 de fecha 1ero de julio de 1.981.

¹⁵ Rafael Ortíz Ortíz. Op. cit. pp 174 y 175.

¹⁶ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Universidad Católica Andrés Bello UCAB. 2009. pp 232-233.

De la interpretación concordada de los criterios doctrinarios antes expuestos se desprende fundamentalmente que el ejercicio de la potestad de tutela cautelar que se le atribuye a la Administración, al ser una potestad que se realiza generalmente en ejercicio de una función administrativa, debe estar dirigida a proteger el interés común que ella representa. Es este el fin principal que debe procurar la Administración al ejercer una potestad cautelar y es el fin que, reiteramos, debe cumplir el órgano administrativo competente al imponer una medida cautelar en el marco del DLOPJ 2015.

Cabe destacar que el ejercicio de la potestad de imponer medidas cautelares cuando se ejerce como manifestación de la función administrativa, encuentra unos límites; principalmente, debe estar dirigido a proteger los intereses comunes y, además, debe ser desarrollada en observancia de los principios que rigen la actividad de la Administración.

En el desarrollo de este estudio nos referiremos a los principios que orientan y limitan el actuar administrativo, pero antes, consideramos conveniente hacer un paréntesis para abordar el análisis de la potestad discrecional que detenta la Administración por mandato de la Ley, por cuanto observamos que se trata de una potestad que fue otorgada a la Administración de conformidad con el DLOPJ 2015 y cuya ejecución incide enormemente en la selección y determinación del alcance de la medida cautelar que tenga a bien imponer el funcionario competente.

El análisis del alcance y límites de la potestad discrecional de la Administración nos permitirá comprender con mayor facilidad cómo los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad cobran especial relevancia cuando se atribuye el ejercicio de un poder discrecional como el que se otorga a la Administración para imponer medidas cautelares, por constituir aquellos garantías a la preservación de los derechos de los particulares.

2. La potestad discrecional que ejerce la Administración

La discrecionalidad es un elemento que se encuentra presente en el ejercicio en la actividad administrativa, aunque en algunos casos en mayor extensión o grado que en otros. Cabe así destacar lo señalado por el autor Ruan Santos¹⁷ quien refiere que la doctrina y la jurisprudencia reconocen pacíficamente que en el actuar administrativo se combinan siempre áreas de actividad vinculada y de actividad discrecional. Incluso, indica Ruan Santos,

¹⁷ Gabriel Ruan Santos. *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 1998. pp 47 y 48.

que autores como Jean Rivero¹⁸ niegan la posibilidad de actos enteramente reglados o de actos enteramente discrecionales, porque en todos los actos pueden encontrarse en mayor o menor medida aspectos reglados y discrecionales.

Rondón de Sansó¹⁹ visualiza la discrecionalidad como una esfera de libertad dentro del círculo cerrado de la legalidad administrativa, que tiene como fin permitirle a la Administración en ciertos campos específicos, una actuación que no se limite a una simple ejecución de un dispositivo general, puesto que la libertad implica un poder propio de decisión.

La autora señala que, a diferencia de lo que ocurre con la actuación sometida a la regla de la tipicidad, esto es, aquella actividad que debe ceñirse a la forma y elementos ya delineados por la norma, en la actuación discrecional la Ley acuerda a la Administración un margen legal dentro del cual ella puede pronunciarse en forma espontánea, no sujeta a condicionamientos previos.²⁰

Esa discrecionalidad con la que puede actuar la Administración en determinados casos, se atribuye porque es indispensable, en palabras de Brewer Carías,²¹ para que pueda realizar sus fines, ya que la ley no podría regular todas las relaciones jurídicas que se producen en la sociedad, cambiantes y complejas.

En un sentido similar a Brewer Carías se ha pronunciado Ruan Santos,²² quien indica que el dinamismo de la vida contemporánea ha llevado al legislador a atribuir a la Administración el poder de dictar actos o medidas innominadas o atípicas para poder afrontar situaciones que difícilmente pueden ser reguladas mediante Ley.

Por su parte, sobre la potestad discrecional también se ha pronunciado el autor Miguel Ángel Torrealba,²³ quien siguiendo a García De Enterría y

¹⁸ Haciendo referencia a la obra del autor llamada “*Derecho Administrativo*” Traducción del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1.984.

¹⁹ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización/Actos Internos*. Segunda Edición. Caracas. Ediciones Líber, 2.000. p 54.

²⁰ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa...* Op. cit. pp 57-58

²¹ Allan Brewer Carías. *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Colección Estudios Administrativos No. 1. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1980. p 204.

²² Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 29.

²³ Miguel Ángel Torrealba Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones en la doctrina venezolana*. Caracas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV) No. 8. Enero-abril 2016. Universidad Monteávila. p 227. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/Discrecionalidad-administrativa%E2%80%A6-Miguel-Angel-Torrealba.pdf>

Fernández indica que, se estará en presencia de potestades discrecionales, en los casos en los que la Ley remite a la Administración Pública para sea ella quien fije alguna de las condiciones de ejercicio de una potestad “bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en lo concerniente al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (fijación del quantum) o incluso a ambos”.²⁴

Concluye el autor Torrealba, siguiendo a Parejo Alfonso, indicando que la potestad discrecional es aquella que no está definida anticipadamente por la norma jurídica en todos sus aspectos, por ello remite a la Administración la toma de una posición pertinente (en grado variable), de acuerdo a su juicio o voluntad.²⁵

Debe destacarse que la discrecionalidad que atribuye la Ley a la Administración puede recaer sobre la posibilidad de emanar el acto (an); sobre el contenido del acto (quid) o sobre la forma y modalidades del acto (quomodo), esto según la tipificación de las fórmulas discrecionales propuesta por Giannini, citado por Ruan Santos.²⁶

Rondón de Sansó²⁷ explica con detalle que el “an” implica que la potestad discrecional puede recaer sobre la oportunidad en que debe ser dictada la providencia administrativa, es decir, sobre el cuándo procede. Si la discrecionalidad se ejerce con respecto al “quid”, la Administración puede decidir sobre el contenido del acto, sobre la “acción misma”, esto es, autorizar, sancionar, revocar, prohibir, negar. Por último, el poder discrecional puede recaer sobre el “quomodo”, es decir, sobre el cómo ha de producirse la providencia, permitiéndose en este caso a la Administración señalar el medio que ha de ser utilizado: el monto, la forma, la medida, la extensión.

En todo caso consideramos que, si bien se atribuye una potestad discrecional, la actuación que en ese sentido realice la Administración debe llevarse a cabo dentro de determinados límites que buscan garantizar que el ejercicio de ese poder no se convierta en una actividad arbitraria.

²⁴ Miguel Ángel Torrealba Op. cit. p 227. El autor a su vez hace referencia a lo indicado sobre la potestad discrecional por los autores García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I*, Duodécima edición, Thomson Civitas. Madrid, 2004. p 461.

²⁵ Miguel Ángel Torrealba Op. cit. p 227. El autor a su vez hace referencia a lo indicado sobre la potestad discrecional por Luciano Parejo Alfonso y otros: *Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1*. 4º Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996, p. 371.

²⁶ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 46, quien cita la obra de Massimo Giannini *Atto Amministrativo* en Enciclopedia del Diritto, Volumen IV. Milano, 1959.

²⁷ Hildegard Rondón de Sansó. *Teoría General de la Actividad Administrativa...* Op cit. pp 58-59

Así, la actuación administrativa que se manifieste en ejercicio de una potestad discrecional debe ser ajustada al principio de legalidad, pero también proporcional y racional. En palabras del autor Brewer Carías, la actuación debe ser proporcional, en el sentido de que debe existir exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizados para cumplir tal fin.²⁸ También debe ser racional, es decir, lógica y congruente, en cuanto a la oportunidad de actuar y en el apoyo técnico que requiera la actuación.²⁹

A continuación haremos referencias a los principios legalidad, de racionalidad y proporcionalidad como límites que se imponen a la actividad administrativa, especialmente cuando se ejerce una potestad discrecional como la que otorga, por ejemplo, el DLOPJ 2015 a la Administración para la imposición de medidas cautelares.

3. Principios que rigen la actividad administrativa

Aunque son varios los principios que rigen la actividad administrativa, a continuación haremos referencia únicamente al principio de legalidad, de ineludible observancia para la Administración en todas sus actuaciones, y a los principios de proporcionalidad y racionalidad, que encuentran especial aplicación cuando se ejerce la potestad de imponer medidas cautelares, por cuanto el ejercicio de esta potestad es una manifestación de la actividad de policía de la Administración, caracterizada por limitar el actuar de los particulares en atención al aseguramiento del orden público³⁰ y, agregamos, porque la actividad cautelar va atada al ejercicio de un poder discrecional.

En este sentido, al encontrarnos frente a una actividad de limitación del ejercicio de derechos y frente a poderes discrecionales, es imprescindible que la actuación cautelar que realice la Administración sea proporcional al fin que se pretende alcanzar y, además, razonable como indicaremos en el siguiente aparte.

A. Principio de legalidad

Es uno de los principios más importantes que rigen la actuación del Poder Público y, por ende, la actuación administrativa. En ese sentido, indica el

²⁸ Allan Brewer Carías. Op. cit. p 220.

²⁹ Allan Brewer Carías. Op. cit. p 216.

³⁰ Así lo señala la autora María Amparo Grau en la obra *“La actividad administrativa de policía y la garantía de los derechos constitucionales”*. Las formas de la Actividad Administrativa. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas. FUNEDA. 1996. p 126.

autor Moles Caubet³¹ que dicho principio es el fundamento del Derecho Administrativo y representa algo más que una simple directiva, puesto que sirve de soporte legal a la Administración Pública, convirtiéndola en Administración legal.

Señala también Moles Caubet que el principio de legalidad puede enunciarse en estos términos: “toda actividad derivada de una función administrativa estará regida por la Ley y/o las demás normas a ella subordinadas”.³²

Es decir, que el principio de legalidad implica el sometimiento de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico y, tal como indica nuevamente Moles Caubet, en él subyace la vieja idea política³³ de impedir cualquier actuación arbitraria del Poder Público.

El autor Manuel Rebollo Puig³⁴ se refiere al principio de legalidad como aquel conforme al cual la Administración, en ninguna de sus actividades, puede vulnerar el ordenamiento jurídico.

Indica también este reconocido autor que, la legalidad a la cual se refiere dicho principio implica un sometimiento de la Administración no solamente a las leyes, sino al conjunto del Derecho. La legalidad, en este contexto se entiende como un sometimiento a todo el ordenamiento jurídico.³⁵

Queda en ese sentido la Administración, impedida de vulnerar la Constitución, las leyes (o normas equivalentes), los tratados internacionales, en cuanto pasen a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, el derecho comunitario, de ser el caso, los principios generales del derecho y la costumbre, en la medida que rijan la actuación de la Administración.³⁶

Por su parte, García de Enterría y Fernández³⁷ señalan que el principio de legalidad opera como una cobertura legal del actuar de la Administración; solamente cuando se cuenta con esa cobertura la actuación es legítima.

³¹ Antonio Moles Caubet. *“Implicaciones del principio de legalidad”*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. 2. (1970-1971). Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1.972. p 140

³² Antonio Moles Caubet. Op. cit. p 140.

³³ Antonio Moles Caubet. Op. cit. p 139.

³⁴ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Revista de la Facultad de Derecho No. 60-61. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2009. p 283.

³⁵ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 284.

³⁶ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 283.

³⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Op. cit. p 441.

El autor Lares Martínez³⁸ señala al respecto que, la aplicación del principio de legalidad a la Administración impone a las autoridades administrativas el deber de ceñir sus decisiones al conjunto de normas previamente establecidas en la Constitución, en las leyes, decretos-leyes, tratados, reglamentos, ordenanzas y demás fuentes escritas de derecho, así como a los principios no escritos que forman parte del ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, el autor Tomás Hutchinson³⁹ señala que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, esto significa, sujeta a los actos legales y parlamentarios que conforman el bloque de la legalidad, lo cual es exigencia de un Estado de Derecho.

Es de resaltar que, además de no poder actuar en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico (lo cual ha sido denominado por la doctrina como vinculación negativa de la Administración al ordenamiento), la Administración solamente puede hacer lo que le está permitido por la ley. Así lo señala, por ejemplo, el autor Manuel Rebollo Puig.⁴⁰

En ese sentido, el referido autor indica que la Administración actúa en virtud de las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para los fines establecidos por este. Por ello resulta importante tener claro qué es lo que el ordenamiento permite hacer a la Administración, cómo condiciona el ordenamiento la actividad de la Administración, es decir, si el ordenamiento parte de la regla general que le da libertad para hacer cualquier cosa (dentro de los límites derivados de la vinculación negativa) o si, al contrario, solamente le autoriza a hacer ciertas cosas o si exige apoderamientos específicos y con determinadas actuaciones para cada caso.⁴¹

En cuanto al reconocimiento del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, vale destacar que el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo contempla en los siguientes términos: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

³⁸ Eloy Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 2001. pp 166 167

³⁹ Tomás Hutchinson. *La actividad administrativa de la policía y la garantía de los derechos constitucionales*. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino. 1996. p 110.

⁴⁰ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. p 285.

⁴¹ Manuel Rebollo Puig. *El principio de legalidad de la Administración*. Op. cit. pp 285 y 286.

Conforme a dicho artículo, la Constitución y la Ley atribuirán las competencias para actuar a los órganos del Poder Público y dichas actuaciones deben ceñirse a las disposiciones en ellas establecidas. Es decir, que la legalidad de la actuación administrativa dependerá de si la Administración actúa de acuerdo a lo exigido y permitido por la Constitución, por la ley y, agregamos, por las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico.

En efecto, señala el autor Alejandro Galotti⁴² que la creación de atribuciones a los órganos del Poder Público queda reservada a la Constitución y la Ley, pero ello no obsta para que, mediante normas de rango sub legal, se desarrollen y distribuyan posteriormente dichas atribuciones. En este sentido, continúa el autor indicando que las actividades y funciones del Estado deben realizarse conforme a lo exigido por la Constitución, leyes y demás normas de rango sub legal que, agregamos, conforman lo que la doctrina francesa (Hauriou) ha denominado el bloque de la legalidad.⁴³

Así se desprende también del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública,⁴⁴ el cual establece en el artículo 4 que, la asignación y distribución de competencias a la Administración Pública, así como su ejecución, está sujeta a las disposiciones constitucionales, legales y a las normas dictadas en ejecución de las leyes.

Basándonos en los criterios doctrinarios y en la normativa antes expuesta, podemos concluir que la observancia del principio de legalidad es fundamental para el ejercicio de la actividad de la Administración Pública. La actuación que tenga a bien realizar la Administración en el ejercicio de sus funciones debe llevarse a cabo dentro de los límites impuestos por la norma, so pena de convertirse en una actuación arbitraria e ilegal.

De esa forma, la actividad administrativa que tenga como fin imponer una medida cautelar debe ser ejercida en atención a la norma atributiva de competencia, es decir, debe realizarse solamente cuando así lo permite la

⁴² Alejandro Galotti. *Los principios rectores de los procedimientos administrativos en las leyes habilitadas de 2014*. Caracas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo No. 6. Mayo-agosto 2015. Universidad Monteávila. 2015. pp 151-152.

⁴³ Sobre este punto ver *El Principio de Legalidad* de Gonzalo Pérez Luciani, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Serie Estudios. 81. Año 2009) en el cual el autor desarrolla este principio desde la perspectiva de la doctrina francesa, española, italiana y venezolana. Con relación al principio de legalidad en la doctrina francesa destaca el aporte de Hauriou, a quien se atribuye la creación de expresiones como “*bloque legal de leyes y reglamentos*” y quien trata el principio de legalidad como sometimiento al bloque legal, en el cual se incluyen no solamente la Ley sino también los reglamentos como reglas de derecho comprendidas en la legalidad entendida en sentido amplio. pp 11 y 12.

⁴⁴ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

norma y en los términos por ella indicados, incluso cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales comúnmente atribuidas a la autoridad administrativa para el cumplimiento de su función cautelar.

B. Principios de racionalidad y proporcionalidad

El desarrollo teórico de los principios de racionalidad y proporcionalidad se realizará de manera conjunta porque están estrechamente vinculados, como se explicará a continuación.

Sobre la racionalidad, es importante destacar que el autor Enrique Meier⁴⁵ aborda el desarrollo de dicho principio resaltando la relevancia que representa lo que denomina la racionalidad jurídica como base de la coherencia, la plenitud y legitimidad de todo el ordenamiento jurídico.

El mismo autor, citando a su vez a Manuel Atienza,⁴⁶ señala que la racionalidad se entiende como el eje central de todo proceso de producción y aplicación del Derecho en torno al cual giran las diversas prácticas y manifestaciones jurídicas, la legislación, la jurisdicción y la aplicación del derecho.

Se puede observar que Meier desarrolla la racionalidad jurídica como un concepto abstracto; se busca con ella que exista coherencia y armonía dentro del ordenamiento jurídico, lo cual supone una articulación racional desde la formación primaria de las normas hasta su aplicación más concreta a través de sentencias y actos administrativos.

Es importante resaltar el análisis que realiza Meier sobre este punto, por cuanto debemos ser enfáticos en señalar que la racionalidad no es un principio que rige exclusivamente la actuación administrativa, sino que, también regula la actividad legislativa o de ordenación.

Para poder determinar cuándo una actuación del Poder Público es racional, consideramos importante hacer referencia al test de razonabilidad que menciona Meier⁴⁷ citando a su vez al autor Martínez Pujalte. Dicho test consta de tres elementos: i) el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; ii) el examen de la

⁴⁵ Eduardo Enrique Meier. *La clausura temporal de establecimiento desde la perspectiva constitucional y el garantismo penal*. Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez. Caracas. Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). 2006. pp 617-618.

⁴⁶ Meier cita en su obra al autor Manuel Atienza. *“Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico”* Barcelona. Editorial Ariel. 1993. p 238.

⁴⁷ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 615. El autor cita a Antonio Martínez Pujalte *“La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. pp 21 y 22.

necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa y, por último, iii) el denominado principio de proporcionalidad, que intenta valorar si la lesión es proporcional al fin que con ella se pretende alcanzar.

En definitiva, una actuación del Poder Público será racional en la medida en que cumpla con estos tres elementos, es decir, que debe ser capaz de proteger al bien que se pretende tutelar; solamente podría afectar un derecho cuando no exista una actuación menos gravosa y, además, debe existir proporción entre la lesión que causa la actuación y el fin que se busca lograr con ella.

Por otra parte, el autor Gabriel Ruan Santos⁴⁸ al analizar los principios de proporcionalidad y racionalidad en el marco de la legislación venezolana sobre procedimientos administrativos, refiere a la autora Rondón de Sansó,⁴⁹ quien considera que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) configura el principio de racionalidad como patrón de la discrecionalidad. Dicho principio se desdobra en la necesaria proporcionalidad como criterio cuantitativo y en la adecuación como criterio cualitativo.

Ruan Santos⁵⁰ señala que este principio de racionalidad administrativa ha sido desarrollado por la jurisprudencia del derecho administrativo argentino y uruguayo con inspiración del Derecho Público norteamericano, bajo la denominación de principio de razonabilidad.

Continúa el autor indicando que la razonabilidad ha sido estudiada particularmente con respecto al ejercicio del poder de policía, como lo señalan autores como Bartolomé Fiorini. En este sentido, a fin de describir cuáles son los principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida, Ruan cita a Fiorini⁵¹, quien enumera dichos principios de la siguiente forma: i) la limitación debe ser justificada; ii) el medio utilizado (cantidad y modo de la medida) debe ser adecuado al fin deseado; iii) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente y, iv) todas las medidas deben ser limitadas.

⁴⁸ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. p 60.

⁴⁹ Ruan Santos refiere en este punto a la lectura de Rondón de Sansó en *La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Brewer Carías, Rondón de Sansó y Urdaneta Troconis. Caracas, 1981.

⁵⁰ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. pp 62 y 63.

⁵¹ Ruan Santos hace referencia a la obra de Fiorini llamada *Poder de Policía*. Buenos Aires, 1958. p 149.

Es importante también destacar la posición de Brewer Carías⁵² con respecto a este principio. El autor señala que uno de los límites que se imponen a la actividad discrecional de la Administración es la racionalidad, esto es, la consecuencia del principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La racionalidad de la actuación de la Administración se exige en cuanto a la oportunidad de actuar y en el apoyo técnico que requiera la actuación.

En cuanto a la **proporcionalidad** como principio que sirve de límite a toda actividad del Poder Público, Meier,⁵³ citando a José Ignacio López González, señala que la proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de derechos como en la imposición de deberes y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos, en la línea de su menor perjuicio posible.

Continúa Meier haciendo referencia al autor López González, esta vez indicando que el principio de proporcionalidad trata de imponer al Estado un ejercicio moderado de su poder. Esta moderación podría lograrse si la actuación se realiza considerando siempre las diversas expresiones del principio de proporcionalidad: adecuación entre los medios y el fin; la elección del medio más idóneo o de la menor restricción posible del bien o del derecho protegido por la norma, o finalmente, de la justa medida.

En este mismo sentido, señala el autor Urdaneta Sandoval⁵⁴ que el principio de proporcionalidad deriva de la prohibición general que se impone a los poderes públicos de realizar actuaciones arbitrarias. Este principio demanda la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos.

El principio de proporcionalidad que, como ya indicamos, está íntimamente vinculado a la racionalidad, ha sido desarrollado por la doctrina venezolana sobre la base de lo establecido en el artículo 12 de la LOPA, considerándose también un límite al ejercicio de potestades discrecionales.

La autora Jaqueline Lejarza⁵⁵ al referirse a este principio indica que las medidas adoptadas por un órgano o ente de policía administrativa, deben

⁵² Allan Brewer Carías. Op. Cit. p 216.

⁵³ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 622 cita sobre este punto la obra de López González denominada *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. Sevilla. 1.988. p 41.

⁵⁴ Carlos Urdaneta Sandoval. *Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Administrativo Formal Venezolano. Con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino, 2004. p 123.

⁵⁵ Jacqueline Lejarza. *La actividad de policía administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. pp 85-86.

guardar adecuación y proporción con las circunstancias, tal como lo establece el artículo 12 de la LOPA que limita el ejercicio de la potestad discrecional.

El autor Tomás Hutchinson,⁵⁶ por su parte, indica que la actuación administrativa debe ser proporcional al fin público al que debe responder, lo cual supone que los medios empleados se correspondan con los resultados. No existe proporcionalidad cuando las normas o medidas administrativas no guardan adecuación con los fines que persigue el ordenamiento.

Ruan Santos⁵⁷ cita al autor Brewer Carías, quien indica que el artículo 12 de la LOPA postula como principios limitantes de la libertad de juicio de la Administración, la proporcionalidad y la adecuación entre los hechos concretos, la hipótesis normativa y los fines de la ley, razón por la cual, el acto administrativo debe ser racional, justo y equitativo en relación con sus motivos.

En resumen, la racionalidad y la proporcionalidad exigen a la Administración que sus actuaciones se realicen respetando la debida adecuación que debe existir entre el medio que se utilice para alcanzar el fin propuesto por la norma. De manera que, la actuación administrativa debe estar precedida de una valoración que permita a la Administración adoptar una medida que, logrando el objetivo trazado por la norma, resulte menos lesiva a los derechos del sujeto a quien afecta negativamente.

Se trata de límites que, como ya indicamos, intentan garantizar que la actuación de la Administración se realice lo más apegada a la lógica, a la racionalidad y a la proporcionalidad; ello como una forma de proteger a quien se ve directamente afectado por las restricciones impuestas por la autoridad administrativa y de preservar la legitimidad de actividad de la Administración.

4. Características de las medidas cautelares

Realizadas las delimitaciones anteriores en cuanto a los fines que persigue la Administración en ejercicio de potestades cautelares y los principios que rigen la actuación administrativa, es necesario ahora referirnos a las características propias de las medidas cautelares.

⁵⁶ Hutchinson, Tomás: *Las Formas de la Actividad Administrativa*. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Torino, 1996.

⁵⁷ Gabriel Ruan Santos. Op. cit. pp 61-62. El autor hace referencia a lo expresado por Brewer Carías con relación a la proporcionalidad y la racionalidad que postula el artículo 12 de la LOPA, en su obra *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas, 1.985 pp 45 y sig.

El autor Ricardo Henríquez La Roche⁵⁸ realiza un estudio de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil venezolano y hace referencia a las características de dichas medidas. Aunque se trata de un estudio que aborda el tema de las medidas cautelares dentro de un proceso judicial, cuyos fines, como ya indicamos, no son exactamente iguales a los que se pretenden alcanzar con la tutela cautelar en sede administrativa, desarrollaremos las características que enumera y describe el autor por cuanto consideramos que sirven también para distinguir las medidas cautelares que se imponen en el curso de un procedimiento administrativo.

Dichas características revelan principalmente la función de la medida cautelar dentro del proceso o procedimiento, independientemente del tipo de interés que se pretende tutelar (sea público o privado), razón por la cual, las consideramos de suma utilidad a fin de resaltar sus rasgos distintivos. Coincidimos así con lo señalado por el autor Cárdenas Perdomo, quien ha expresado que para hablar de las medidas cautelares administrativas (entendidas como aquellas que se dictan en el curso de procedimientos administrativos) debe realizarse una aproximación a la teoría que se ha desarrollado en vía judicial en materia cautelar, para de esa forma desentrañar sus elementos más importantes a fin de estudiarlos y aplicarlos en las medidas que se imponen en la vía administrativa.⁵⁹

El autor Henríquez La Roche⁶⁰ señala que la doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo con respecto a cuáles son las características de las medidas cautelares y cómo deben denominarse; sin embargo, realiza una enumeración basándose en la doctrina por él estudiada, de las cuales destacamos por la utilidad que representan para este estudio, las siguientes: instrumentalidad, provisoriedad, variabilidad, urgencia y, el carácter restringido con el que se aplican las medidas cautelares, por ser de derecho estricto.

A continuación nos referiremos en detalle a cada una de las características antes mencionadas, citando para ello a otros autores que también han abordado el análisis y estudio de las medidas cautelares. Agregaremos al listado de características citadas por Henrique La Roche a la reversibilidad, por cuanto consideramos que es un rasgo distintivo de las medidas cautelares que merece una mención dentro de este análisis.

⁵⁸ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 39 y sig.

⁵⁹ Carlos Cárdenas P: *Medidas Cautelares Administrativas*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1998. p 17.

⁶⁰ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 40 y sig.

A. Instrumentalidad

El ilustre procesalista Piero Calamandrei,⁶¹ uno de los más insignes exponentes del derecho procesal, señala que la instrumentalidad es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; son instrumentales porque no son nunca un fin en sí mismas ni pueden aspirar a ser definitivas; están ineludiblemente ordenadas a la emanación de una providencia ulterior definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

Indica Calamandrei que “hay en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho”.

Esta afirmación de Calamandrei sirve para destacar que será la providencia definitiva la que se pronuncie sobre el fondo del asunto. No compete a las providencias cautelares pronunciarse sobre el mérito de la controversia, puesto que, lo que buscan garantizar, es que esa decisión de fondo pueda ser efectivamente ejecutada.

Al respecto, señala Henríquez La Roche⁶² que el concepto de instrumentalidad que ofrece Calamandrei puede resumirse en la siguiente frase: *ayuda de precaución anticipada y provisional*. Se destaca de esta forma el carácter preventivo de la medida cautelar.

Por su parte, el autor Cárdenas Perdomo⁶³ indica que de la función instrumental de las medidas se derivan una serie de consecuencias: i) si la medida está pre ordenada a un proceso pendiente, únicamente podrá imponerse si el proceso fue iniciado y, por otra parte, ii) una vez finalizado el proceso principal, la medida debe extinguirse.

La autora Carmen Chinchilla⁶⁴ menciona entre las características de las medidas cautelares a la instrumentalidad o subsidiariedad, destacándola como la nota principal de las medidas cautelares. Así, luego de indicar que fue el reconocido autor Piero Calamandrei quien hizo énfasis en destacar a la

⁶¹ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*” En compilación de obras sobre medidas cautelares de la editorial Rubinzal-Cunzoni. pp 483 y 484

⁶² Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 39.

⁶³ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

⁶⁴ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. p.32 citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 108. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

instrumentalidad como la nota definitoria de las medidas cautelares en virtud de que nacen a la espera y previsión de una decisión final, Chinchilla refiere que de la instrumentalidad deriva que la vida de la pretensión cautelar sigue la suerte de la pretensión principal desde el inicio hasta el final.

En ese sentido, Chinchilla indica que, las medidas cautelares al seguir la suerte de la pretensión principal, pueden sufrir modificaciones durante el proceso si también las sufre la pretensión principal y, se extinguen cuando se procede a la ejecución de la sentencia.

La autora Karina Anzola Spadaro⁶⁵ también hace referencia a la instrumentalidad como una característica propia de las medidas cautelares. Así, luego de citar a Calamandrei, quien como ya indicamos anteriormente destaca, entre otros aspectos, que las medidas cautelares están pre ordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y que tienen como finalidad asegurar su eficacia práctica que servirá a su vez para actuar el derecho, concluye que la nota verdaderamente distintiva de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental.

Ese carácter instrumental (en contraposición a autónomo) que destaca la autora Anzola Spadaro, supone que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, no buscan resolver un asunto de manera directa y definitiva, sino que, constituyen un medio para lograr que la decisión final que se dictará posteriormente pueda ser efectiva y no quede ilusoria en la práctica. Es de ese carácter instrumental que deriva a su vez el carácter provisorio y reversible de las medidas cautelares.

Por su parte, el autor Urdaneta Sandoval⁶⁶ cita la definición de la autora María Pía Calderón Cuadrado sobre la instrumentalidad o accesoriedad, indicando que consiste en una relación de servicio que vincula a la cautela con el proceso principal, de manera que, no es un fin en sí misma sino un medio para garantizar la efectividad de los resultados de dicho proceso.

El autor argentino Ezequiel Cassagne,⁶⁷ se ha referido también a las características de las medidas cautelares, específicamente de aquellas que son

⁶⁵ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Revista de Derecho Público No. 115. Caracas. Editorial Jurídica Venezuela. pp 272 y 273.

⁶⁶ Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Revista de la Facultad de Derecho No. 59. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 115. El autor cita a su vez a María Pía Calderón Cuadrado. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Editorial Civitas. Madrid. 1992. p 39 y75-76

⁶⁷ Ezequiel Cassagne. *“Las medidas cautelares contra la Administración”*. p 6 http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administrac

dictadas en el curso de procesos judiciales. Al momento de desarrollar la instrumentalidad o accesoriadad de las medidas cautelares, Cassagne cita a Calamandrei para destacar que las medias cautelares no tienen un fin en sí mismo sino que, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior.

Resalta igualmente Cassagne⁶⁸ que, autores como Carnelutti que defienden el criterio del proceso cautelar, no se apartan la idea de la instrumentalidad de dicho proceso y consideran que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso (el definitivo).

Basándonos en lo que ha señalado la doctrina antes citada, observamos que la instrumentalidad es una característica fundamental de las medidas cautelares que resalta la función de estas medidas con respecto a la decisión de fondo que se dicte al término de un procedimiento; nacen fundamentalmente a la espera de esa decisión.

B. Provisoriedad

El autor Calamandrei⁶⁹ al desarrollar el tema de la provisoriedad de las providencias cautelares, señala que lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. Provisorio equivale a interino y ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

Para Cárdenas Perdomo,⁷⁰ luego de citar al autor Calamandrei, la provisoriedad implica que la existencia de las medidas está vinculada a la emisión del acto final en función del cual fueron dictadas. De allí que los efectos de la providencia cautelar son limitados en el tiempo, puesto que cesarán cuando sea sustituida por la decisión definitiva.

En este sentido, señala Cárdenas Perdomo que las providencias cautelares tienen cualidad provisoria por cuanto los efectos constituidos por éstas no solo tienen duración temporal sino que, tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la providencia cautelar y la definitiva.

ion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf

⁶⁸ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 6.

⁶⁹ Piero Calamandrei. Op. cit. p 475.

⁷⁰ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

Henríquez La Roche⁷¹ cita a Calamandrei al igual que Cárdenas Perdomo, para concluir que las medidas cautelares nacen a la espera de un acto posterior; surten un efecto provisorio que será sustituido por un efecto de carácter permanente que deriva de la emisión de una providencia definitiva.

Urdaneta Sandoval⁷² cita a su vez a la autora María Pía Calderón, quien indica con respecto a este punto que las medidas cautelares son, en esencia, situaciones temporales cuya duración está limitada a la resolución definitiva del litigio o a su no iniciación, en virtud de su vinculación con el proceso principal, razón por la cual no pueden considerarse bajo ningún supuesto como situaciones perdurables.

La autora Carmen Chinchilla⁷³ se ha referido también a la provisoriedad como una característica de las medidas cautelares, indicando que dicha provisoriedad se refiere a la vigencia temporal de la tutela cautelar, que pierde su eficacia cuando emana la decisión de fondo, ya sea reconociendo el derecho o negando su existencia.

Por su parte, la autora Karina Anzola Spadaro⁷⁴ al referirse a algunas de las características de las medidas cautelares, resalta la importancia de la provisoriedad como rasgo distintivo de este tipo de medidas. A tal efecto señala que, el carácter provisorio de una medida cautelar supone la existencia de un evento futuro (decisión definitiva que resuelve la controversia) y los efectos de dicha medida se extenderán hasta que se dicte el fallo principal, final o definitivo.

Indica también la autora Anzola Spadaro, que la provisoriedad no resulta suficiente por sí sola para definir el carácter cautelar de una medida, puesto que, si bien es una nota esencial de las medidas cautelares, no es exclusiva de ellas. Considera la autora (parafraseando a Calamandrei) que, toda medida cautelar es provisorio, pero no toda medida provisorio es, necesariamente, cautelar. En ese sentido, señala coincidir con el autor Calamandrei, quien concluye que el carácter típico de las providencias cautelares es, más bien, la instrumentalidad.

⁷¹ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p 40.

⁷² Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares...* Op. cit. p 117.

⁷³ Carmen Chinchilla. *“La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa”* Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civital 1.991. p.34. citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 108 <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

⁷⁴ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Op. cit. p 272

Observamos así que, conforme a lo indicado por los autores mencionados anteriormente, el carácter provisorio de las medidas cautelares deriva de la instrumentalidad. Al estar al servicio y a la espera de una providencia definitiva, necesariamente sus efectos se mantendrán solamente durante el tiempo que transcurra entre la fecha de la imposición de la medida cautelar hasta el momento en que se dicte la decisión definitiva.

Sin embargo, vale destacar, es posible que la medida cautelar no se mantenga vigente y surtiendo efectos hasta el momento en que se dicte la decisión de fondo, puesto que, tal como indicaremos a continuación, podría ser sustituida o revocada en el curso del procedimiento.

C. Variabilidad o mutabilidad

El autor Cárdenas Perdomo⁷⁵ indica que, aunque la providencia cautelar haya sido ejecutoriada, es posible su modificación si ha variado la situación de hecho que dio lugar a su imposición o porque, luego de realizar un estudio más detallado de los elementos que sirvieron de fundamento para la declaratoria de la medida, se concluya que esta no era procedente.

En el mismo sentido, Henríquez La Roche⁷⁶ señala que las medidas cautelares pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas, porque dependen del carácter mutable o inmutable de la situación de hecho que dio origen a la imposición de la medida.

Urdaneta Sandoval,⁷⁷ citando a su vez al autor Fairén, indica que, si en el transcurso del proceso principal desaparece el *fumus boni iuris* que dio lugar a la imposición de la medida cautelar, dicha medida puede y debe desaparecer, sin perjuicio de que “si torna a surgir en el proceso principal aquel *fumus boni iuris*, torna a aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada)”.

Por su parte, el autor argentino Luis Carranza Torres⁷⁸ también ha reconocido que las medidas cautelares siempre pueden ser modificadas si cambian las circunstancias fácticas que la motivaron, es decir, cuando se modifican las circunstancias de hecho existentes al momento de ser dictadas.

⁷⁵ Carlos Cárdenas P. Op cit. p 26.

⁷⁶ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. p. 41.

⁷⁷ Carlos Urdaneta Sandoval. *Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares...* Op. cit. p 117. El autor cita a su vez a Victor Fairen Guillén. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1990. p 47.

⁷⁸ Luis Carranza Torres. *“Medidas cautelares respecto de la Administración Pública”*. Ediciones Alveroni. Argentina 2005. p 161.

De acuerdo con lo indicado por los autores antes mencionados, una de las características de las medidas cautelares es que luego de haber sido dictadas puedan ser sustituidas o revocadas si las situaciones fácticas que motivaron su imposición desaparecen o cambian, lo cual resulta lógico puesto que, si dichas circunstancias de hecho varían, no tendría sentido mantener una protección cautelar que se torne innecesaria o incluso insuficiente, dependiendo del caso.

Tampoco tendría sentido sustituir una medida cautelar que ya ha causado efectos definitivos afectando derechos e intereses, y es allí donde cobra importancia el carácter reversible de las medidas cautelares, al cual nos referiremos a continuación.

D. Reversibilidad

Aunque nos hemos basado en la descripción de las características que realiza el autor Henríquez La Roche, quien no menciona expresamente a la reversibilidad como una de ellas, es necesario detenernos a explicarla brevemente, por la importancia que representa para delinear el alcance de una medida cautelar y su función dentro del procedimiento.

Autores como Anzola Spadaro⁷⁹ han destacado la reversibilidad como característica de las medidas cautelares, señalando que, junto a la provisoriedad, derivan de su carácter instrumental.

En el mismo sentido Herrera Orellana, Canova y Anzola Spadaro,⁸⁰ han reconocido que la reversibilidad es una característica que distingue a las medidas cautelares, señalando que, si una medida cautelar tiene efectos definitivos, no puede ser reversible y, por ende, tampoco puede ser instrumental, siendo esta la nota fundamental para que una medida pueda ser cautelar.

Por su parte, el autor Alejandro Gallotti⁸¹ al hacer referencia a las medidas preventivas sobre la propiedad privada, menciona someramente algunos elementos característicos de las medidas cautelares, destacando que sus efectos no pueden ser definitivos, lo cual significa que sus consecuencias preventivas puedan ser restablecidas o rectificadas una vez sus efectos hayan cesado, bien porque culminó el período de tiempo por el cual había sido

⁷⁹ Karina Anzola. *El carácter autónomo de las medidas preventivas contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios*. Op. cit. p 274

⁸⁰ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op. cit. p 230.

⁸¹ Alejandro Gallotti. *La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela*. Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2015. p 190.

impuesta, porque se dictó la decisión definitiva del procedimiento o porque la medida fue revocada.

De lo expuesto por el autor Alejandro Gallotti se desprende el carácter reversible de las medidas, en el sentido de que si fenecen los efectos de una medida cautelar, la situación jurídica afectada o alterada por su imposición puede ser restablecida. Ello evidentemente no podría ocurrir en el caso en que la medida impuesta tenga efectos definitivos.

La reversibilidad se presenta así como una característica fundamental de las medidas cautelares, por lo que, tanto el legislador como la Administración deben ser en extremo cuidadosos al determinar cuál medida es capaz de cumplir el fin cautelar que se persigue. No tendría sentido contemplar en una Ley como medida cautelar, una figura cuyos efectos son similares a los de una sanción y, por ende, irreversibles, tampoco tendría sentido que la Administración pretenda tutelar preventivamente un derecho o interés imponiendo medidas cautelares con efectos definitivos.

E. Urgencia

Con respecto a la urgencia con que deben ser impuestas las medidas cautelares, el autor Calamandrei, al referirse a la noción del *periculum in mora*, señala que:

No basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.⁸²

Destaca así Calamandrei que por el hecho de existir una situación de peligro que podría causar un daño o que agravaría un daño ya causado, se hace necesaria la imposición inmediata y urgente de la medida cautelar para que esta pueda cumplir su función preventiva dentro del proceso. En consecuencia, si una medida cautelar no es impuesta de manera urgente, su función preventiva podría quedar frustrada de materializarse o agravarse el daño que pretende evitar.

En el mismo sentido se pronuncia Henríquez La Roche⁸³ para quien la urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares. Son un

⁸² Piero Calamandrei. "Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares" Op. cit. p. 480.

⁸³ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 43-44

medio efectivo y rápido que suple la necesidad de intervenir en garantía de una situación de hecho.

Señala el autor que la causa que impulsa la imposición de una medida cautelar es el peligro derivado del retardo en la administración de justicia. Es por ello que solo es necesario para dictar una medida cautelar, que exista un indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante

Se desprende de lo indicado por Henríquez La Roche, que la urgencia de imponer la medida deriva de la imperante necesidad de asegurar que el derecho del solicitante no sea afectado por una conducta que, se presume, constituye un peligro para el ejercicio del derecho o para la ejecución de la decisión de fondo que resuelve la pretensión.

Es por ello que la urgencia justifica que la medida cautelar sea impuesta sobre la base de una presunción. Así, Cárdenas Perdomo⁸⁴ señala que la urgencia y la sumariedad están estrechamente vinculadas, debido a que, dada la urgencia con la que deben imponerse las medidas cautelares, a la autoridad competente no le es posible tener un conocimiento profundo y detallado del fondo de lo debatido. En este sentido, su decisión sobre la procedencia de la medida debe realizarse sobre la apariencia del derecho.

Sobre este punto, Cárdenas Perdomo cita al autor Calamandrei con el fin de destacar que, para que las medidas cautelares puedan cumplir con su función de prevención urgente, deben ser impuestas sobre la base de la apariencia del buen derecho. No es necesario que la autoridad tenga certeza de la existencia del derecho invocado, la cual solamente podría lograrse u obtenerse a través de largas indagaciones que, en todo caso, se realizarían en el curso del procedimiento.

Concluimos con la opinión de la autora Carmen Chinchilla⁸⁵ quien señala que la urgencia junto con la instrumentalidad, son notas esenciales de la tutela cautelar. En ese sentido, las medidas cautelares deben ser adoptadas con urgencia y de manera inmediata.

Observamos que al desarrollar esta característica salen a la luz los presupuestos de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho y *periculum in mora* o peligro de que quede ilusoria la ejecución de una providencia definitiva, los cuales constituyen requisitos de ineludible

⁸⁴ Carlos Cárdenas P. Op. cit. p 27.

⁸⁵ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. pp 36, citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 117. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

observancia para que pueda ser impuesta una medida cautelar, como indicaremos posteriormente.

F. Las medidas cautelares son de derecho estricto

Dentro de la enumeración que realiza Henríquez La Roche⁸⁶ sobre las características de las medidas cautelares, se hace referencia a una que consideramos de especial importancia porque destaca el carácter restrictivo con el que deben imponerse dichas medidas, al tener como fin limitar o prohibir, de una u otra forma y sobre la base de presunciones, las garantías personales que reconoce la Constitución, valga decir, garantías individuales, sociales, económicas o políticas.

Quizás no se trata de una característica que describa la función que deben cumplir las medidas dentro de un proceso, como ocurre en el caso de la instrumentalidad, la provisoriedad, la variabilidad, la urgencia y la reversibilidad. La aplicación de las medidas cautelares de manera restrictiva podría más bien considerarse como una regla de aplicación general que rige y limita el ejercicio de potestades cautelares, es decir, que va dirigida directamente a la autoridad encargada de imponer la medida cautelar.

En este sentido, la interpretación que se haga de la norma que concede una potestad cautelar no puede realizarse de forma extensiva, de manera que no debe imponerse a situaciones que no ameriten una actuación cautelar puesto que, al ser una actuación que limita derechos, se ponen en riesgo intereses individuales que solamente podrían ser restringidos cuando exista una causa que así lo justifique.

El autor Antonio Canova⁸⁷ al referirse a los principios tradicionales que rigen la protección cautelar en el proceso contencioso administrativo, hace referencia al carácter excepcional de las medidas cautelares, indicando que la consecuencia más directa de esa excepcionalidad es que las medidas cautelares han sido siempre interpretadas de manera restrictiva, por lo que su operatividad queda limitada a la existencia de una disposición legal expresa que la permita, con el objeto de garantizar la eficacia de un específico tipo de pretensión, quedando su adopción sujeta al cumplimiento estricto de cada requisito legal.

⁸⁶ Ricardo Henríquez La Roche. Op. cit. pp 45, 46 y 47

⁸⁷ Antonio Canova González. *Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano y jurisprudencia extranjera*. Revista de la Facultad de Derecho No. 50. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1996. pp. 97-98.

Y aunque este último autor mencionado se refiere al carácter excepcional de las medidas cautelares en el marco de un proceso contencioso administrativo, consideramos que se trata de una característica que alcanza también a las medidas cautelares que son impuestas dentro de un procedimiento administrativo, en el que tampoco tendría cabida una interpretación extensiva de la norma que consagra la potestad de imponer la medida cautelar.

5. Presupuestos

A continuación haremos referencia a los presupuestos que hacen procedente la imposición de una medida cautelar, es decir, el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro de que quede ilusoria la ejecución de la decisión de fondo. También desarrollaremos la ponderación de intereses que debe realizarse al momento de decidir si se debe imponer o no una medida cautelar, a fin de lograr un equilibrio entre los intereses, derechos o situaciones jurídicas existentes que pudieren verse afectados por la ejecución de la medida.

A. *Fumus boni iuris*

El autor Víctor Hernández-Mendible,⁸⁸ al referirse a la apariencia de buen derecho como uno de los presupuestos procesales para conceder la tutela cautelar, señala que dicha apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, debe tener probabilidades fundadas de ser reconocido en la decisión de fondo, que no sea manifiestamente contrario a derecho y que su protección aparente tenga cobertura constitucional o legal, de manera que se pueda presumir que la pretensión pueda llegar a prosperar.

Indica igualmente Hernández-Mendible⁸⁹ que, la valoración que a tal efecto realice el órgano, si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido por cuanto se actuará con base a una presunción, realizando una apreciación de probabilidad o verosimilitud. En este sentido, se trataría de una tutela que no prejuzgaría sobre el fondo del asunto, puesto que durante el proceso, se otorgarían las garantías necesarias para desvirtuar la presunción de buen derecho.

⁸⁸ Víctor Rafael Hernández-Mendible. “El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela” http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/VICTOR_HERNANDEZ.pdf p 16.

⁸⁹ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p 17.

El autor argentino Ezequiel Cassagne⁹⁰ señala que el *fumus boni iuris* es un presupuesto conforme al cual, para conceder una medida cautelar bastará la apariencia del derecho que le asiste al peticionante. La resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.

En ese sentido, indica Cassagne⁹¹ que, al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, por ende, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, razón por la cual, se requiere que los argumentos y pruebas presentadas por quien solicita la medida tengan una consistencia tal que le permita al juez valorar en una instancia provisional y urgente, la existencia de un orden razonable de probabilidades de que le asiste la razón.

Urdaneta Sandoval⁹² al referirse a los presupuestos de las medidas cautelares, cita al autor Garberi Llobregat, quien los ha examinado a la luz del procedimiento administrativo sancionador español. Así, señala que el *fumus boni iuris* implica una valoración de los elementos y argumentos que sustentan la fundamentación de la solicitud de medida cautelar y que le dan a esa solicitud una apariencia de legitimidad.

Por su parte, el autor Campo Cabal⁹³ al referirse al *fumus boni iuris* indica que “la adopción de la medida cautelar solo es posible en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante”.

Partiendo de lo indicado por Campo Cabal, el autor Cárdenas Perdomo señala que, el órgano que tiene la potestad de imponer la medida cautelar está obligado a decidir la solicitud cautelar conforme a una valoración que debe efectuarse *prima facie* sobre la petición principal, de forma que la tutela cautelar debe otorgarse a quien tenga apariencia de buen derecho, es decir, a aquel cuyo derecho alegado es verosímil y a quien, por ende, la solución del asunto podría resultarle favorable.

En conclusión, el *fumus boni iuris* constituye uno de los presupuestos de procedencia para la imposición de las medidas cautelares, de tal manera que el órgano competente para declarar dicha procedencia, debe evaluar si el derecho que se pretende tutelar tiene probabilidades de ser reconocido en la decisión de fondo; el órgano que impone la medida deberá realizar esa evaluación sobre la base de presunciones, apreciando los argumentos y pruebas que le permitan suponer que la pretensión que dio lugar al proceso principal, prosperará.

⁹⁰ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 10.

⁹¹ Ezequiel Cassagne. Op. Cit. p 11.

⁹² Carlos A. Urdaneta. Op Cit. p. 239.

⁹³ Citado por Carlos Cárdenas P. Op. Cit., pp 29 y 30

B. *Periculum in mora*

Ha sido definido como el peligro que se genera por el retardo en la toma de la decisión final y es otro de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

El autor Víctor Hernández-Mendible⁹⁴ ha referido que el peligro en la mora se concreta en el hecho de que la situación jurídica que se pretende tutelar pueda verse afectada de manera grave e irreparable debido al transcurso del tiempo que debe esperarse para que se dicte la decisión de fondo que reconocerá tal situación.

Asimismo, Hernández-Mendible⁹⁵ indica que el peligro en la mora está compuesto por dos elementos: i) el daño eventual y grave que puede llegar a experimentar quien reclama el reconocimiento de un derecho y, ii) la necesaria e inevitable lentitud del proceso en el cual las partes ejercerán todas las defensas. Esta lentitud genera un retraso en la decisión definitiva que reconocerá o no la existencia del derecho, produciendo un peligro de insatisfacción o de satisfacción tardía del mismo; dicho peligro debe ser conjurado por el órgano decisor por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Señala Calamandrei⁹⁶ que lo que se debe apreciar a efectos de examinar la procedencia de una medida cautelar “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario”.

Por su parte, Ezequiel Cassagne⁹⁷ define al *periculum in mora* como el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso. Dicho autor a su vez cita a García de Enterría y Fernández para destacar que la solicitud de la medida cautelar estaría respaldada por “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables”. En ese sentido, Cassagne indica que se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que convertirá en tardío el posible reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión y es precisamente en ese riesgo que reside el interés procesal que respalda la solicitud cautelar.

⁹⁴ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p. 18.

⁹⁵ Víctor Rafael Hernández Mendible. Op. cit. p. 18.

⁹⁶ Citado por Carlos Cárdenas P: Op. cit. pp 28 y 29.

⁹⁷ Ezequiel Cassagne. Op. cit. pp. 11 y 12.

Cassagne⁹⁸ cita al autor Chioventa, quien afirma que el *periculum in mora* se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”. Así, indica Cassagne que el solicitante de la medida deberá exponer las razones que hacen necesaria la concesión de la protección cautelar.

Urdaneta Sandoval⁹⁹, citando nuevamente a Garberi Llobregat, indica que existe el *periculum in mora* cuando la duración del procedimiento pueda generar situaciones lesivas para la Administración o para los intereses generales que ella tutela, pudiendo frustrar la efectividad de la decisión final.

Continúa el autor Urdaneta Sandoval,¹⁰⁰ parafraseando a Rebollo Puig, refiriendo que, dentro de un procedimiento administrativo se puede perjudicar o continuar perjudicando no sólo la eficacia de la Resolución definitiva, sino también el interés público, el cual no admite demoras para mantenerlo o restaurarlo. En este sentido, no se hablaría de *periculum in mora* vinculado a la eficacia de un procedimiento administrativo, sino del *periculum in mora* vinculado a la tutela de un interés sustancial para la actividad de la Administración Pública: el interés público.

La autora Carmen Chinchilla¹⁰¹ al referirse a la finalidad de las medidas cautelares, señala que con ellas se busca evitar el peligro que puede suponer para el derecho, la existencia de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. En este sentido, la autora indica que la imposición de una medida cautelar tendría sentido si existe un derecho que necesita una protección provisional y urgente, bien porque ya fue producido un daño o porque su ocurrencia es inminente durante el proceso en el cual se decidirá el fondo del asunto debatido.

Observamos así que, conforme a las posiciones doctrinarias anteriormente citadas, la imposición de una medida cautelar se hace necesaria cuando el derecho que se pretende tutelar pudiere verse afectado o, de haber sufrido ya un daño este pudiere agravarse a causa de la lentitud del proceso que culminará con la decisión de fondo. De allí que resulte urgente imponer la medida que resulte más adecuada para evitar que se cause el daño temido o que se agrave el ya existente.

⁹⁸ Ezequiel Cassagne. Op. cit. p 12.

⁹⁹ Carlos A. Urdaneta. Op cit. p. 239.

¹⁰⁰ Carlos A. Urdaneta. Op cit. p. 239.

¹⁰¹ Carmen Chinchilla. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Universidad Complutense de Madrid. Editorial Civitas. 1.991. pp 41 y 42, citada por Darrin Jesús Gibbs Hidalgo. 2005. *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p 248 <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

C. Ponderación de intereses

A los presupuestos antes señalados debemos agregar la necesaria ponderación de intereses que debe realizar la Administración Pública al momento de imponer la medida cautelar y que ha sido exigida como una labor que debe realizar la autoridad que detenta la potestad cautelar, a fin de lograr un equilibrio entre los intereses, derechos o situaciones jurídicas existentes que pudieren verse afectadas por la actuación que a tal efecto se realice.

Algunas normas exigen expresamente a la autoridad competente la obligación de realizar la ponderación de intereses (casos, por ejemplo, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰² en el ámbito judicial y de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁰³ en el ámbito de lo procedimientos administrativos) como un requisito de procedencia para imponer una medida cautelar.

Sin embargo, consideramos que la ponderación debe efectuarse incluso en los supuestos en que la norma no contemple la obligación expresa de hacerlo, puesto que, puede calificarse como una labor derivada de la imperante aplicación de los principios de racionalidad y proporcionalidad, que demandan una actuación administrativa que tome en cuenta los derechos involucrados (públicos y privados) y la adecuación de dicha actuación con el supuesto de hecho y los fines de la norma.

El autor Víctor Hernández-Mendible¹⁰⁴ se ha referido a la ponderación de intereses que debe realizarse cuando se plantea una pretensión cautelar. Y aunque aborda el tema en el marco de la explicación de la evolución cautelar en el proceso judicial administrativo venezolano y no propiamente dentro del procedimiento administrativo, consideramos válido reproducir lo explanado por el autor al respecto, a efecto de ilustrar en qué consiste la labor de ponderación que se exige no solo a los órganos jurisdiccionales, sino también a los órganos y entes de la Administración Pública.

Así, Hernández-Mendible señala que un sector de la doctrina científica ha sostenido que, cuando se plantea una pretensión cautelar, se debe realizar una ponderación de intereses presentes, esto es, del interés general que tutela la Administración Pública y del interés individual del particular que se puede ver afectado por la actividad o inactividad de la Administración.

¹⁰² Artículo 104 de la Ley publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

¹⁰³ Artículo 181 de la Ley publicada en Gaceta Oficial No. 39.610 de fecha 7 de febrero de 2011.

¹⁰⁴ Víctor Rafael Hernández-Mendible. Op cit. p 19.

Indica el autor, que parte de la doctrina ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de otorgar la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰⁵ También indica Hernández-Mendible, que en ese mismo orden de ideas se ha expresado que con la ponderación de intereses, se busca evitar que al tutelar un interés individual no se ocasione un perjuicio al interés general, razón por la cual, la ponderación debe efectuarse en cada caso en concreto.¹⁰⁶

Continúa el autor refiriéndose al tema, esta vez indicando que otro sector de la doctrina científica considera que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; pero si algunos de estos presupuestos fallan o son débiles, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y, en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar.¹⁰⁷

Por su parte, el autor Jorge Kiriakidis¹⁰⁸ al abordar el tema de los presupuestos de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, indica que la ponderación de intereses supone un análisis de riesgos y consecuencias. Al enfrentarse la autoridad encargada de imponer la medida cautelar a todas las posibles consecuencias de concederla o no, debe optar por aquella que resulte menos grave y descartar la que genere consecuencias irremediables.

Destaca el autor que no se trata de ponderar cuál derecho es más importante, sino que, se trata de una ponderación que debe efectuarse sobre la reparabilidad o reversibilidad de los efectos de la actuación cautelar. Y ello debe ser así, por cuanto si bien se tiene como objetivo satisfacer el interés

¹⁰⁵ Víctor Rafael Hernández-Mendible refiere a la lectura de Eduardo García De Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 2004.

¹⁰⁶ Víctor Rafael Hernández-Mendible. Op cit. p 19.

¹⁰⁷ Víctor Rafael Hernández-Mendible refiere a la lectura de Rafael Gómez-Ferrer Morant. Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. p. 1170; Viçenc Aguado I Cudola, La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo. *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1993. pp. 1694-1696.

¹⁰⁸ Jorge Kiriakidis. *La tutela cautelar del contencioso administrativo a la luz de la Lojca*. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un análisis a los tres años de vigencia. Caracas. FUNEDA. 2014. p 45 y sig.

general, también se debe perseguir que la Administración actúe conforme al principio de legalidad y que las actuaciones ilegales no surtan efectos.

En este sentido, Kiriakidis cita como ejemplo el caso de una solicitud de suspensión de efectos de una orden que prohíbe a un laboratorio comercializar medicamentos que ponen en riesgo la salud de los consumidores. En esta situación se debe ponderar que la pérdida de la salud o de la vida es irreparable o difícilmente reparable, en tanto que el perjudicado por la orden de prohibición de comercialización siempre podrá exigir una indemnización económica.

Este es el tipo de ponderación que, de acuerdo a lo expuesto por el autor, debe ser realizada por la autoridad que impone la medida cautelar, es decir, una apreciación de los derechos involucrados y una evaluación de cómo la medida puede afectar el ejercicio de esos derechos.

Por último, es oportuno citar al autor Canova González,¹⁰⁹ quien señala que en virtud de la especial conexión que existe entre las providencias cautelares y el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva contra la Administración, nunca podrá argumentarse válidamente que el interés general constituye un obstáculo para la imposición de una medida que tenga por finalidad dar eficacia a una sentencia de fondo. De manera que, indica el autor: “siendo la protección de los derechos constitucionales un cometido primordial del Estado de Derecho, resulta inaceptable que un supuesto interés general impida la realización de uno de los derechos esenciales que insuflan a dicho Estado de Derecho”.

Canova cita la posición que al respecto ha adoptado García de Enterría, quien considera que no debe tomarse al interés general como limitante para la imposición de las medidas cautelares, entre otros aspectos, indica García de Enterría que:

La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción –cautela o definitiva, el caso es idéntico- el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es más que una ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy totalitario, para el cual la famosa cláusula *salutaris*, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba a o condicionaba la efectividad de éstos al principio *salus publica suprema lex est*, el interés público debe ser la primera Ley. Hoy esa supuesta cláusula

¹⁰⁹ Antonio Canova González. *Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano y jurisprudencia extranjera*. Revista de la Facultad de Derecho No. 50. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1996. p 123.

implícita de relativización general de todos los derechos no existe, es incompatible con la idea misma del Estado de Derecho y se opone frontalmente, de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva.¹¹⁰

Dicha afirmación, resalta Canova, no es compartida de forma unánime por la doctrina española, ya que algunos autores consideran necesario realizar un balance entre el interés general y el particular al momento de emitir una medida cautelar.¹¹¹

Concluimos que una medida cautelar es procedente siempre y cuando cumpla con los presupuestos antes mencionados, esto es, siempre que se constate la existencia de la presunción del buen derecho que asiste a quien solicita la medida o a favor de quien se impone y siempre que se determine que la medida cautelar es necesaria para evitar que se configure un daño o que se agrave el daño ya producido al derecho que se pretende tutelar, el cual se generaría por el inevitable prolongado lapso de tiempo que transcurrirá mientras se dicta la decisión de fondo.

Aunado a ello, será necesario que la imposición y selección de la medida se realice atendiendo siempre a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad que orientan la actuación administrativa. De allí que resulte necesario que la Administración imponga la medida que cumpla el fin cautelar propuesto y que resulte menos lesiva a los derechos de quien debe soportar sus efectos.

En este sentido, si bien la Administración debe velar por preservar los intereses generales que está llamada a proteger, debe también valorar la existencia de derechos individuales que no pueden ser despojados por completo de tutela jurídica y, en consecuencia, debe ser en extremo cuidadosa al ejercer la potestad cautelar.

Queda así impedida la Administración de justificar cualquier actuación cautelar desproporcionada con el argumento de que resulta imperioso proteger el interés general; en su lugar, deberá escoger la medida cautelar que cumpla la función protectora para la cual fue creada y cuyos efectos no sean tan dañinos para los intereses involucrados.

¹¹⁰ Antonio Canova González. Op. cit. p 124.

¹¹¹ Canova remite a la lectura de la autora Carmen Chinchilla Marín. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Op. cit. p. 168 y sig.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Una vez expuestas las bases teóricas que nos permiten comprender la actividad administrativa cautelar, sus fines, presupuestos y límites, consideramos importante resaltar cómo ha sido la evolución de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor. Esto nos permitirá tener una perspectiva de cuáles son las tendencias legislativas en este sentido y hacia dónde puede encaminarse la potestad cautelar administrativa en las próximas normas legales que se dicten en la materia.

Posteriormente se hará una breve referencia teórica a cada una de las medidas cautelares nominadas aquí estudiadas, para así poder comprender sus efectos y alcance, todo lo cual servirá de base para realizar el análisis crítico final.

1. Antecedentes de las medidas cautelares nominadas en materia de control de precios y protección al consumidor

Para el desarrollo de este aparte nos propusimos revisar el texto de un conjunto de leyes y decretos con rango, valor y fuerza de ley que rigieron la materia de protección al consumidor y al usuario y de regulación de precios de bienes y servicios durante al menos los últimos veinte años, para así determinar si en ellas se otorgó potestad cautelar a la Administración Pública y, de haber sido ese el caso, cuál fue el alcance de esas potestad y cuáles fueron las medidas cautelares contempladas en sus textos.

El análisis se realizó tomando como punto de partida la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹¹² (Ley del INDECU de 1995), las leyes y decretos con rango, valor y fuerza de ley que le sucedieron para regular la materia de precios y protección al consumidor (las cuales serán debidamente identificadas con posterioridad) hasta llegar al DLOPJ 2015.

En este sentido, se pudo observar que la potestad de imponer medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización, comenzó a otorgarse a partir del año 2007 con la publicación en Gaceta Oficial, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de defensa popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de alimentos o productos declarados de primera necesidad o

¹¹² Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.898 de fecha 17 de mayo de 1995.

sometidos a control de precios¹¹³ (en lo sucesivo Decreto Ley contra el Acaparamiento).

Antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley contra el Acaparamiento ya había sido dictada la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004¹¹⁴ (Ley del INDECU 2004) pero en esta Ley no se establecía la potestad de dictar medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización. Tampoco lo permitía la Ley del INDECU de 1995. Las potestades del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) en materia cautelar se limitaban a imponer medidas cautelares actuando como órgano auxiliar del Ministerio Público y de los tribunales penales.¹¹⁵

Pero fue con la entrada en vigencia del ya mencionado Decreto Ley contra el Acaparamiento (año 2007), cuando se estableció que la Administración Pública podía imponer las medidas cautelares de comiso y ocupación temporal cuando ocurrían determinados supuestos. Así, por ejemplo, la medida de comiso podía decretarse sobre productos regulados y solamente en caso de cierre del establecimiento, negativa de venta o acaparamiento de los productos por parte de los comerciantes.

El Decreto Ley del mismo nombre que entró en vigencia luego, el 31 de enero de 2008,¹¹⁶ establecía también dichas medidas pero agregó la posibilidad de intervenir establecimientos, que se materializaba con la administración y explotación del bien o servicio por parte de la autoridad administrativa designada por el Ejecutivo Nacional para tal fin.

Vemos posteriormente cómo el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹¹⁷ (Decreto Ley del Indepabis) aumentó el número de medidas cautelares nominadas en comparación con el Decreto Ley contra el Acaparamiento. Así, se incluyeron las medidas de toma de posesión de bienes y utilización de medios de transporte.

¹¹³ Publicado en Gaceta Oficial No. 38.629 de fecha 21 de febrero de 2007.

¹¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial No. 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004.

¹¹⁵ Señalaba la Ley del INDECU 2004 que se podía imponer cualquier medida cautelar, como el cierre provisional de un establecimiento comercial, para impedir la pérdida, sustracción, modificación o alteración de medios probatorios del presunto hecho delictivo. Por su parte, la Ley del INDECU del año 1995 establecía que se podía ordenar la aprehensión preventiva de los bienes objeto de la infracción y si se trataba de bienes percederos eran puestos a la venta; el dinero obtenido era depositado en una cuenta bancaria abierta para tal fin.

¹¹⁶ Publicado en Gaceta Oficial No. 38.862 de fecha 31 de enero de 2008.

¹¹⁷ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.092 de fecha 27 de mayo de 2008.

La Ley del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹¹⁸ que derogó el Decreto Ley del Indepabis, agregó a la lista de medidas el cierre temporal de establecimientos y la retención preventiva del medio de transporte, cuando se presumía la comisión del delito de contrabando de extracción.

Pero con la entrada en vigencia del primer Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos del año 2011¹¹⁹ comienza a observarse un cambio drástico con respecto al número y alcance de las medidas cautelares nominadas. Este Decreto Ley incluyó en la lista de medidas cautelares la suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos o de la prestación de servicios y la suspensión de licencias, permisos o autorizaciones.

El segundo Decreto Ley de Precios Justos¹²⁰ (año 2014) contemplaba las mismas medidas que el Decreto Ley del año 2011, con excepción de la suspensión de intercambio, que fue eliminada. Pero incluyó una modificación: que, en caso de imponerse la medida de comiso, podía procederse de manera inmediata a la enajenación de los bienes, con fines sociales.

El tercer y luego el cuarto Decreto Ley de Precios Justos (publicados en enero y noviembre de 2014, respectivamente), mantuvieron las mismas medidas que el texto del año 2011, pero establecían ya no como una potestad sino como una obligación, la enajenación inmediata de los bienes decomisados.

El vigente Decreto Ley de Precios Justos (año 2015) contiene las mismas medidas cautelares que el Decreto Ley derogado pero incluye una única modificación: que la ocupación temporal que se imponga como medida cautelar tendrá una duración ciento ochenta (180) días prorrogables. En este sentido, se establece un límite temporal que no había sido previsto con anterioridad con respecto a esta medida.

Lo cierto es que las medidas cautelares en materia de protección al consumidor y regulación de precios, costos y márgenes de ganancia han venido modificándose con la entrada en vigencia de nuevas Leyes o Decretos Leyes, pudiendo observarse que, con el transcurso del tiempo: i) se ha

¹¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 01 de febrero de 2010.

¹¹⁹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

¹²⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial No. 40.340 de fecha 23 de enero de 2014 y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

aumentado el catálogo de medidas cautelares nominadas, ii) las medidas cautelares nominadas han sido sustituidas por otras o se ha modificado la denominación de la medida pero con los mismos efectos, iii) se han preservado las mismas medidas cautelares pero se han agregado modificaciones que hacen variar su alcance, agravando sus efectos.

En este sentido, se evidencia que la tendencia en cuanto a la legislación en materia de precios y protección al consumidor ha sido ir atribuyendo nuevas potestades cautelares a la Administración, permitiéndole imponer medidas cautelares nominadas cuyos efectos han sido agravados con cada nueva Ley, otorgándole también mayores potestades discrecionales que la habilitan a determinar cuál medida cautelar imponer, sea ésta nominada o innominada.

2. Procedimientos en los cuales pueden ser impuestas las medidas cautelares

Anteriormente mencionamos, entre otros aspectos, que las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en el DLOPJ 2015 pueden ser impuestas por los funcionarios competentes durante el desarrollo de un procedimiento administrativo que tenga como fin fiscalizar o inspeccionar a un sujeto al cual le resulte aplicable el DLOPJ 2015 o, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio iniciado con el fin de determinar si un sujeto de aplicación de dicho Decreto Ley, incurrió o no en alguno de los ilícitos administrativos tipificados en su texto normativo.

Así, observamos que, el artículo 70 del DLOPJ 2015 reconoce la potestad de adoptar y ejecutar medidas cautelares nominadas e innominadas en el curso de procedimientos de fiscalización, en los siguientes términos:

Artículo 70. Si durante la inspección o fiscalización, o en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento, la funcionaria o el funcionario actuante detectara indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y existieren elementos que pudieran presumir que se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia (...).

Del artículo antes transcrito se desprende claramente la potestad de imponer medidas cautelares cuando se realiza una inspección o fiscalización, siempre que se cumplan los presupuestos allí mencionados. Cabe destacar que, en este supuesto, la ejecución de la medida se realiza en el mismo momento en el cual se lleva a cabo la fiscalización y, a tal efecto, de acuerdo a lo indicado en el artículo 72 *ejusdem*, el funcionario actuante deberá dejar

constancia de la ejecución de la medida en el acta levantada con ocasión a la fiscalización.

El DLOPJ 2015 establece cómo debe proceder el funcionario actuante al momento de ejecutar la medida. Así, por ejemplo, en el caso de la ocupación temporal, el artículo 70 indica que la medida se materializará con la posesión inmediata, entiéndase del establecimiento y de los bienes indispensables para el desarrollo de la actividad y, en el caso del comiso preventivo, con su enajenación inmediata con fines sociales.

Por su parte, el artículo 73 del DLOPJ 2015, establece cómo pueden proceder los sujetos a los cuales se impone la medida luego de que esta haya sido dictada o ejecutada. En ese sentido, los interesados podrán solicitar la revocatoria, suspensión o modificación de la medida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que haya sido dictada, o de su ejecución. La SUNDDE decidirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha solicitud.

Se desprende de lo indicado en el párrafo anterior que, si no existe solicitud de revocatoria o modificación de la medida cautelar, no se abrirá una incidencia a fin de sustanciar la solicitud y, en consecuencia, la medida se mantendría surtiendo efectos hasta que: i) la Administración decida revocarla o modificarla en ejercicio de su potestad de autotutela, ii) la Administración dicte al término del procedimiento administrativo sancionatorio que se inicie contra el sujeto de aplicación de la medida cautelar, la decisión de fondo del asunto y, por ende, proceda a dejar sin efecto la medida cautelar.

Partimos de la premisa de que el hecho de que se imponga y ejecute una medida cautelar en el marco de un procedimiento de fiscalización traerá consigo necesariamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio y, ello debería ser así, primero, por el carácter instrumental de las medidas cautelares y, segundo, porque el hecho de imponer una medida cautelar deriva, conforme a lo expresado por el artículo 70 antes citado, de la existencia de indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en el DLOPJ 2015, lo cual es motivo suficiente para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, tal como se desprende del artículo 75 del DLOPJ 2015.¹²¹

¹²¹ “Remisión al procedimiento administrativo sancionatorio, Artículo 75. Cuando de las actuaciones efectuadas conforme al procedimiento establecido en esta sección resultaren indicios de la comisión de una o más de las infracciones a que refiere el artículo 47 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, el funcionario o funcionaria actuante remitirá la respectiva acta al funcionario competente para la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio desarrollado en la sección II del presente Capítulo”.

Lo contrario, es decir, el no iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio sería sumamente cuestionable y contrario a las características propias de las medidas cautelares, tal como indicaremos en detalle posteriormente.

Por otra parte, las medidas cautelares nominadas a las cuales hace referencia el artículo 70 del DLOPJ 2015, también pueden ser impuestas en el curso de procedimientos administrativos sancionatorios. Así lo establece el artículo 84 *ejusdem*, en los siguientes términos:

Aseguramiento de la decisión. Artículo 84. En cualquier grado y estado del procedimiento, la funcionaria o el funcionario que conozca del respectivo asunto podrá decretar las medidas preventivas establecidas en el Capítulo anterior cuando, a su juicio, exista un riesgo fundado de que la decisión que resuelva dicho asunto no pueda realizarse.

Igualmente, podrá decretar medidas preventivas de secuestro, embargo, prohibición de enajenar y gravar y cualquier otra medida innominada que sea conducente.

Así mismo, podrá decretar la revocatoria, suspensión o modificación de las medidas preventivas que hubieren sido dictadas cuando, a su juicio, hayan desaparecido las condiciones que justificaron su procedencia y el levantamiento o modificación de la medida no pudiere afectar la ejecución de la decisión que fuere dictada. (Resaltado nuestro).

Se puede observar en el artículo antes citado que, la SUNDDE, además de tener competencia para imponer medidas cautelares en el curso de un procedimiento de fiscalización, también puede hacerlo durante la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionatorio, pudiendo también revocar, suspender o modificar las medidas que hubieren sido dictadas durante la fiscalización o, incluso, en el curso del mismo procedimiento sancionatorio.

En este caso, el DLOPJ 2015 no menciona cuál sería el procedimiento a seguir y los lapsos que deben cumplirse en caso de existir una oposición a la medida, pero por analogía, podría aplicarse el artículo 73 de este mismo texto normativo al cual hicimos referencia anteriormente, es decir, que el interesado deberá solicitar la revocatoria, suspensión o modificación de la medida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que haya sido dictada, o de su ejecución. La SUNDDE decidirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha solicitud.

De no existir solicitud de revocatoria o modificación de la medida, o de no ser sustituida o revocada de oficio por la Administración, la medida se mantendrá vigente hasta que culmine el lapso de duración que haya indicado la Administración o, en su defecto, hasta que se dicte la decisión de fondo del

procedimiento administrativo sancionatorio, momento en el cual deben necesariamente fenecer los efectos de la medida cautelar impuesta.

3. Las medidas cautelares previstas en el DLOPJ 2015

A. El Comiso preventivo de mercancías

Se trata de la primera de las medidas cautelares que enumera el artículo 70 del DLOPJ. Dicho artículo no ofrece mayores especificaciones sobre esta medida pero hace referencia a la consecuencia derivada de su imposición: la enajenación inmediata con fines sociales de la mercancía decomisada. También establece el mencionado artículo que el producto de la enajenación se mantendrá en garantía en una cuenta bancaria y será la Providencia que ponga fin al procedimiento, la que indique cuál será el destino que deberá darse al producto de la enajenación.

Para poder entender cuál es el alcance de la medida de comiso preventivo previsto en el DLOPJ 2015, es necesario primero hacer referencia a la definición de “comiso”. Así, el Diccionario de la Real Academia Española señala que la palabra comiso deviene del latín “*commisum*” y significa confiscación. Específicamente, indica que en el área del Derecho, el comiso es denominado decomiso, y este último es definido como la “Pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito”¹²².

Observamos que, conforme a dicha definición, el comiso se identifica con la confiscación. Sin embargo, la doctrina venezolana se ha encargado de referirse a las similitudes y diferencias existentes entre ambas figuras.

Así, autores venezolanos como Herrera Orellana, Canova y Anzola¹²³ definen al comiso como una pena accesoria o complementaria que sucede a la aplicación de una sanción por parte de un tribunal como resultado de una acción culposa o dolosa, razón por la cual, queda excluida la posibilidad de que se fijen indemnizaciones o compensaciones por su imposición.

Indican que se trata de una figura que, al igual que la confiscación, tiene carácter penal. La diferencia entre ambas es que la confiscación tiene como fin despojar a una persona de la propiedad de determinados bienes, fruto de acciones o negocios ilícitos o prohibidos. El comiso, en cambio, tiene como fin que los bienes utilizados para la comisión de un hecho punible (no los provenientes del delito) sean incautados y pasados al patrimonio público.

¹²² Diccionario de la Real Academia española <http://dle.rae.es/?id=ByNYO1B>

¹²³ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. 33-34.

En el mismo sentido, Badell Madrid¹²⁴ señala que el comiso no configura una limitación a la propiedad por su función social, sino que, al igual que la confiscación, es una pena de carácter accesorio que se impone como consecuencia de la comisión de algún delito penal o administrativo y que tiene como fin adquirir coactivamente los bienes que constituyen el cuerpo mismo del delito (en materia de aduana, por ejemplo, la mercancía objeto de contrabando) y de todos los bienes que se emplearon para la comisión del delito (el medio de transporte de la mercancía). Al tener carácter sancionatorio, la imposición del comiso no apareaja indemnización alguna a la persona afectada.

Badell Madrid asimila el comiso con la confiscación porque ambos son medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, como consecuencia de algún delito cometido. La diferencia básica reside en que en la confiscación, los bienes afectados no guardan relación con el delito perpetrado, a diferencia del comiso.

Agregamos un elemento distintivo entre el comiso y la confiscación, y es que el comiso no fue reconocido en nuestra Constitución, a diferencia de la confiscación, que fue regulada expresamente en el artículo 116 constitucional¹²⁵ como una figura de aplicación excepcional que procede siempre que exista una sentencia judicial firme.

La falta de reconocimiento expreso del comiso en nuestra Constitución nos lleva a reflexionar y cuestionar si es una figura que puede aplicarse por disposición de la Ley; puesto que, si el comiso tiene similitudes con la confiscación en cuanto a su carácter sancionatorio y como forma de adquisición de la propiedad, entonces ¿por qué no se reconoció constitucionalmente al igual que la confiscación?

Adicionalmente, si existen similitudes entre el comiso y la confiscación por tratarse de figuras que se aplican como penas accesorias y que tienen como fin la adquisición coactiva de bienes por parte del Estado, deberían exigirse las mismas condiciones de procedencia para su aplicación. En este

¹²⁴ Rafael Badell Madrid. *“Limitaciones al Derecho de Propiedad”* <http://www.badellgrau.com/?pag=45&ct=1085>

¹²⁵ Artículo 116 “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

sentido, el comiso solo debería imponerse de manera excepcional y si existe una sentencia judicial firme, tal como ocurre en el caso de la confiscación.

Pero debe indicarse que el comiso no solamente ha sido reconocido como una pena accesoria que se impone con el fin de que recaiga sobre los bienes con los cuales se hubiere cometido el delito o los bienes objeto de delito (caso de la Ley Orgánica de Drogas en las que se decomisan, por ejemplo, sustancias ilegales o de uso prohibido¹²⁶). La doctrina y algunas leyes venezolanas también lo han contemplado como medida de aseguramiento probatorio y como medida cautelar.

Como medida de aseguramiento probatorio, el comiso (al igual que la incautación, la recolección de bienes y la clausura asegurativa) tiene como fin asegurar los medios de prueba que resultan indispensables para establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad de sus autores y partícipes. En Este caso, al ser una medida de aseguramiento probatorio y no cautelar, no es necesario considerar el *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.¹²⁷

En cuanto al alcance del comiso como medida de aseguramiento probatorio, es importante destacar lo que ha indicado el Ministerio Público al respecto. En este sentido, ha señalado que el bien decomisado es susceptible de ser devuelto a su tenedor o propietario una vez cumplidas las exigencias de las labores de investigación.

Caso distinto es el de la incautación, puesto que los bienes incautados solo tienen un único destino, su destrucción, inutilización o su uso excepcional en determinados supuestos.¹²⁸ Vale señalar que el Ministerio

¹²⁶ En principio la Ley Orgánica de Drogas define el decomiso como la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado, en los términos previstos en esta Ley, decretada por un juez o jueza de control a favor del Estado. Pero puede observarse en el texto de la normativa, que el decomiso es aplicado incluso en casos en los que no se ha declarado el bien como abandonado.

¹²⁷ Doctrina del Ministerio Público. 15 de enero de 2011. *Medida de aseguramiento probatorio* http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO%20PROBATORIO.pdf pp 1 y 2.

¹²⁸ Doctrina del Ministerio Público. 15 de enero de 2011. *Medida de aseguramiento probatorio* http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO%20PROBATORIO.pdf El Ministerio Público cita en su doctrina al autor José Luis Tamayo: *Medidas cautelares y de coerción real en el COPP*. Caracas, 2002. Este autor se refiere a la diferencia entre comiso e incautación en los siguientes términos: “el decomiso no persigue un apoderamiento definitivo de los bienes sino temporal, en tanto que la incautación sí, pues lo incautado no está sujeto a devolución, ni siquiera en caso de absolución del imputado. Ambas son medidas de aseguramiento (‘ocupación’) destinadas a permitir una prueba sobre ellos, que generan consecuencias jurídicas diferentes”. pp 2 y 3.

Público hace énfasis en destacar las diferencias entre ambas figuras, porque en la práctica jurídica y en el texto de las normas legales, suele hacerse referencia al decomiso y a la incautación como sinónimos.¹²⁹

Por último, el comiso como medida cautelar (caso de leyes que permiten su imposición en el curso de procedimientos administrativos: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria¹³⁰, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos 2015) cumple no un fin sancionatorio ni de aseguramiento probatorio, sino preventivo o cautelar. Se busca impedir que los daños que pueden ser causados por una conducta que se presume ilegal puedan materializarse o mantenerse en el tiempo hasta que se dicte la decisión de fondo del asunto.

Ahora bien, con respecto a la potestad que tiene la Administración Pública para imponer el comiso, tal como ocurriría en el caso de su imposición a título de medida cautelar o como sanción, autores como Herrera, Canova y Anzola¹³¹ indican que se trata de una habilitación o atribución indebida porque es contraria al principio generalmente aceptado de que cualquier limitación a la propiedad requiere siempre de la garantía judicial y, por otro lado, porque se produce un quiebre al derecho a la presunción de inocencia puesto que las sanciones que tenga a bien imponer la Administración Pública no han de ser nunca consideradas definitivas sino preliminares, mientras no tengan firmeza judicial.

En este sentido, indican los autores que, al ser el acto administrativo que decreta el "*comiso administrativo*", un acto de carácter ejecutivo y ejecutorio, se conculca el derecho a la presunción de inocencia del sujeto a quien le es impuesta la sanción.

En definitiva, basándonos en las posiciones doctrinarias anteriormente expuestas podemos concluir que, i) pese a que el comiso no ha sido previsto en nuestra Constitución, la legislación venezolana lo ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a título de sanción accesoria, medida de aseguramiento probatorio y medida cautelar; ii) al asimilarse a la confiscación

¹²⁹ Incluso se puede observar que se utiliza el término decomiso para hacer referencia a lo que, de acuerdo a la doctrina del Ministerio Público ya citada, debería calificarse como incautación (caso de la Ley Orgánica de Drogas y de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo en las que se define el decomiso como una privación definitiva del derecho de propiedad sobre un bien).

¹³⁰ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.889 de fecha 31 de julio de 2008. El artículo 147 establece las medidas cautelares que pueden imponerse en el curso de procedimientos de fiscalización, entre ellas: comiso, cierre temporal, suspensión de licencias, permisos y autorizaciones.

¹³¹ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 34.

porque ambos son medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, el comiso, al igual que la confiscación, solo podría ser impuesto de manera excepcional y siempre que exista una sentencia judicial firme, ello como garantía del derecho a la propiedad de la persona a quien se le impone; en consecuencia, iii) se trata de una figura que, debería ser impuesta únicamente por órganos judiciales.

B. Ocupación temporal de bienes y establecimientos

El artículo 70 del DLOPJ 2015 establece que la medida cautelar de ocupación temporal recae sobre los bienes y establecimientos indispensables para el desarrollo de la actividad, por un lapso de ciento ochenta (180) días prorrogables.

La ocupación temporal, señala el referido artículo 70, asegurará la operatividad y aprovechamiento del establecimiento, *local, vehículo, nave o aeronave, por parte del órgano o ente competente y el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de la producción o comercialización de bienes o la prestación de los servicios, garantizando el abastecimiento y la disponibilidad de estos durante el curso del procedimiento.*

Dicho artículo ofrece una descripción de la medida de ocupación temporal que destaca el alcance de esta figura. En ese sentido, se puede observar que, con su imposición, se despoja al destinatario de la medida de la posibilidad de operar el establecimiento en el cual realiza su actividad económica y de aprovechar y usar los bienes de los cuales se vale para tal fin: por ejemplo, vehículos, locales e instrumentos.

Debe indicarse que, el fin que se le da a la ocupación temporal en el DLOPJ 2015 e incluso, en los textos legales derogados que regularon la materia de costos y precios y de protección al consumidor, es muy distinto al que se persigue con la ocupación temporal en materia de construcción de obras públicas que hayan sido declaradas de utilidad pública (caso de la Ley de expropiación por causas de utilidad pública¹³²). Este es el tipo de ocupación que acostumbramos a observar antes de la entrada en vigencia de las normas sobre protección al consumidor y regulación de precios; normas que, como ya indicamos, incluyeron la ocupación temporal como medida cautelar que puede imponerse en el curso de procedimientos administrativos.

Los autores Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹³³ indican que la ocupación temporal es una figura que facilita o brinda apoyo a la

¹³² Ley de Expropiación por Causas de Utilidad Pública. Gaceta Oficial No. 37.475 de fecha 1 de julio de 2002.

¹³³ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 54.

Administración en la construcción de obras públicas que hayan sido declaradas de utilidad pública. Consiste en la afectación provisional de los atributos de uso y goce de la propiedad, tanto desde la perspectiva temporal como cualitativa o material.

Continúan dichos autores indicando que, normalmente, el fin de la ocupación temporal de inmuebles radica en la necesidad de realizar análisis y estudios preliminares para la elaboración de proyectos, construcción futura de obras públicas o instalación de bases de trabajo, estaciones, depósitos de maquinaria o similares, que sean necesarios para la ejecución de una obra pública.

Karina Anzola¹³⁴ señala que la ocupación temporal prevista en la Ley de expropiación por causas de utilidad pública, es una limitación al derecho de propiedad que no supone la eliminación total del derecho, su sacrificio o la transmisión al ente público que la decreta. Se trata de una limitación parcial que solamente afecta el uso y goce del bien ocupado pero no su disposición, su titularidad.

Indica la autora que, con la ocupación, el particular permite al Estado el uso del bien por un tiempo que no excederá de seis (6) meses, para unos fines específicos y a cambio de una indemnización por los perjuicios que le pueda reportar a su esfera de derechos, por soportar la pérdida de la posesión del bien por un período de tiempo.

Luego de analizar la ocupación temporal en el contexto de la Ley de expropiación por causas de utilidad pública, se observa que es muy distinta la forma en que fue prevista dicha figura dentro del DLOPJ 2015 y en los textos legales derogados que regularon la materia de costos y precios y de protección al consumidor. En estas últimas normas se utiliza la ocupación temporal con el fin de usar y aprovechar un establecimiento, local, así como los bienes con los que se realicen una actividad económica, a fin de que la autoridad administrativa asuma el control de las operaciones.

Herrera Orellana, Canova y Anzola,¹³⁵ consideran que la ocupación temporal, junto con la intervención y la clausura de establecimientos (haciendo referencia en este caso a las medidas cautelares previstas en el Decreto-Ley del INDEPABIS) son figuras que han sido concebidas por el legislador para ser aplicadas con un pretendido carácter cautelar, pero que también han sido previstas como sanciones dentro del mismo texto

¹³⁴ Karina Anzola. *La expropiación y la ocupación temporal en Venezuela*. Caracas. Revista de Derecho No. 26. Tribunal Supremo de Justicia. 2008. pp 215 y sig.

¹³⁵ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. pp 228 – 231.

normativo, dejando claro de esta forma que son figuras que tienen carácter definitivo e irreversible y que, por ende, no son instrumentales.

Además, indican que, si bien la ocupación temporal no tiene como fin, formalmente, privar a los particulares de sus propiedades, impiden el normal desempeño de los derechos inherentes al propietario al no poder usar, disfrutar ni disponer de sus bienes o empresas libremente. Por ello, son medidas que deben ser consideradas como equivalentes a las privaciones forzosas de la propiedad privada.¹³⁶

Al hacer referencia los mencionados autores a algunos casos en los que la Administración Pública ha impuesto la medida de ocupación temporal como medida cautelar prevista en el entonces vigente Decreto Ley del Indepabis,¹³⁷ indican que esos supuestos constituyeron verdaderas tomas de bienes de propiedad privada, contrarias al postulado constitucional que protege el derecho a la propiedad.

Resulta importante destacar, luego de analizar lo señalado por la doctrina antes citada, que la ocupación temporal en el contexto del DLOPJ 2015 fue concebida con un fin muy diferente al que se persigue con esta figura en la Ley de expropiación por causas de utilidad pública. Así, la ocupación temporal deja de ser vista únicamente como una figura que se aplica excepcionalmente y por causas de utilidad pública y pasa a consagrarse también como una medida cautelar que puede ser impuesta en el curso de cualquier procedimiento que se siga conforme al DLOPJ 2015 o como una sanción que puede declararse al término de dicho procedimiento, con efectos que a simple vista parecen agravar el alcance de la ocupación temporal con relación a los derechos de las personas que deben soportarla.

C. Cierre temporal del establecimiento

El DLOPJ 2015 también establece que el cierre temporal del establecimiento es una medida cautelar innominada que puede imponerse en el curso de procedimientos de fiscalización.

El cierre es jurídicamente definido como la “Acción y efecto de cerrar o cerrarse. Clausura temporal o definitiva de fondos de comercio por voluntad propia o en acatamiento a sanciones impuestas por organismos gubernamentales (...)”.¹³⁸

¹³⁶ Luis A. Herrera, Antonio Canova y Karina Anzola. Op cit. p 161.

¹³⁷ Ocupación temporal de Alimentos Polar Comercial, C.A. Planta Procesadora de Arroz Calabozo; Cargill de Venezuela, S.R.L (Planta de pastas Estado Vargas y Planta La Yaguara); Conservas Alimenticias La Gaviota (Planta Cumaná).

¹³⁸ Diccionario Jurídico Venelex. Tomo I. (A-M). DMA. Op cit. p 238.

La clausura, por su parte, es definida como la “Cesación o suspensión del ejercicio de una actividad, ya sea comercial o industrial o de cualquier tipo”.¹³⁹

Tomando en cuenta las definiciones antes transcritas, podemos indicar que el cierre tiene como fin clausurar o inhabilitar temporalmente un establecimiento, esto es, el ejercicio de la actividad económica que en él se realiza o desarrolla. En este sentido, al tener ambas expresiones el mismo significado, nos referiremos indistintamente, en lo sucesivo, al cierre o clausura.

Es de destacar que la autora Durán Ramírez¹⁴⁰ al referirse a la clausura como sanción administrativa, señala que implica la cesación o suspensión del ejercicio de una actividad, sea esta de tipo comercial o industrial. La figura punitiva recae sobre el local o establecimiento en donde se ejerce la actividad que ha dado lugar a la imposición de la pena.

Meier, por su parte, define la clausura desde el punto de vista gramatical como la acción de cerrar, inhabilitar temporal o permanentemente un local o establecimiento. Señala que es una figura típica del derecho sancionador, “el cual lo desarrolla como una medida administrativa, bien como parte de la autotutela de la Administración, como un resabio de la función de policía, o como una sanción propiamente dicha, que en muchos casos acompaña a la sanción arquetípica o por antonomasia: la multa”.¹⁴¹

Meier indica que la clausura también se configura como una pena o sanción accesoria o como una medida administrativa de carácter preventivo¹⁴². En cada caso, cita ejemplos para ilustrar al lector con respecto a cuándo se impone en uno u otro sentido.

Así, para describir cuándo se impone como sanción accesoria, cita el artículo 6 de la Ley de Penal del Ambiente del año 1992,¹⁴³ en la que se permitía al juez imponer la clausura temporal de la fábrica o establecimiento, cuando el daño causado fuere gravísimo.¹⁴⁴

Como medida administrativa de carácter preventivo (cautelar), cita el artículo 176 de la Ley para la Ordenación y Gestión del Territorio del año

¹³⁹ Diccionario Jurídico Venelex. Tomo I. (A-M). DMA. Op cit. p 247.

¹⁴⁰ Maryan Karina Durán Ramírez. *La clausura de establecimientos por ilícitos formales tributarios en Venezuela*. San Cristóbal. Revista Venezolana de Ciencias Tributarias XIII. Enero-Junio 2004. Universidad Católica del Táchira. p 110.

¹⁴¹ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 599.

¹⁴² Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 600.

¹⁴³ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.358 de fecha 3 de enero de 1.992.

¹⁴⁴ La vigente Ley Penal del Ambiente publicada en Gaceta Oficial No. 39.913 del 02 de mayo de 2012 contempla en su artículo 6 la clausura temporal como pena accesoria.

2005,¹⁴⁵ en el que se estableció la facultad de la autoridad administrativa competente para imponer la medida de clausura temporal o definitiva de instalaciones o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo directa o indirectamente, con el fin de impedir la continuación o reparación del daño o peligro y para contrarrestar las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho investigado.

En este último caso cita ejemplos de normas que denotan la atribución de una potestad cautelar a la Administración para imponer la medida que estime necesaria con el objeto de lograr un fin de naturaleza preventiva o cautelar. El autor reconoce la posibilidad de utilizar la clausura como una medida cautelar en sede administrativa, pero no fija posición con respecto a si esta figura es realmente capaz de lograr ese fin cautelar.

Para identificar cuándo se impone el cierre como medida o como sanción, Meier se centra en el análisis de la temporalidad o intensidad del cierre.¹⁴⁶ A tal efecto, señala que, cuando el cierre es "*provisional*", funge como una medida administrativa que se impone con el fin de evitar que sigan ocurriendo hechos dañinos o perjudiciales a bienes jurídicos tutelados por la ley, o cuando exista peligro grave o inminente de que una situación determinada pueda ser perjudicial para la colectividad.

Continúa el autor indicando que la clausura o cierre "*temporal*" es visto no como una medida sino que pareciera apuntar a una sanción provisional pero a tiempo determinado. Cuando la clausura es "*definitiva*" se impone como una verdadera sanción o pena, irreversible en cuanto a sus efectos y tiene como fin castigar hechos consumados que revisten gran peligrosidad; por su severidad, generalmente se impone ante la reiteración o reincidencia del sujeto infractor.

Conforme a lo señalado por el autor, se admite el cierre temporal como medida cautelar y como sanción. Meier no explica en mayor medida cómo diferenciar el cierre "*provisional*" (medida cautelar) del cierre "*temporal*" (sanción) puesto que ambas implican un cierre no definitivo. Suponemos que la principal distinción radicaría en el momento en el cual se impone el cierre (en el curso o al término del procedimiento) y en el fundamento utilizado para su imposición (prevenir o castigar), pero en definitiva, ambas impiden el ejercicio de la actividad económica que se venía desarrollando en el establecimiento.

Consideramos que, si bien el cierre de un establecimiento puede generar graves daños al propietario del establecimiento, podría admitirse su

¹⁴⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 38.279 de fecha 23 de septiembre de 2005.

¹⁴⁶ Eduardo Enrique Meier. Op. cit. p 601.

imposición como medida cautelar siempre que se realice la correspondiente ponderación de intereses involucrados y se determine que su aplicación es estrictamente necesaria para lograr el fin protector perseguido por la norma de que se trate, tal como sería el caso del cierre de un establecimiento cuyo funcionamiento genera una grave contaminación al ambiente o pudiera atentar contra la vida o salud de las personas.

Lo contrario podría constituir una arbitrariedad de la Administración al tratarse de una actuación desproporcionada, no razonable y que podría perjudicar de manera irreversible los intereses particulares afectados.

D. Suspensión temporal de licencias, permisos y autorizaciones emitidos por la SUNDDE

El artículo 70 del DLOPJ 2015 establece que esta medida cautelar consiste en suspender las licencias, permisos o autorizaciones que hubieren sido otorgadas por la SUNDDE a algún sujeto de aplicación del DLOPJ 2015, por lo cual, queda excluida la posibilidad de que funcionarios de la SUNDDE puedan suspender a través de una medida cautelar, aquellos otorgados por otras autoridades administrativas.

En cambio, sí es posible que la SUNDDE suspenda las licencias, permisos o autorizaciones emitidos por otros órganos o entes del Poder Público Nacional pero a título de sanción administrativa, aplicable en caso de comisión de infracciones previstas en el DLOPJ 2015, conforme a lo establecido en su artículo 38 (numeral 7).

En todo caso, aunque el artículo 70 del DLOPJ 2015 hace referencia a la suspensión de licencias, permisos y autorizaciones, debe resaltarse que, conforme al autor Peña Solís,¹⁴⁷ es irrelevante el uso que el legislador hace de diversos términos para referirse a las autorizaciones. Así, es común utilizar como sinónimos de autorización los términos licencia, habilitaciones o permisos, por considerar que se trata de conceptos que tienen el mismo fin.

En este sentido, en lo sucesivo englobaremos dentro de término “*autorización*” a las licencias, habilitaciones y permisos para no entrar a referirnos a las diferencias conceptuales entre unas y otras ya que, finalmente, todas cumplen un mismo objeto: autorizar o permitir.

¹⁴⁷ José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*. Caracas. Volumen Tercero. Segunda reimpresión. Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia. 2009. pp 162 y 163.

Peña Solís,¹⁴⁸ al referirse a la autorización como técnica de condicionamiento de la actividad de los particulares, cita varias definiciones, entre ellas la del autor italiano Ranelletti, quien indica que la autorización es un acto de la Administración que consiste en remover un obstáculo jurídico para que un sujeto pueda ejercer un derecho subjetivo. La actividad de la Administración consiste en este caso en determinar que no exista incompatibilidad entre el interés del particular y el interés público.

Esta definición es similar a la que realiza el autor Lares Martínez,¹⁴⁹ quien señala que la autorización tiene como fin que se suprima un obstáculo legal para que un derecho o poder preexistente pueda ser ejercido.

Para determinar cuáles son los permisos, licencias o autorizaciones que puede otorgar la SUNDDE a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015, cuyos efectos pueden ser suspendidos a través de una medida cautelar, se realizó una revisión del texto del Decreto Ley y de las Providencias Administrativas dictadas en su ejecución.

Ninguna de estas normas se refiere expresamente a licencias o permisos, pero sí se hace mención a algunas autorizaciones que la SUNDDE concede a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015; tal es el caso de la autorización para realizar promociones u ofertas de bienes y servicios¹⁵⁰ y de la autorización para el uso de técnicas alternas de medición de costos e inventarios.¹⁵¹

Sin embargo, es importante resaltar el caso de la inscripción en el Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas (RUPDAE). Conforme al artículo 9 del DLOPJ 2015, la SUNDDE tiene a su cargo el manejo del RUPDAE y, de acuerdo al artículo 19 *ejusdem*, la inscripción en este Registro es obligatoria para todos los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 y necesaria para poder realizar actividades económicas en el país.

Se puede observar que, aunque no ha sido calificada expresamente como una autorización en el texto del DLOPJ 2015 y principalmente su fin es obtener información sobre los sujetos de aplicación y de las actividades que realizan, sus efectos son iguales a los de un acto de autorización, puesto que permite y

¹⁴⁸ José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública...* Op. Cit. Pp 158 y 159.

¹⁴⁹ Eloy Lares Martínez. Op. cit. pp 166 y 167.

¹⁵⁰ La Providencia Administrativa No. 004 de fecha 15 de abril de 2014, publicada en Gaceta Oficial No. 40. 397 de fecha 23 de abril de 2014 establece que para realizar promociones u ofertas de bienes y servicios debe solicitarse autorización a la SUNDDE.

¹⁵¹ El artículo 4 de la Providencia No. 003 establece que la SUNDDE debe autorizar al sujeto de aplicación del DLOPJ el uso de alguna de las dos técnicas alternas de medición de costos e inventarios (costeo estándar o método de los minoristas) cuando por la naturaleza de las operaciones se dificulte o se haga impracticable la determinación o seguimiento frecuente del costo real de producción.

habilita el ejercicio de una actividad económica en el país. En este sentido, la inscripción en el RUPDAE que se demuestra a través de un comprobante digital emitido por la SUNDDE, es la que permite llevar a cabo la actividad económica.

Es decir, que la SUNDDE, en ejercicio de sus atribuciones legales, podría suspender a un sujeto de aplicación del RUPDAE como una forma de impedir temporalmente el ejercicio de una actividad económica, con fundamento en el artículo 70 del DLOPJ 2015.

En todo caso, consideramos esta medida podría ser impuesta con relación a cualquier acto de la SUNDDE que tenga como fin habilitar o permitir el ejercicio de un derecho, aunque no sea calificado expresamente como autorización, licencia o permiso dentro del DLOPJ 2015 y sus normas complementarias.

E. Ajuste de precios

El ajuste inmediato de precios es otra de las medidas cautelares nominadas que fue prevista en el artículo 70 del DLOPJ 2015; aunque dicho artículo no ofrece mayores precisiones sobre el alcance de esta medida, entendemos que se impone cuando se presume la violación del deber de los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 de comercializar bienes y prestar servicios a precios determinados por la SUNDDE, es decir, a precios regulados.

La medida de ajuste de precios tiene su antecedente inmediato en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica publicado en Gaceta Oficial No. 40.340 de fecha 23 de enero de 2014. En las leyes sobre regulación de precios y defensa al consumidor que datan del año 2007, no se contemplaba esta medida cautelar.

Se trata de una figura que ha sido aplicada de manera constata y reiterada por la SUNDDE durante procedimientos de fiscalización que realiza en el marco de jornadas ordinarias o especiales, para la verificación de cumplimiento de deberes que contempla en DLOPJ 2015 por parte de los sujetos de aplicación de esta norma.¹⁵²

La redacción del numeral 5 del artículo 70 del DLOPJ 2015 excluye la aplicación de esta medida cuando se trata de bienes y servicios cuyos precios no hayan sido fijados por la SUNDDE, es decir, cuando se trate de bienes y

¹⁵² El ajuste de precios fue la medida cautelar más aplicada en el año 2015 <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/ajuste-inmediato-de-precios-medida-preventiva-m%C3%A1s-aplicada-por-la-sundde-en-el-2015>

servicios cuyo precio deba ser determinado directamente por el productor o importador del bien o por el prestador del servicio.¹⁵³

Sobre este punto señala el autor Alejandro Gallotti¹⁵⁴ que, los bienes y servicios que no cuenten con regulación de precios en Gaceta Oficial, no podrán considerarse subsumidos en este supuesto de medida cautelar.

No obstante, si tomamos en cuenta que el artículo 70 del DLOPJ 2015 le atribuye a la SUNDDE amplias potestades para dictar todas aquellas medidas cautelares que considere pertinentes para garantizar los derechos protegidos por dicho Decreto Ley (medidas innominadas), este organismo podría también ordenar el ajuste de los precios que son determinados por el sujeto de aplicación de la normativa, cuando presuma que la auto regulación de precios realizada no cumple con los parámetros previstos en las normas legales y sub legales correspondientes.¹⁵⁵

Puede observarse, por ejemplo, como en el mes de septiembre de 2015 la SUNDDE ordenó el ajuste de precios de artículos escolares que no han sido regulados oficialmente,¹⁵⁶ es decir, no existe un acto administrativo de la SUNDDE que establezca el precio máximo de esos productos,¹⁵⁷ pero aun así,

¹⁵³ Recordemos que quien determina los precios de los productos no regulados por la SUNDDE es el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015, valiéndose de la normativa sub legal dictada por el órgano rector en materia de costos y precios, para tal fin: la Providencia No. 003 de fecha 7 de febrero de 2014 y la Providencia No. 070/2015. Se trata de las normas que contemplan límites a los márgenes de ganancia y establecen los criterios generales para la determinación de costos y precios.

¹⁵⁴ Alejandro Gallotti. *Procedimiento administrativo y potestad sancionatoria en la Ley Orgánica de Precios Justos*. En: *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 2014. pp 73-74

¹⁵⁵ Providencia Administrativa No. 003 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que establece los Criterios Contables Generales para la Determinación de Precios Justos. Gaceta Oficial No. 40.351 de fecha 7 de febrero de 2014. Providencia Administrativa No. 004 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que establece el Procedimiento para Autorizar las Promociones Solicitadas. Gaceta Oficial No. 40.397 de fecha 23 de abril de 2014. Providencia Administrativa No. 070/2015 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos que regula las modalidades para la determinación, fijación y marcaje de precios en todo el territorio nacional. Gaceta Oficial No. 40.775 de fecha 27 de octubre de 2015.

¹⁵⁶ Con información de la SUNDDE consultada en: <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/ordenan-ajuste-de-precios-en-tienda-de-art%C3%ADculos-escolares-en-anzo%C3%A1tegui>

¹⁵⁷ Por ejemplo, en el año 2015 con ocasión del inicio del año escolar la SUNDDE inició operativos con el fin de fiscalizar los precios de los útiles escolares y regular sus precios. También se han realizado innumerables planes de fiscalización con relación a diversos rubros y actividades económicas.

se procedió a imponer la medida cautelar por considerar que la auto regulación de precios no fue realizada correctamente.

En definitiva, la SUNDDE cuenta con amplias potestades para ordenar al sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 el ajuste del precio del producto o del servicio. Puede hacerlo con fundamento en el artículo 70 del DLOPJ a título de medida nominada (para los casos de precios regulados por la SUNDDE) o como medida cautelar innominada (para los casos de precios auto regulados), quedando obligado el destinatario de la medida a vender sus bienes o prestar el servicio al precio indicado por la autoridad administrativa.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS PREVISTAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Hemos indicado a lo largo de esta investigación, las bases teóricas que permiten aproximarnos a conceptos que son imprescindibles para realizar el siguiente análisis crítico. Se trata de un análisis que tiene como fin determinar si las llamadas medidas cautelares nominadas que contempla el DLOPJ 2015 pueden ser calificadas como medidas cautelares, esto de conformidad con los principios, características, presupuestos y fines propios de este tipo de medidas.

Pero en primer lugar, resulta necesario hacer algunas consideraciones con respecto a los presupuestos de las medidas cautelares a la luz del DLOPJ 2015, con el fin de resaltar aspectos importantes que inciden en el ejercicio de la potestad cautelar que ejerce la Administración Pública, como indicaremos a continuación.

1. Los presupuestos de las medidas cautelares nominadas previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos

Anteriormente hicimos referencia a los presupuestos que deben darse para que se pueda imponer una medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En este sentido, el funcionario que tenga la potestad de imponer medidas cautelares en ejecución del DLOPJ 2015 debe constatar que existan estos dos presupuestos para justificar la actuación cautelar de la Administración Pública.

El DLOPJ 2015 no hace referencia expresamente a los presupuestos de las medidas cautelares en la forma en que lo hacía la Ley del Indepabis 2010,¹⁵⁸ en la cual se preestablecieron las circunstancias que constituían el peligro en el daño y la presunción de buen derecho, necesarios para que el funcionario pudiera imponer la medida cautelar.

Así, puede observarse que el artículo 70 del DLOPJ 2015 (y de forma muy similar en los Decretos Leyes de precios justos derogados) establece que, el funcionario queda facultado para imponer las medidas cautelares, cuando i) se detecten indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en el DLOPJ 2015 y, ii) cuando existan elementos que permitan presumir que se pueden causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad.

Basándonos en lo antes expuesto sobre la definición de los presupuestos necesarios para imponer las medidas cautelares, se puede extraer de dicho artículo 70 que, en el contexto del DLOPJ 2015, el *periculum in mora* viene dado por la presunción de incumplimiento de las obligaciones contempladas en el DLOPJ 2015 y el *fumus boni iuris* por el derecho que tiene la colectividad a que no se le ocasionen daños o lesiones graves de difícil reparación, en este caso, producto del incumplimiento de las normas sobre regulación de precios y protección al consumidor.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior es importante rescatar lo siguiente: la medida cautelar solamente sería procedente cuando la presunta infracción pueda causar un daño grave de difícil reparación a la colectividad, es decir, que no será suficiente que se presuma la infracción de una obligación para que se imponga la medida.

Pero ¿Cuándo se considera que se ha generado un daño de ese tipo a la colectividad? ¿Cómo puede medirse si un daño es grave o menos grave como para ameritar la actuación cautelar de la Administración? Estamos así ante otro elemento discrecional que toma protagonismo en el ejercicio de la potestad cautelar de la Administración.

Es por ello que resulta tan importante en el ejercicio de la potestad cautelar que el funcionario realice una labor apreciativa de la situación de manera razonable y, de constatare la existencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, imponga aquella que

¹⁵⁸ “Artículo 111. Supuestos para la procedencia de medidas preventivas. A los efectos de la presente ley, el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva, viene dado por el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna especialmente aquéllos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda. La presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz”.

resulte proporcional al fin perseguido, garantizando así una actuación administrativa no arbitraria.

Para tal fin debe tener claro cuáles son los principales derechos protegidos por el DLOPJ 2015: derecho a obtener bienes y servicios a precios justos (regulados o determinados conforme a los parámetros establecidos por la autoridad competente), a obtener información adecuada sobre las características de los bienes y servicios que adquiere, a recibir dichos bienes y servicios en óptimas condiciones de calidad, así como otros tantos derechos similares que son reconocidos en el artículo 117 constitucional¹⁵⁹ y en las normas que sobre protección al consumidor trae el DLOPJ 2015.

Al haber delimitado cuáles son los derechos tutelados por el DLOPJ 2015, el funcionario podría determinar si la conducta presuntamente ilícita puede afectar el ejercicio de dichos derechos y, también, cuál es la medida cautelar idónea para evitar que esa conducta se mantenga en el tiempo e incida negativamente en la esfera de derechos reconocidos a la colectividad en materia de protección al consumidor.

Pero además, es necesario destacar que la SUNDDE, en ejercicio de su potestad cautelar, debe realizar una ponderación de los intereses y derechos involucrados que podrían ser afectados por la imposición de la medida.

La ponderación debe efectuarse independientemente de la falta de previsión expresa en el texto del DLOPJ 2015. En este sentido, el funcionario debe tomar en cuenta que, si bien la Administración está llamada a tutelar intereses generales, debe lograr un equilibrio, en el sentido de poder garantizar la protección de esos derechos sin afectar de manera irreversible o irreparable los derechos individuales de la persona que soporta los efectos de la medida cautelar.

El problema se presenta cuando observamos que el DLOPJ 2015 fue dictado con fundamento en un modelo político y económico denominado Socialismo del Siglo XXI que orienta y dirige su ejecución, tal como lo señala claramente la Exposición de Motivos del Decreto Ley. Lo peligroso de justificar de una forma tan enfática el contenido del Decreto Ley en la necesidad de alcanzar este modelo, es que las actuaciones administrativas

¹⁵⁹ “Artículo 117: Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

terminan siendo marcadas y guiadas forzosamente por una tendencia política, lo cual podría generar actuaciones administrativas cautelares arbitrarias y contrarias al fin que realmente deben alcanzar.

A lo anterior debemos agregar lo peligroso que puede resultar el hecho de establecer cláusulas abiertas que otorgan un amplio margen de apreciación y decisión a los funcionarios que participan en la inspección, pudiendo imponer las medidas nominadas o incluso innominadas que consideren necesarias, lo cual, tal como indica el autor Silva Bocaney,¹⁶⁰ implica contemplar una cláusula de contenido excesivamente discrecional que, además, desconoce la noción de tipicidad.

Por razones como las antes descritas el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 queda en una total situación de incertidumbre con respecto a si la actuación administrativa estará o no ajustada a los principios que orientan el ejercicio de sus potestades cautelares, más aún cuando la norma otorga un amplio poder discrecional que puede derivar en un daño grave a los derechos del particular.

Así, resulta necesario que la Administración actúe en apego a los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad, por una parte, para evitar actuaciones arbitrarias de la Administración que afecten indebidamente a los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015 a quienes se les impone la medida y, además, para evitar que por el hecho de adoptar medidas desproporcionadas e irracionales se termine desvirtuando el fin de la medida cautelar y se niegue a los consumidores la protección y el ejercicio de los derechos reconocidos en el DLOPJ 2015 y en nuestra Constitución.¹⁶¹

2. Comentarios con relación a la imposición de medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización

Como ya mencionamos, el DLOPJ 2015 permite a los funcionarios competentes imponer medidas cautelares en el curso de procedimientos de fiscalización y sancionatorios.

Ahora bien, el hecho de que la medida cautelar sea impuesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio no genera, en principio,

¹⁶⁰ José Gregorio Silva Bocaney. *El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos*. Revista de Derecho Público (Estudios sobre los decretos leyes 2014). No. 140. Octubre-diciembre 2014. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 263.

¹⁶¹ Tal sería el caso, por ejemplo, de una medida cautelar de cierre que impida a los consumidores el acceso a los bienes o servicios ofrecidos, o el caso de un establecimiento cuyos niveles de producción se vean afectados por un inadecuado manejo por parte de la Junta Administradora designada para ejecutar la medida cautelar de ocupación temporal.

mayor preocupación, por cuanto, de acuerdo al carácter instrumental de las medidas cautelares, ellas están destinadas a garantizar la eficacia práctica de una decisión de fondo o definitiva, es decir, de la decisión que se dicte al término de un procedimiento principal como sería el administrativo sancionatorio.

Pero distinto es el supuesto en el cual las medidas cautelares son impuestas durante un procedimiento de fiscalización o inspección, precisamente, porque en este caso no estamos ante un procedimiento principal del cual se espera una decisión definitiva que resuelva el fondo del asunto.

En primer lugar, debe destacarse que la competencia que se atribuye a la Administración para imponer medidas cautelares durante fiscalizaciones luce desproporcionada, al permitirse a los funcionarios actuantes ejecutar inmediatamente medidas que, como veremos luego, afectan en gran medida la esfera de derechos del sujeto que debe soportar sus efectos, en ausencia de un procedimiento administrativo contradictorio que culmine con una decisión en la cual se declare si infringió o no las disposiciones del DLOPJ 2015.

En ese sentido, cabe preguntarse lo siguiente: en ausencia de un procedimiento principal y, en consecuencia, en ausencia de la certeza de que se emitirá una decisión de fondo ¿cuál es el fin de la medida cautelar que se impone dentro de un procedimiento de fiscalización si no estará destinada a asegurar la eficacia práctica de una decisión? ¿Cuál será el destino y la temporalidad de la medida cautelar si no se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el DLOPJ 2015 y cuya culminación implicaría que deben cesar los efectos de la medida cautelar?

Con respecto a la primera interrogante, es importante resaltar que, al no tener como fin asegurar la eficacia práctica de una decisión que se dictará en el marco de un procedimiento principal, la pretendida medida cautelar no podría considerarse en ningún momento como tal, por cuanto carecería de las características propias de las medidas cautelares, principalmente, de la más representativa: la instrumentalidad.

Sobre este punto, es importante realizar un paréntesis para destacar la opinión de la autora Karina Anzola Spadaro con respecto al carácter autónomo e instrumental de las medidas cautelares que fueron contempladas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.889 del 31 de julio de 2008.

Dicho Decreto Ley del 2008, contemplaba en su artículo 111 las medidas cautelares que podían imponerse durante las inspecciones realizadas por el INDEPABIS y establecía también un lapso de oposición a la medida y de decisión por parte del Presidente del INDEPABIS.

Precisamente, la autora Karina Anzola Spadaro¹⁶² realizó un análisis con el fin de abordar, principalmente, la naturaleza de las medidas previstas en el mencionado artículo 111. En ese sentido, se refirió de manera general a las principales características de las medidas cautelares, para luego, con base a ello, concluir que las medidas cautelares contempladas en el artículo 111 de la Ley del Indepabis 2008 tenían carácter autónomo y no cautelar, argumentando para ello, básicamente lo siguiente:

- i) No son instrumentales al no haber sido concebidas como un medio para precaver los efectos de la decisión definitiva que se pronuncie sobre el fondo del asunto. No son instrumentos de una posterior decisión definitiva derivada de un procedimiento administrativo contradictorio. Son decisiones autónomas e independientes, no son provisorias y carecen de la reversibilidad propia de las medidas cautelares.¹⁶³
- ii) Las medidas son un fin en sí mismas. A título de ejemplo, la autora se refiere a dos casos: a) cuando se decreta el comiso de mercancías, inmediatamente se procede a disponer de ella sin que se pruebe la falta en la que incurrió el particular y, b) cuando se decreta la operatividad temporal y se toma posesión de los bienes y equipos de producción, despojando al propietario o al poseedor legítimo de ellos sin que exista una decisión de fondo producto de un proceso judicial o un procedimiento administrativo.¹⁶⁴
- iii) Son inconstitucionales porque no son instrumento de una posterior y definitiva decisión a dictarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que la parte afectada pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa, presentar alegatos y pruebas con el fin de desvirtuar los cargos que se le atribuyen. También son inconstitucionales por tratarse de sanciones, que inciden de gran manera sobre los derechos subjetivos de los particulares, adoptadas sin procedimiento previo. De esta forma, se configura una violación

¹⁶² Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. pp 271 y sig.

¹⁶³ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 274

¹⁶⁴ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 274

al derecho constitucional al debido procedimiento y al derecho a la defensa y la presunción de inocencia.¹⁶⁵

Observamos que la opinión de la autora Anzola, pese a que fue realizada con respecto a un Decreto Ley que no es el objeto de nuestro estudio en esta oportunidad, puede aplicarse al caso bajo análisis, atreviéndonos afirmar que las pretendidas medidas cautelares que son impuestas en el curso de procedimientos de fiscalización que se realizan en el marco del DLOPJ 2015, son medidas autónomas, no instrumentales y, además, son impuestas en violación de derechos constitucionales como el derecho a la propiedad, a la defensa y a la presunción de inocencia, tal como indicaremos más adelante. En definitiva, no pueden ser calificadas como medidas cautelares.

Con respecto a la segunda interrogante planteada anteriormente con relación a ¿Cuál será el destino y la temporalidad de la medida cautelar si no se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el DLOPJ 2015? debemos concluir que, si no existe una decisión de la Administración destinada a revocar la pretendida medida cautelar impuesta en el marco de una fiscalización o, si no se estableció la temporalidad de la medida cautelar en el Acta levantada en la inspección, dicha medida se mantendría surtiendo efectos de manera indefinida.

En lo que respecta a las medidas cautelares nominada, podrían mantenerse de manera indefinida la ocupación temporal, el cierre temporal, el ajuste de precios y la suspensión de permisos, autorizaciones o licencias. En el caso del comiso, sería inútil establecer un límite temporal de duración o revocar la medida y revertir sus efectos, puesto que la ejecución del comiso es inmediata y sus efectos se agotan con la disposición también inmediata de los bienes.

Resaltamos en esta oportunidad la opinión del autor Juan Domingo Alfonzo,¹⁶⁶ quien al referirse a la medida cautelar de ajuste de precios, a su aplicación dentro de los procedimientos administrativos de inspección o fiscalización y al vacío o falta de claridad existente en cuanto a los supuestos que dan lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, indica que, si la SUNDDE no resuelve la oposición a la medida presentada por el sujeto afectado, el acto administrativo que ordena el ajuste de precios puede permanecer inalterado en el tiempo y se estaría configurando una congelación

¹⁶⁵ Karina Anzola Spadaro. *El carácter autónomo de las medidas preventivas...* Op. cit. p. 276.

¹⁶⁶ Juan Domingo Alfonzo Paradisi. *Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015.* Revista de Derecho Público No. 1433-144. Julio-diciembre 2015. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 241. Op. cit. pp. 241-242.

de los precios objeto de la medida, afectando además el derecho a la defensa del particular y generando daños económicos a la empresa.

En definitiva, sobran razones para cuestionar el carácter cautelar de las medidas nominadas previstas en el DLOPJ 2015, como indicaremos próximamente, pero mucho más cuestionable es imponerlas con un pretendido carácter cautelar en el marco de un procedimiento administrativo de fiscalización, en violación de derechos constitucionales que amparan al sujeto de aplicación del decreto ley.

3. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal

Hemos agrupado el análisis del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal, porque consideramos que merecen iguales o similares comentarios que hacen innecesario un examen separado de estas figuras, principalmente por haber sido contempladas como medidas cautelares pero también como sanciones.

El análisis fue dividido en tres subtítulos con el fin de destacar, en primer lugar, las consecuencias de haber previsto estas figuras como medidas cautelares y también como sanciones, para luego exponer en detalles las razones por las cuales consideramos que dichas figuras no poseen las características propias de las medidas cautelares. Por último explicaremos por qué la imposición de estas figuras a título de medidas cautelares es contraria a los principios que rigen la actividad cautelar de la Administración.

A. El comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal fueron previstas como medidas cautelares y también como sanciones administrativas y accesorias

Como ya comentamos con anterioridad, el DLOPJ 2015, contempla al comiso, al cierre temporal y a la ocupación temporal como medidas cautelares pero también como sanciones, tal como podrá observarse en el siguiente cuadro:

MEDIDAS CAUTELARES (ARTÍCULO 70)	SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ARTÍCULO 38)
Comiso preventivo de mercancías	Comiso de los bienes objeto de la infracción o de los medios con los cuales se realizó
Ocupación temporal de los establecimientos o bienes	Ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias,

indispensables para el desarrollo de la actividad por un lapso de 180 días prorrogables.	comercios, transporte de bienes, por un lapso de hasta 180 días prorrogables por una sola vez.
Cierre temporal del establecimiento	Cierre temporal de almacenes, depósitos o establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes.

Además de reflejar que las tres figuras objeto de análisis en este aparte fueron contempladas como medidas cautelares y como sanciones que pueden imponerse en ejecución del DLOPJ 2015, en el cuadro anterior también puede visualizarse que, al parecer, la intención del legislador fue matizar el alcance del comiso, de la ocupación temporal y del cierre temporal cuando se regularon como medidas cautelares, probablemente para evitar o intentar evitar que puedan confundirse o calificarse como sanciones.

Nótese que al **comiso** como medida cautelar se le denomina “*comiso preventivo de mercancías*” y cuando se describe como una sanción, se le da una connotación más grave, puesto que se aplica como consecuencia de la comisión de una infracción. Pero realmente, en el contexto del DLOPJ 2015, el alcance del comiso, cuando se impone como medida cautelar o como sanción es el mismo: despojar al sujeto a quien se le impone de la propiedad del bien decomisado.

En efecto, de acuerdo con el artículo 70 del DLOPJ 2015, cuando el comiso se impone como medida cautelar los bienes son enajenados inmediatamente con fines sociales y al producto de la enajenación se le da el destino que se indique en la providencia definitiva, esto es, se despoja al sujeto a quien se impone la medida de los bienes decomisados.

En la práctica se observa que los bienes decomisados por la SUNDDE en el curso de procedimientos de fiscalización (a título de medida cautelar), son puestos a la venta por dicho organismo, es decir, que se realiza una disposición inmediata de los bienes, impidiendo así que puedan luego ser restituidos al propietario en caso de declararse que no cometió la conducta ilícita que dio lugar a la aplicación de la medida cautelar.¹⁶⁷ Es decir, que el

¹⁶⁷ Son múltiples los casos en que la SUNDDE ha decomisado bienes en el curso de procedimientos de fiscalización y ha puesto a la venta dichos productos. A continuación algunos ejemplos tomados de la página web de la SUNDDE y de portales de noticias. <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=noticias/m%C3%A1s-de-500-toneladas-de-alimentos-y-otros-rubros-han-sido-decomisados-en-m%C3%A9rida>, <http://www.correodelorinoco.gob.ve/regiones/alimentos-decomisados-por-sundde-se>

efecto de imponer el comiso como medida cautelar en el contexto del DLOPJ 2015, es igual al efecto derivado de su imposición como sanción.¹⁶⁸

En cuanto a la **ocupación temporal** se observa que no existe tampoco diferencia con relación a los efectos de imponerla como medida cautelar o como sanción. En ambos casos la Administración actuará igual, es decir, tomará el dominio de las actividades económicas que se realizan en el establecimiento, asumiendo la toma de decisiones operativas y/o administrativas.

Así, pueden observarse en la práctica ejemplos de empresas que han sido objeto de medidas de ocupación temporal y la SUNDDE se ha encargado de designar al administrador *pro tempore* y de atribuirle las gestiones operativas de la empresa, el manejo del giro comercial, de cuentas bancarias, gestión de permisos y licencias, uso de vehículo y otras atribuciones similares que reflejan el despojo del derecho del propietario al uso, goce y disposición del bien ocupado¹⁶⁹.

Incluso, resulta más grave que en el caso de la ocupación temporal como medida cautelar no se establece una limitación en cuanto a la cantidad de prórrogas que pueden otorgarse, a diferencia de lo que ocurre cuando es impuesta como sanción, en cuyo caso se puede prorrogar por 180 días, una sola vez.

Y aunque las medidas cautelares, por su carácter instrumental, están destinadas a mantenerse vigentes hasta que la autoridad administrativa dicte

distribuyeron-al-pueblo-guasgualito/, http://www.el-nacional.com/economia/Sundee-inicio-venta-repuestos-decomisados_0_695330564.html

¹⁶⁸ Se asimila también al comiso como pena accesoria contemplado en la Ley Orgánica de Drogas, que implica una privación definitiva del derecho de propiedad sobre el bien.

¹⁶⁹ Caso de la ocupación temporal de Supermercados Día a Día: <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/sites/default/files/gaceta%2040.603.pdf> Caso de la ocupación temporal de panaderías en el Área Metropolitana de Caracas, especialmente de la panadería Bakery, la cual fue ocupada temporalmente por la SUNDDE inicialmente por un período de 90 días y, según lo reseñado por la prensa, posteriormente se extendió el lapso de ocupación. El nombre de la panadería fue sustituido y la ejecución operativa quedó a cargo de los Consejos Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) y consejos comunales de la zona, mientras que los propietarios de la empresa fueron impedidos de continuar a cargo del comercio: <http://www.albatv.org/Tres-meses-mas-de-ocupacion.html>, <http://runrun.es/nacional/301726/sundde-ocupacion-temporal-de-panaderias-tendra-una-duracion-de-90-dias.html> <http://contrapunto.com/mobile/noticia/tras-fiscalizacion-de-sundde-a-la-panaderia-mansion-bakery-le-cambiaron-hasta-el-nombre-127028/>

la decisión definitiva del caso o decida revocar o sustituir la medida en el curso del procedimiento de que se trate, lo cierto es que, ante una realidad en la que se observan procedimientos administrativos cuya duración puede prolongarse por meses y hasta años, no sería cónsono con los principios y características de las medidas cautelares, imponer una ocupación temporal que pueda mantenerse por un lapso de tiempo exagerado, afectando los derechos inherentes al ejercicio de la propiedad y de la libertad económica del sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 al que se le impone.

Por último, sobre el **cierre de establecimientos** es importante resaltar que su alcance y sus efectos son iguales cuando se imponen como medida cautelar y como sanción. En ambos casos, el cierre podrá recaer sobre establecimientos destinados a la producción, depósito, almacén o comercialización y generarán la misma afectación a los derechos del propietario o de quien realice una actividad económica en dicho establecimiento. Nos referimos a lesiones al ejercicio de los derechos a la propiedad y a la libertad económica principalmente.

Al observar las consideraciones realizadas anteriormente surge la siguiente pregunta: ¿pueden el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal de establecimientos ser utilizados para cumplir con una tutela cautelar y para sancionar? La respuesta, en nuestro criterio, es negativa. Una figura de naturaleza sancionatoria no puede cumplir un fin cautelar, ello se debe a que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción son muy diferentes a los que se buscan al imponer una medida cautelar.

Lo que se pretende con una medida cautelar es, en definitiva, proteger un derecho que haya sido o pudiere ser afectado por una conducta ilícita que se presume realiza la persona a quien va dirigida la medida. En cambio, el fin de una sanción es (sin intención de ahondar en las diversas tesis que explican el fin de la pena) castigar a quien ha cometido una conducta prohibida, previa tramitación de un procedimiento en el cual haya quedado demostrada su culpabilidad.

De manera que, de nada sirve utilizar calificativos como preventivo, temporal o provisional si los efectos de la medida que se impone son tan lesivos como una sanción, son desproporcionados, irracionales e inadecuados para cumplir con el fin cautelar que se propone la norma.

Evidentemente, toda medida cautelar, al ser una manifestación de la actividad administrativa que se realiza en ejercicio de una potestad ablativa, puede limitar la esfera de derechos de quien deba soportarla, pero recordemos que toda actividad del Poder Público, sea esta legislativa o administrativa, debe ejercerse en observancia de los principios de proporcionalidad, racionalidad y legalidad como límite al ejercicio del poder y como garantía de

los derechos de los sujetos que soportarán la imposición de la medida cautelar.

En conclusión, ni el comiso, ni el cierre temporal ni la ocupación temporal de establecimientos previstos en el DLOPJ 2015 pueden cumplir un fin cautelar (y sobre este punto ahondaremos a continuación), por ello, los funcionarios que detentan la potestad cautelar deberían evitar la imposición de estas figuras bajo el título de medidas cautelares.

B. El comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal no poseen las características propias de las medidas cautelares

Las tres figuras que analizamos en esta oportunidad no pueden calificarse como medidas cautelares porque no poseen las principales características de dichas medidas: instrumentalidad, provisoriedad, reversibilidad y variabilidad.

Afirmamos que las medidas de comiso, ocupación temporal y cierre de establecimientos **no tienen carácter instrumental**, porque son figuras cuyos efectos son iguales a los de una sanción, es decir, sustituyen de manera anticipada los efectos de esa decisión y no nacen a la espera de una providencia definitiva; tienen carácter definitivo e irreversible y no cumplen un fin cautelar.

De la ausencia de la instrumentalidad antes explicada deriva la **inexistencia de la provisoriedad**, la cual supone que los efectos de la decisión cautelar durarán únicamente el tiempo que transcurra desde la fecha de su imposición hasta la fecha en que se dicte la decisión final del procedimiento administrativo sancionatorio.

Pero este carácter temporal o provisorio es inexistente cuando nos encontramos frente a figuras como el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal, cuyos efectos son definitivos y se asimilan a los de una sanción. En efecto, si la imposición de alguna de estas figuras no sirven a una decisión final, en el sentido de que no tienen como fin asegurar preventivamente las resultas de un procedimiento sino anticipar los efectos de esa decisión, no pueden tener carácter provisorio.

Tampoco pueden tener carácter reversible, por cuanto sus efectos serían definitivos. De nada valdría entonces sustituir o revocar la medida si ya ha causado efectos irreversibles a la esfera de derechos del sujeto de aplicación a quien se le impone.

Es así como cabe preguntarse: ¿Sería útil revocar una medida de comiso luego de haberse ordenado la venta de los bienes decomisados? ¿Sería útil

revocar una medida cautelar de cierre temporal después que han transcurrido meses desde su imposición? ¿Sería útil revocar una medida de ocupación temporal después de haberse dejado la administración y manejo del establecimiento en manos del ente ocupante por un largo período de tiempo, con todos los daños que ello podría representar para el propietario?

La revocatoria o sustitución de la medida en casos como los señalados anteriormente no tendría mayores consecuencias para la persona a quien le fue impuesta, debido a que sus efectos sumamente lesivos ya habrían afectado negativamente su esfera de derechos. En razón de ello, consideramos que la **variabilidad** (revocar una medida o modificarla para adecuarla a las circunstancias de hecho, en garantía de los principios que rigen la tutela cautelar) deja de tener sentido cuando se imponen como medidas cautelares figuras como el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal.

Es así como queda en evidencia que las medidas cautelares analizadas en este Título no tienen las características propias de este tipo de medidas y, por ende, no pueden cumplir una función cautelar.

C. La imposición del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad

Varias son las razones que nos llevan a afirmar que la imposición del comiso, el cierre temporal y la ocupación temporal bajo el título de medidas cautelares viola principios de suma importancia para la actividad cautelar de la Administración, como lo son la proporcionalidad y razonabilidad.

Se trata de figuras que afectan principalmente los atributos del derecho de propiedad, así como el derecho a la libertad económica y el derecho a la presunción de inocencia, es decir, son figuras en extremo gravosas y que no son medidas idóneas para cumplir el fin de una medida cautelar.

En efecto, existe la posibilidad de adoptar medidas que causen menor daño a la esfera de derechos de la persona a quien se le impone, pero que puedan cumplir el fin cautelar perseguido: resguardar los derechos de la colectividad protegidos por el DLOPJ 2015. Se trata principalmente de la protección del derecho de los consumidores a tener acceso a bienes y servicios en las condiciones previstas en el DLOPJ 2015 (a adquirirlos a un “precio justo”, a que exista disponibilidad de los bienes y servicios en el mercado, a que se cumplan con las condiciones de calidad establecidas en la ley, entre otros).

Por ejemplo, en el caso de la venta de un bien a un precio superior al fijado por la SUNDDE es posible que el fin cautelar perseguido, esto es, la

protección del derecho de los consumidores a adquirir bienes a precio justo, pueda alcanzarse con la imposición de una medida cautelar como el ajuste inmediato de precios. En ese sentido, ¿se justifica que en situaciones como la antes descrita se deba decomisar la mercancía, cerrar u ocupar temporalmente el establecimiento si puede lograrse el objetivo cautelar con una medida menos grave para el sujeto que deba soportarla?

Por otra parte, si se presume que una conducta de algún sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 pudiere afectar el derecho de los consumidores al acceso a bienes y servicios de manera continua, ¿se justifica que, en caso de que exista, por ejemplo, una disminución de la producción de un determinado bien, se deba proceder a la ocupación temporal o cierre temporal del establecimiento? ¿No existen medidas menos graves que puedan cumplir el fin cautelar perseguido?

Lo más importante en este punto es destacar que la Administración tiene la potestad de decidir, dentro del catálogo de medidas nominadas previstas en el DLOPJ 2015, cuál es la medida adecuada para cumplir con el fin cautelar que persigue. Incluso, puede optar por no aplicar ninguna de esas medidas nominadas y proceder a imponer una medida innominada, respetando siempre los principios que rigen el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración.

No se pretende negar la importancia que representa para la Administración y para el colectivo en general, garantizar el ejercicio de derechos de interés común como lo sería el acceso a bienes y servicios en las condiciones de calidad y precio previstas en el DLOPJ 2015. Pero esta necesidad no puede justificar que la Administración imponga las mal llamadas medidas de comiso, cierre temporal y ocupación temporal, para tutelar cautelarmente esos derechos.

En todo caso, vale destacar que la desproporción e irracionalidad de las actuaciones cautelares de la Administración que se ejecutan en aplicación del DLOPJ 2015, encuentran su origen en disposiciones legales igualmente irracionales y desproporcionadas.

El reconocimiento a nivel de legal de medidas cautelares que no tienen tal carácter (tal como ocurre en el caso del DLOPJ 2015) despoja de razón la actuación legislativa y la actuación administrativa que se desarrolla en su ejecución, mucho más cuando bajo el conocimiento de que no son las medidas idóneas para cumplir el fin cautelar propuesto, la Administración decide imponerlas sacrificando en muchos casos los derechos de los particulares.

4. Suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE

La suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones parece ser la medida cautelar menos lesiva a los derechos del particular, en comparación con el resto de las medidas nominadas enumeradas en el artículo 70 del DLOPJ 2015, puesto que no genera una afectación tan grave al derecho de propiedad como sí ocurre en el caso del comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal.

Sin embargo, dependiendo del tipo de autorización, licencia o permiso suspendido, la medida podrá considerarse más o menos lesiva. Así por ejemplo, la suspensión de la autorización de promociones no generaría mayor daño al sujeto de aplicación, o al menos no generaría daños tan graves como los derivados de la suspensión del RUPDAE.

Ya indicamos que si bien la inscripción en el RUPDAE no es calificada expresamente como una licencia, autorización o permiso, es sabido que, conforme al DLOPJ 2015, la inscripción en dicho registro es necesaria para ejercer una actividad económica en el país, es decir, que tiene como fin autorizar.

En este sentido, es posible que la SUNDDE decida imponer como medida cautelar la suspensión del RUPDAE, generando la imposibilidad de ejercer la actividad económica. Asimilaríamos así los efectos de la suspensión temporal del RUPDAE a los efectos del cierre de establecimiento puesto que no se podría ejercer la actividad económica durante el tiempo que dure la suspensión.

De hecho, la suspensión del RUPDAE genera efectos tan perjudiciales al sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 al que se le impone, que en el texto de dicho Decreto Ley fue tipificada como una sanción administrativa que puede aplicarse por un período de 3 meses a 10 años.

Así, dada la gravedad que reviste la suspensión del RUPDAE, la prevalencia de los principios que rigen la actividad administrativa: proporcionalidad, racionalidad, es absolutamente necesaria al momento de determinar si se ordena o no como medida cautelar.

En todo caso, cabe reproducir aquí los argumentos expuestos en el punto anterior con relación a aquellas figuras sancionatorias a las cuales pretende darse una apariencia cautelar pese a que no cumplen con las características de instrumentalidad, provisoriedad y reversibilidad.

Así, la suspensión del RUPDAE al tener efectos definitivos no puede alcanzar el fin que se busca con la tutela cautelar puesto que no se dicta a la

espera de una decisión final y anticipa los efectos de una decisión definitiva, en consecuencia, no tiene carácter instrumental, mucho menos tiene carácter provisorio y los efectos de su imposición podrían llegar a ser irreversibles e irreparables, dada la gravedad del alcance esta medida y del impacto que genera en los derechos del particular quien va dirigida.

5. El ajuste de precios

Como indicamos anteriormente, la medida cautelar de ajuste de precios puede ser impuesta por la Administración cuando se presume que el sujeto de aplicación del DLOPJ 2015 no cumple con la regulación de precios realizada por la SUNDDE o cuando la auto regulación efectuada por el importador, productor o comercializador de bienes o prestador de servicios, sea excesiva.

En el primero de los casos la medida se impondrá con fundamento en el numeral 5 del artículo 70 del DLOPJ 2015, mientras que en el segundo, el ajuste debería realizarse con base en la potestad de dictar medidas cautelares innominadas que le atribuye el Decreto Ley a la autoridad administrativa, puesto que la medida nominada de ajuste de precios solamente aplica sobre los productos cuyos precios son regulados por la SUNDDE.

Cabe destacar, que en el caso en que se observe que el sujeto de aplicación vende un producto o presta un servicio a un precio superior al regulado, la autoridad administrativa no requiere mayores indicios para proceder a decretar la medida. Basta con verificar que el precio al cual se vende el bien o presta el servicio no es el regulado en la Providencia Administrativa dictada por la SUNDDE, para que se presuma el incumplimiento de la obligación de respetar las regulaciones de precios.

Sin ánimo de ahondar en las críticas sobre la potestad de regulación de precios que detenta la Administración, debe destacarse que, si lo que se pretende es proteger el derecho de los consumidores a obtener bienes a precios “justos” y si esos precios han sido supuestamente determinados por la SUNDDE sobre parámetros razonables, la medida cautelar de ajuste de precios tendría sentido y podría considerarse adecuada para cumplir el fin cautelar perseguido.

Pero en el caso de los productos cuyos precios son auto regulados la situación resulta más complicada para la Administración Pública, por cuanto el funcionario deberá realizar una verificación minuciosa sobre las estructuras de costos, precios y márgenes de ganancia, a fin de poder obtener elementos que le hagan presumir que la auto regulación fue excesiva y no conforme con las regulaciones que han sido previstas en el DLOPJ 2015 y en las normas sub

legales dictadas por la SUNDDE, que establecen los parámetros que deben seguirse para la determinación de los precios.

En los casos en los que se observe que la determinación del precio fue desmedida y se haga necesario imponer una medida cautelar destinada a ajustar el precio, es importante resaltar lo peligroso que ello puede resultar, por diversos factores que indicaremos a continuación. .

En primer lugar, la SUNDDE debe estar en la capacidad de comprender todos los aspectos técnicos, contables y jurídicos que rigen la determinación de precios. Pero además, debe estar capacitada para entender la actividad económica que se realiza, su naturaleza y las particularidades propias de la actividad; sobre todo porque en materia de contabilidad, los principios y normas contables de aplicación general no se aplican rígida y unívocamente.

En efecto, la autora Gladys Carolina Soteldo¹⁷⁰ al referirse a la forma en que son implementados dichos principios y normas, indica que la tendencia internacionalmente es que se permita diferenciar su aplicación atendiendo a la naturaleza de la actividad económica, al sector al cual pertenece, a los riesgos que asume y a otras variables que sirvan para reflejar las transacciones reflejadas por la empresa y los eventos jurídicos y económicos que la impactan.

Sobre la medida cautelar de ajuste de precios, el autor Juan Domingo Alfonzo¹⁷¹ ha resaltado que, suele ocurrir, que durante los procedimientos de fiscalización o inspección se ordena un ajuste inmediato de precios de los bienes a comercializar o servicios a prestar. Esta orden puede consistir en algunos casos, en ajustar a un precio específico menor con un porcentaje específico de reducción, o en otros casos, a ajustar los precios a un treinta por ciento (30%) de margen de ganancia sobre la estructura de costos del bien o servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del DLOPJ 2015 (norma que establece en treinta por ciento (30%) el margen de ganancia que puede percibir un sujeto de aplicación del DLOPJ 2015).

Resalta el citado autor, que el problema se presenta cuando la SUNDDE, en muchas ocasiones, no revisa la estructura de costos presentadas o plantea márgenes de ganancia que no son reales por no tomar en cuenta diversos costos (de producción, laborales, entre otros), lo cual genera una falsa

¹⁷⁰ Gladys Carolina Soteldo Silva. *Regulación legal a las ganancias empresariales, comerciales e industriales y su impacto*. En: *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. 2014. p 141.

¹⁷¹ Juan Domingo Alfonzo Paradisi. *Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta No. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015*. Revista de Derecho Público No. 143-144. Julio-diciembre 2015. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p 241.

apreciación de los hechos por parte de la SUNDDE al considerar de manera errada que los márgenes de ganancia son superiores a los que realmente percibe el sujeto de aplicación.

En este sentido, observamos que, si la medida de ajuste de precios es aplicada sin considerar múltiples aspectos contables y económicos, o sin apreciar las particularidades que rodean el desarrollo de una determinada actividad económica, la orden de ajustar precios de bienes y servicios puede ser excesiva, no ajustada a la realidad y, en consecuencia, sería violatoria de los derechos e intereses del sujeto a quien se le impone, pudiendo generar graves afectaciones al desenvolvimiento de la actividad realizada, lo cual se vería agravado por la sumariedad y urgencia con que debe adoptarse la medida.

CONCLUSIONES

La constante y sucesiva incorporación de las medidas cautelares objeto de análisis en los textos de las Leyes y los Decretos Leyes que han sido dictados para regular la materia de protección al consumidor y de regulación de precios, nos permite concluir que cada vez más se ha ido fortaleciendo la potestad cautelar de la Administración Pública, en el sentido de que se le han otorgado mayores poderes de intervención y control de la actividad económica del sujeto de aplicación del DLOPJ 2015.

Pero no sólo se establecen medidas cautelares nominadas, también se ha permitido la posibilidad de que la Administración pueda dictar medidas cautelares innominadas, esto es, cualquier otra que sea necesaria para proteger los derechos de los ciudadanos en materia de protección al consumidor y control de precios.

Lo indicado anteriormente evidencia que la intención legislativa es reforzar cada vez más los poderes cautelares de la Administración, otorgándole mayor discrecionalidad al momento de decidir si el hecho que se presume violatorio de la Ley es capaz de causar un daño grave o de difícil reparación a la colectividad y al decidir cuál medida cautelar imponer (sea ésta nominada o innominada) y su temporalidad.

Precisamente, se atribuyó a la SUNDDE como autoridad administrativa que tiene encomendada la ejecución del DLOPJ 2015, la potestad de imponer bajo el título de medidas cautelares, el comiso, la ocupación temporal, el cierre temporal, la suspensión de licencias, permisos y autorizaciones otorgadas por la SUNDDE y el ajuste de precios, siempre y cuando se constate la existencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* como requisitos de procedencia

para la imposición de las medidas cautelares y siempre que, realice la correspondiente ponderación de los intereses involucrados.

La ponderación que debe efectuar la autoridad administrativa sobre los intereses que podrían verse afectados de concederse o no la medida cautelar es fundamental para garantizar que la actuación de la Administración sea lo más ajustada posible a los principios de racionalidad y proporcionalidad, que limitan el ejercicio de potestades administrativas.

La Administración debe actuar siempre atendiendo a la protección de los intereses generales que tutela pero no por ello puede actuar de manera desmedida y justificar cualquier actuación desproporcionada o irracional que anule o sacrifique derechos individuales, en la necesidad de preservar dichos intereses.

Por otra parte, es de resaltar la clara orientación política que sirve de motivación al DLOPJ 2015 y que, directa o indirectamente, termina por influenciar la actividad cautelar que la Administración ejerce en ejecución de esa normativa. Puede observarse en la práctica cómo existe una predisposición de la autoridad administrativa con respecto a la actuación de los sujetos de aplicación del DLOPJ 2015.

Así, generalmente se asume antes de realizar una fiscalización o procedimiento sancionatorio, que quienes realizan actividades económicas en el país no cumplen con las normas legales y sub legales en materia de precios y protección al consumidor, condicionando de esa forma la actividad que debe realizar el funcionario para decidir si impone o no una medida cautelar. Este tipo de situaciones distorsiona la actividad cautelar de la Administración pudiendo llegar a generar actuaciones desmedidas, arbitrarias y que no cumplan el fin preventivo perseguido.

En definitiva, se ha notado una intensa atribución de potestades cautelares y de inspección a las autoridades administrativas, quienes en la práctica han impuesto innumerables veces medidas como las aquí analizadas, aparentemente sin evaluar ni ponderar los perjuicios que con esa actuación causan al destinatario de la medida y sin considerar que la garantía de los derechos protegidos por el DLOPJ 2015, podría lograrse con la imposición de medidas cautelares menos lesivas.

Lamentablemente, es la propia norma legal la que permite a la autoridad administrativa, en este caso la SUNDDE, imponer medidas cautelares cuyos efectos son iguales a los de una sanción, pero ante el error cometido por el legislador, debería la propia autoridad administrativa en respeto a los principios que rigen su actividad, imponer bajo parámetros de racionalidad y

proporcionalidad, medidas menos graves y sin carácter definitivo, que puedan cumplir el fin cautelar propuesto.

Lo cierto es que el comiso, la ocupación temporal y el cierre temporal de establecimientos son figuras que, al tener carácter sancionatorio no pueden ser utilizadas para cumplir un fin cautelar. No son instrumentales ni provisorias, así como tampoco son variables y reversibles.

La suspensión de licencias, permisos y autorizaciones podría cumplir un fin cautelar dependiendo de cuál de ellas pretenda suspenderse. No obstante, como señalamos con anterioridad, la suspensión del RUPDAE excedería la función de una medida cautelar al producir efectos similares a los de un cierre de establecimiento.

Por su parte, el ajuste de precios pareciera ser la única de las medidas cautelares nominadas que sería capaz de cumplir un fin cautelar. Al menos no representaría mayor problema o riesgo que esta medida se imponga cuando se vende un producto o presta un servicio a un precio superior al regulado a través de un acto administrativo por la SUNDDE.

La mayor complicación se presentaría en el caso de que la medida se imponga sobre productos no regulados cuyos precios son auto determinados por el sujeto de aplicación del DLOPJ. En este supuesto la labor de revisión de la Administración podría resultar más engorrosa por cuanto tendría que atender a las particularidades del negocio para poder decidir si la determinación realizada por el sujeto de aplicación es correcta o errada.

En definitiva, el DLOPJ 2015 contempla un catálogo de medidas cautelares nominadas que, en su mayoría no cumplen con las características propias de las medidas cautelares y, por ende, no pueden calificarse como tales. Su imposición a título de medida cautelar se tornaría desproporcionada, irracional y capaz de afectar gravemente derechos de los particulares que deben soportar sus efectos, atentando así contra la lógica, la legalidad y la razonabilidad que debe prevalecer en el ejercicio de toda función administrativa.