

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Jesús A. Azuaje T.¹

Resumen: *El artículo estudia las potestades cautelares del juez contencioso administrativo de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la legislación especial en la materia con particular énfasis en el caso de las llamadas medidas cautelares autónomas y sus diferencias con la tutela anticipada y la tutela autosatisfactoria.*

Palabras clave: *Medida cautelar – Contencioso administrativo – Expropiación.*

SUMARIO. Introducción. I. La tutela judicial efectiva. **II.** La tutela diferenciada. **1.** Modos de manifestación. **A.** Tutela cautelar. **B.** Tutela anticipada. **C.** Medidas autosatisfactorias. **III.** Antecedentes legislativos. **1.** Materia tributaria. **2.** Materia agraria. **A.** La sentencia N° 956/2006. **B.** La sentencia N° 368/2012. **C.** La sentencia N° 1031/2013. **D.** La sentencia N° 420/2014. **IV.** La tutela cautelar en el contencioso administrativo. **1.** Los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **2.** De la tutela cautelar en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social. **3.** Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública o social. **A.** Caso: Sociedad Mercantil Venepal, C.A. **B.** Caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero. **C.** Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. **D.** Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. (oposición a la medida). **4.** Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en el contencioso administrativo general. **A.** Caso: Constructora Norberto Odebrecht S.A. **B.** Caso: Consolidada De Ferrys, C.A. (Conferry). **C.** Medidas ¿cautelares? ¿autónomas? innominadas dictadas con fundamento en medidas administrativas de ocupación temporal. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La tutela judicial efectiva se erige como derecho fundamental en la mayoría de los estados modernos, en virtud del cual, en términos generales, se garantiza el acceso de los justiciables a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses frente a actuaciones de terceros o situaciones que pudieran ser adversas a los mismos. El carácter vanguardista del constituyente del 99, lo impulsó a la ampliación del derecho en cuestión, anteriormente previsto en el artículo 68 de la Constitución de

¹ Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello.

1961; con el objeto de dejar expresamente establecida dicha garantía Constitucional, señalando en el artículo 26 que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y obtener con prontitud la decisión correspondiente a los mismos”.

En la práctica la añoranza de prontitud y celeridad en la obtención de la justicia encuentra como limitante otra garantía de rango constitucional como lo es la relativa al Derecho a la Defensa y al Debido Proceso consagrada en el artículo 49 de la vigente Carta Magna, contenido de las garantías procesales mínimas que tiene toda persona en el ámbito de cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial.

En realidad, más allá de considerar que se trata de derechos contrapuestos, la doctrina y la jurisprudencia unánimemente han dejado claramente establecido que ambas garantías se encuentran intrínsecamente relacionadas, señalando al respecto la Sala Constitucional del máximo tribunal de la República que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. (Vid Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia N° 576 del 27/04/2001).

De ahí que el proceso jurisdiccional, como instrumento fundamental para la realización de la justicia, debe inexorablemente ser tramitado respetando el tiempo necesario a fin de que las partes intervinientes en el mismo puedan ejercer cabalmente su defensa en los términos previstos en el mencionado artículo 49, correspondiéndole a los jueces, como directores del proceso, velar por su irrestricto cumplimiento so pena de que la tutela solicitada, más allá de ser efectiva, derive en inefectiva y por ende contraria a los principios y postulados de nuestra Carta Magna.

El tiempo, necesario e imprescindible de duración de determinado proceso judicial podría constituirse en una herramienta útil y poderosísima de obstaculización de la justicia mediante el despliegue de conductas que tiendan a amenazar el derecho cuyo reconocimiento se solicita causando una pérdida o perjuicio irreparable al justiciable, y consecuentemente haciendo inejecutable el fallo o decisión de fondo; en detrimento de la verdadera justicia.

Precisamente para evitar que la justicia pierda su eficacia durante la sustanciación de determinado proceso judicial (principal), emergen las medidas cautelares cuyo fin primigenio no es otro más que el de asegurar provisionalmente la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que habrá de dictarse pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, lográndose plenamente de esta forma la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva.

En Venezuela el régimen general de las medidas cautelares se encuentra regulado en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, conforme a los cuales el Tribunal de la causa puede decretar cualquiera de las medidas cautelares, típicas o nominadas (embargo de bienes muebles, secuestro y prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles), siempre y cuando concurren los siguientes presupuestos procesales a saber: (i) Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o como bien procesalmente se le denomina "*Periculum in Mora*" y (ii) la presunción de buen derecho o "*Fumus Boni Iuris*". Adicionalmente, pueden dictarse las denominadas medidas cautelares atípicas o innominadas que el Juez considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la contraparte, presupuesto éste doctrinalmente conocido como "*Periculum y Damni*".

Por su parte, en lo que concierne a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el resto de las Jurisdicciones Especiales, la regulación del tema cautelar no es muy disímil a la regulación adjetiva de carácter general referida precedentemente. En efecto, la vigente Ley que regula la materia consagra en su artículo 104 el poder cautelar del Juez Contencioso Administrativo facultándole para dictar cualquier medida cautelar que estime pertinente para resguardar la apariencia del buen derecho (*Fumus Boni Iuris*) y garantizar las resultas del juicio (*Periculum in Mora*), enfatizando el legislador el carácter amplio de dicho poder para la protección de la Administración Pública y los ciudadanos en *pro* de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva. De igual forma el artículo 4 de la Ley en comento señala que el Juez Contencioso Administrativo se encuentra investido de las más amplias potestades cautelares, facultándole, inclusive, para dictar las medidas preventivas que considere adecuadas a la situación fáctica concreta.

De lo anterior se colige entonces que tanto la normativa adjetiva general consagrada en el Código de Procedimiento Civil, como aquella prevista en la Ley especial que regula a la Jurisdicción Contencioso Administrativa establecen un régimen cautelar en virtud del cual el Juez competente puede adoptar ciertas medidas que obedecen a fines específicos, generalmente, el

asegurar la ejecución de una futura decisión judicial que habrá de dictarse y, en otros casos, como aquellos enmarcados en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la protección de intereses públicos entre otros, no existiendo entonces dudas, al menos por los momentos, de que el ejercicio del poder cautelar (tanto en el ámbito general como en el Contencioso Administrativo) está indefectiblemente circunscrito al ámbito de un proceso judicial de carácter principal; atavismo este que nos conduce al carácter instrumental característico y esencial de las medidas cautelares.

De ahí entonces que, en principio, la noción “cautelar” debe ser empleada únicamente para referirse a medidas dictadas en el marco de procesos judiciales principales cuya resolución definitiva se encuentra pendiente (*Pendente Litis*), ya que de lo contrario no estaríamos en presencia de una medida cautelar propiamente dicha, sino de cualquier otra figura procesal que, a falta de conexión o dependencia de un proceso principal, mal podría ser susceptible de ser calificada como cautelar.

No obstante, algunos órganos que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa, particularmente las Cortes de lo Contencioso Administrativo, han dictado, con fundamento en el poder cautelar general establecido en los artículos 4 y 104 de la Ley de la materia, un tipo especial de medidas catalogadas como “*cautelares autónomas*” caracterizadas por no estar asociadas o vinculadas a un proceso principal lo que de ser aceptado implicaría un quebrantamiento al tradicional esquema normativo que ha caracterizado por años al sistema cautelar venezolano tanto general como especial; siendo entonces que el objetivo fundamental del presente trabajo es determinar el alcance de las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, y el análisis de las medidas que con fundamento en dichas potestades han sido dictadas con miras a determinar, en la medida de lo posible, su verdadera naturaleza jurídica y demás particularidades.

Para ello inicialmente retomaremos el concepto de tutela judicial efectiva, realizando particularmente algunas consideraciones sobre su contenido y alcance, para posteriormente abordar el concepto de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación a saber: la tutela cautelar y dentro de esta una especial referencia a los conceptos de instrumentalidad mediata e inmediata, la tutela anticipada y finalmente las medidas autosatisfactivas, éstas últimas de análisis obligatorio fundamentalmente porque: (i) el término “autosatisfactivo” ha sido empleado por parte de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa e, inclusive, algunas Jurisdicciones especiales como la Agraria y la Constitucional en la concesión de ciertas medidas de protección que les son requeridas y (ii) una vez conocido el origen y la naturaleza de las medidas autosatisfactivas, ello nos facilitará determinar

si las hoy denominadas “medidas cautelares autónomas” dictadas en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son susceptibles de ser calificadas como medidas autosatisfactivas o si éstas responden a un carácter netamente cautelar o, por el contrario, al no resultar subsumibles en ninguna de las dos categorías anteriores, determinar si se trata de una figura procesal con naturaleza propia.

Debe acotarse la importancia que tiene el somero estudio de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación, en particular los conceptos de tutela cautelar y tutela anticipada, toda vez que ello coadyuvará significativamente en el abordaje de las diferentes sentencias a ser analizadas facilitando la comprensión y el significado correcto de los conceptos y términos empleados por los Juzgadores, particularmente cuando se hace referencia a medidas cautelares con instrumentalidad eventual, medidas anticipadas o anticipativas.

Posteriormente, procederemos a analizar como antecedentes legislativos algunas disposiciones establecidas en el derogado Código Orgánico Tributario del año 1994 y la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario cuyos textos normativos establecen la posibilidad de dictar un tipo especial de medidas de supuesto y pretendido carácter cautelar y autónomo, siendo que, para una mejor comprensión de la aplicación de tales normas, indefectiblemente se analizarán los principales criterios jurisprudenciales de cada materia.

Así, una vez claro los antecedentes legislativos, procederemos a abordar el tema de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo y la forma como en la práctica se han venido ejerciendo dichas potestades en materia de expropiación por causa de utilidad pública y social, así como en la materia contencioso administrativa general, propiamente dicha, con especial referencia al caso de la empresa brasileña Constructora Norberto Odebrecht S.A.

I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la parte introductoria del presente trabajo se hizo referencia al derecho a la tutela judicial previsto en el artículo 26 del Texto Constitucional, y su estrecha vinculación con el derecho consagrado en el artículo 49 *eiusdem*, señalándose que el debido proceso será aquel que, en definitiva, reúna las garantías indispensables para que exista una verdadera tutela judicial efectiva. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) mediante decisión N° 708 del 10-05-2001, expresamente señaló:

El derecho a la tutela judicial efectiva, **de amplísimo contenido**, comprende el **derecho a ser oído** por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, **no sólo el derecho de acceso** sino también el derecho a que, **cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas**, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, **mediante una decisión dictada en derecho**, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257) (negritas agregadas).

Así, del extracto jurisprudencial parcialmente transcrito *ut supra*, resultan destacables los siguientes particulares:

En primer lugar se hace referencia al amplio contenido del derecho en comento, siendo que tal amplitud, *per se* de carácter inmensurable, debe ser entendida, en primer término, como a la necesaria efectividad que debe caracterizar al ejercicio de la función jurisdiccional, en el sentido, de que el mismo debe estar orientado por el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 26 del Texto Constitucional.

En segundo término, se hace referencia al derecho a ser oído, lo que en definitiva debe entenderse como la posibilidad de defenderse no solo ante cualquier proceso judicial, sino también ante cualquier procedimiento administrativo. Tan es así que dicho derecho se encuentra literalmente establecido en el artículo 49, numeral 3° del Texto Constitucional.

En tercer lugar, debe destacarse el hecho de que el derecho en comento no se agota con el simple acceso a la jurisdicción, siendo que el mismo, a su vez, comprende el derecho a que mediante la sustanciación de los actos procesales que secuencialmente conforman el proceso se llegue a la fase final con el dictamen de la respectiva decisión en la que se resuelva el asunto objeto del debate.

Nótese que, del análisis en conjunto de las aseveraciones anteriores, clara y meridianamente se evidencia y se reafirma la estrecha vinculación entre ambos derechos constitucionales a saber, el de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, lo cual resulta lógico puesto que sería prácticamente imposible concebir la existencia de una verdadera tutela judicial efectiva cuando un proceso es sustanciado al margen de las normas procesales en detrimento del derecho a la defensa de alguna de las partes.

No obstante lo anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que algunos autores, entre ellos, HUMBERTO E. T BELLO y DORGI D. JIMENEZ RAMOS² señalan que en relación a lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva existen dos corrientes a saber: una que considera que la tutela judicial efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 Constitucional; en tanto que la segunda corriente considera que la tutela judicial efectiva es algo diferente a la suma de los derechos y garantías procesales, siendo que realmente dicho derecho comprende el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática; el derecho a recurrir de la decisión o sentencia; y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia; siendo que, en criterio de quien suscribe y respetando las diferentes posturas, la aplicación conjunta de ambos derechos previstos en los artículos 26 y 49 de la Carta Magna, se traducirá en la práctica en el suministro de una verdadera y efectiva tutela judicial, todo ello en perfecta consonancia con los criterios jurisprudenciales del máximo Tribunal de la República.

Ahora bien, según ya lo hemos afirmado, intrínsecamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra el derecho a que la parte vencedora o ganadora en determinado proceso, puede ejecutar la decisión que le favorece, una vez la misma adquiere firmeza, siendo precisamente las medidas cautelares los medios que garantizan la posibilidad de ejecución del futuro fallo, evitando su infructuosidad o ilusoriedad, no existiendo duda al respecto de que el régimen general de las medidas cautelares no es más que una expresión o manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva de todo ciudadano³.

Dicho régimen de medidas cautelares resulta, en principio, suficientemente eficaz cuando la naturaleza de los derechos controvertidos es de carácter patrimonial. Sin embargo, tal efectividad pareciera ser cuestionada cuando se trata de situaciones que involucran derechos infungibles que no se satisfacen con reparaciones de índole patrimonial, sino con la eliminación o neutralización de la frustración que pudiera producir la secuela de determinado proceso⁴.

² Humberto E. T. Bello Tabares, Dorgi D. Jimenez Ramos: *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*. Ediciones Paredes. Caracas. 2004, p. 22 y ss.

³ Tradicionalmente en Venezuela, inclusive antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se había asimilado la idea de obtener protección cautelar en el contencioso administrativo, e inclusive en otras materias, como manifestación de la tutela judicial efectiva, fundamentándose para ello en una interpretación conjunta de los artículos 68 y 206 de la derogada Constitución de 1961.

⁴ Román J. Duque Corredor: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Ediciones Legis S.A. Bogotá. 2008, p. 375 y ss.

Precisamente para la salvaguarda de derechos no susceptibles de ser valorados económicamente, o como fueron antes denominados, derechos infungibles, la Doctrina, en particular el foro Procesal Civil, ha venido delineando un nuevo concepto de tutela conocido como “Tutela Diferenciada”, el cual según se analizará en breve, es empleado para referirse a procesos jurisdiccionales que deben ser tramitados con carácter de urgencia en *pro* de la efectiva protección del derecho que se señala como conculcado o vulnerado; incluyéndose, en el novísimo concepto, además de las medidas cautelares o la tutela cautelar, a las denominadas medidas anticipadas o tutela anticipada y medidas autosatisfactivas, cuyo análisis resulta de vital importancia para la comprensión de los conceptos y diferentes criterios jurisprudenciales que serán analizados a lo largo del presente trabajo; siendo esta la razón por la cual, sin mayores dilaciones, se pasa a analizar en siguiente acápite el concepto de la tutela diferenciada, el cual desde ya, es susceptible de ser considerado como una manifestación del derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

II. LA TUTELA DIFERENCIADA

La expresión de “Tutela diferenciada” es poco empleada en el foro venezolano, siendo que en el ámbito del Derecho Procesal, en general, se atribuye la autoría de tal expresión al italiano PROTO PISANI, quien señala que la misma implica que frente a determinados conflictos, en los cuales se afecten derechos esenciales de la persona, es necesario recurrir a tipos especiales de procedimientos que difieren de los procesos ordinarios de cognición plena, por cuanto los mismos se muestran insuficientes para la atención especializada que se requiere.

Así, podríamos señalar que la expresión tutela diferenciada, en principio, puede y debe ser empleada para referirse a todas aquellas acciones judiciales a disposición de los justiciables que le permiten acceder a la jurisdicción a fin de obtener rápida y expedita protección ante una situación o hecho que ha vulnerado o amenaza con vulnerar algún derecho o situación particular en la cual se encuentre, siendo que, ante la inminencia de un hecho lesivo, se requiere la urgente intervención y/o actuación del Órgano Jurisdiccional competente a fin de detener o impedir la violación del derecho o situación de la cual se trate, configurándose entonces la *urgencia* como carácter diferenciador del concepto “Tutela Diferenciada”.

En el ámbito del Derecho Procesal Latinoamericano la Doctrina ha abordado el tema de la tutela diferenciada, siendo el foro argentino pionero

en la materia. En este sentido, RAFAEL ORTIZ ORTIZ⁵ refiriéndose al procesalista Argentino JORGE WALTER PEYRANO, señala que:

...habrá tutela diferenciada cuando – excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama– se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del Servicio de Justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas.

En tal sentido ORTIZ ORTIZ, influenciado por el mencionado autor argentino, señala que estamos en presencia de la tutela diferenciada “ cuando se invoca la tutela jurisdiccional frente a situaciones apremiantes, de urgencia y celeridad, con vista a particulares circunstancias de prueba del derecho material invocado, y que puede manifestarse a través de procedimientos sumarios, autosatisfactivos o preventivos, con fase de cognición concentrada, en procura de una tutela inmediata y efectiva”; de lo que podemos afirmar que el concepto en cuestión podría ser fácilmente empleado para referirse a todos aquellos procesos judiciales, autónomos, sumarios y cautelares, cuya tramitación es de carácter urgente e indispensable para precaver un daño, independientemente de que la solución o pronunciamiento judicial obtenido sea de carácter provisional o definitivo.

En criterio de quien suscribe la noción de tutela diferenciada resulta novedosa como concepto que engloba a los procesos de *carácter urgente* que buscan proporcionar protección jurisdiccional rápida y expedita ante determinada situación de daño o peligro inminente de daño, alegada por los peticionantes, siendo que tal urgencia en la solución del conflicto planteado resulta impostergable, ya que el discurrir del tiempo podría acarrear daños irreversibles e irreparables.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran diversos ejemplos de acciones que podrían ser subsumibles en el concepto en cuestión como o la acción de amparo constitucional, en sus modalidades preventiva y restablecedora, los interdictos de amparo, despojo, obra nueva y daño temido regulados en los artículos 782, 783, 785 y 786 del Código Civil, el retardo perjudicial previsto en los artículos 813 y siguientes del Código de

⁵ Rafael Ortiz Ortiz: El tiempo y el proceso entre el conflicto axiológico de la efectividad de la justicia. *Libro-Homenaje a Adán Febres Cordero*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Católica Andrés Bello. 2013, p. 83.

Procedimiento Civil cuya base consiste en el temor fundado de que desaparezca una prueba,, entre otros ejemplos.

Ahora bien, lo realmente novedoso del concepto de tutela diferenciada es que en el mismo se ha incluido como forma de manifestación a las denominadas medidas autosatisfactivas o medidas de satisfacción inmediata a través de las cuales se obtiene una solución jurisdiccional inmediata a la pretensión planteada por el actor, siempre que se cumplan con ciertas condiciones o presupuestos procesales, figura esta cuyo análisis, como bien se señaló en la parte introductoria del presente trabajo, resulta de vital importancia ya que ello nos facilitará el estudio a través del método comparativo de: (i) las hoy denominadas medidas cautelares autónomas dictadas en el Contencioso Administrativo General y (ii) de las denominadas medidas autosatisfactivas dictadas en otras jurisdicciones especiales, como la agraria.

1. Modos de manifestación

Algunos autores⁶ consideran que la tutela diferenciada abarca las siguientes manifestaciones a saber: (i) la tutela cautelar, (ii) la tutela anticipada, y (iii) las medidas autosatisfactivas. Sin embargo, ha de advertirse que dicho concepto, según fue dicho anteriormente, debería englobar a cualquier medida dictada por órganos del Poder Judicial, en el marco de procesos judiciales, autónomos, sumarios y cautelares, cuya tramitación sea de carácter urgente e indispensable para precaver un daño, independientemente de que la solución o pronunciamiento judicial obtenido sea de carácter provisional o definitivo, correspondiéndonos entonces analizar a continuación cada una de las mencionadas formas de manifestación:

A. Tutela cautelar

Ya en la parte introductoria del presente trabajo, aunque de forma somera, se analizó la naturaleza instrumental de las medidas cautelares en virtud de la cual es necesaria e imprescindible su vinculación a un proceso principal, su fin y los presupuestos procesales para su otorgamiento, siendo

⁶ Mariolga Quintero Tirado: Breves notas sobre la Tutela Anticipatoria. *Revista Estudiantes de Derecho*. Caracas. Universidad Monteávila. p. 266. Véase también Gustavo Ruiz: *La Tutela Anticipativa y las Medidas de Satisfacción Inmediata*. <http://revistas.unilibre.edu.com/index.php/academia/article/view/2449> Juan Francisco Rosario Domínguez: *Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18430>

que en general el tema de las medidas cautelares ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, tanto nacional como extranjera, y por ello, con el ánimo de no ser reiterativos en el tema consideramos innecesario el abordaje del mismo en su totalidad, lo que nos permitirá el estudio de un punto, que a los efectos del presente trabajo, consideramos particularmente importante como lo es el relacionado con los tipos de instrumentalidad, mediata o inmediata, en función de la oportunidad en la cual pueden solicitarse y decretarse medidas de naturaleza cautelar.

Así se tiene que en Venezuela la regla general es que las medidas cautelares pueden ser concedidas, a petición de parte, en cualquier estado y grado de un proceso en curso, siendo que en la práctica generalmente las mismas son solicitadas con la demanda interpuesta, esto es, una vez iniciado formalmente un proceso de carácter principal cuya decisión final se busca preservar con el otorgamiento de la medida solicitada.

Como excepción a la regla general existen las denominadas medidas cautelares con instrumentalidad eventual, las cuales, en palabras de RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE⁷ son aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio en virtud de una disposición legal especial.

En este mismo sentido, el profesor RAFAEL ORTIZ ORTIZ⁸ señala que la regla general, según la cual las medidas preventivas o cautelares sólo pueden decretarse con vista a un proceso judicial en curso, se conoce doctrinariamente como instrumentalidad inmediata, que, en palabras del mencionado profesor es definida como “ aquella situación mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que ha de dictarse en un proceso actual en el cual al menos se haya presentado el libelo de demanda y aun cuando la parte afectada no estuviere citada (*inaudita altera pars*)”.

En contraposición a la instrumentalidad inmediata, y como forma de excepción a ésta, se tiene la denominada instrumentalidad mediata la cual, en palabras del referido profesor⁹, no es más que:

⁷ Ricardo Henríquez La Roche: *Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Liber. Caracas. 2000. p. 58.

⁸ Rafael Ortiz Ortiz: Las medidas cautelares, instrumentalidad y la constitución de la Litis (A propósito del criterio de la Sala Política Administrativa sobre la noción de parte). *Revista Fundación Procuraduría*, N° 16. Caracas. 1996. p. 140.

⁹ Rafael Ortiz Ortiz: *Las medidas cautelares, instrumentalidad...* ob. cit., p. 133.

...aquella característica mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que ha dictarse en un proceso que debe ser iniciado en un plazo que establecerá la propia Ley atendiendo a la finalidad del derecho del cual se trate, o que el Juez fije en cada caso concreto, y con autorización expresa de la Ley.

Nótese que siendo la instrumentalidad mediata de carácter excepcional, resultaría necesario que la posibilidad de decretar medidas que respondan a tal carácter esté establecida legalmente, pues de lo contrario, en principio, le estaría vedado al Juez proceder con su otorgamiento.

Es de hacer notar que VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE¹⁰ haciendo referencia a la propuestas de AYALA CORAO, redactor del Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, advertía sobre la necesidad de que se facultase a la Corte (entiéndase la antigua Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de la Contencioso Administrativo) para la adopción de medidas cautelares aun antes de la admisión del recurso, propuesta esta que en criterio de HERNÁNDEZ podría ser más amplia si “se admitiera la procedencia de las medidas cautelares antes de interponer formalmente el recurso correspondiente, siendo necesario ratificar en el escrito la solicitud de medidas cautelares so pena de que dichas medidas perdiesen su eficacia *ope legis*, en virtud de la falta de impulso procesal”.

En este mismo sentido, LUIS ORTIZ ÁLVAREZ¹¹, analizando la medida de suspensión de efectos característica del proceso contencioso administrativo señala que “son imaginables casos en los cuales se requiera una protección cautelar anticipada, debiendo permitirse la suspensión de efectos aun antes de presentada la demanda principal contencioso administrativa o aun antes de ser admitida”, haciendo posteriormente referencia a legislaciones extranjeras como la francesa y la española las cuales, en algunas materias, prevén tal posibilidad, para luego concluir señalando que “también en el contencioso administrativo las medidas cautelares, tanto la suspensión como las medidas innominadas, en casos de extrema urgencia, deben ser susceptibles de ser decretadas ante causa, esto es, aun antes de presentado el recurso”.

Ahora bien, el tema cautelar en el ámbito del contencioso administrativo será abordado detalladamente en otro acápite del presente trabajo, siendo que hasta el momento lo que interesa destacar es la importancia de tener claro los conceptos de instrumentalidad mediata e inmediata, toda vez que las hoy

¹⁰ Víctor Hernández-Mendible: *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia y Caracas. 1998. p. 136.

¹¹ Luis Ortiz Álvarez: *La protección cautelar en el contencioso administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas. 2001. p. 310 y ss.

denominadas “medidas cautelares autónomas” dictadas por los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al ser otorgadas en la mayoría de los casos, sin estar vinculadas a un proceso principal, o al margen de proceso principal alguno, podrían responder y gozar de este carácter de instrumentalidad mediata, lo que necesariamente nos llevará, en su momento, a determinar si la Ley de la materia atribuye expresas facultades al Juez Contencioso Administrativo para el dictamen de medidas de tal naturaleza.

Por otro lado, resulta oportuno aclarar que, en la práctica, generalmente las denominadas “*medidas con instrumentalidad mediata*” suelen ser denominadas como “*medidas [cautelares] anticipadas o anticipativas*” fundamentalmente por ser otorgadas antes del inicio formal de determinado proceso judicial, es decir, de forma adelantada o anticipada al momento en el cual tradicionalmente se acuerdan las medidas cautelares, esto es posteriormente a la introducción de la respectiva demanda o recurso, según sea el caso.

Sin embargo, el uso indiferenciado de las expresiones ha generado confusiones, fundamentalmente porque la noción de “*medida cautelar anticipada*” también es empleada para referirse a uno de los modos de manifestación de las tutelas diferenciadas que estudiaremos a continuación, totalmente distinto al concepto de medidas con instrumentalidad mediata ya analizado, diferenciación conceptual está que estará más clara una vez abordado el siguiente punto del presente trabajo.

Finalmente, resulta pertinente hacer referencia a algunas leyes especiales que consagran la posibilidad de que sean otorgadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata, tales como lo son: (i) Ley Sobre Derechos de Autor¹², artículo 112, en el cual se establece la posibilidad de que se dicten las medidas previstas en el artículo 111 (secuestro y embargo), a pesar de no haber litigio entre las partes, siendo que la vigencia de tales medidas queda supeditada a la iniciación del juicio principal en un plazo de treinta días continuos contados desde la fecha de su ejecución; (ii) Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹³ cuyo artículo 466, parágrafo segundo, consagra la posibilidad de solicitar medidas preventivas, de forma previa al proceso, supuesto este en el cual la parte solicitante de la medida deberá presentar la demanda respectiva en el plazo de un mes contado a partir de la fecha de otorgamiento de la medida, so pena de su revocación; (iii) Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹⁴ cuyo artículo 75 impone a los órganos receptores de denuncias, entre ellos,

¹² Publicada en la Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario del 01-10-1993.

¹³ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario del 08-06-2015.

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.551 del 28-11-2014.

cualquier Tribunal de Municipio, el deber de imponer las medidas de protección y seguridad pertinentes, las cuales, a tenor de lo preceptuado en el artículo 91 de dicha ley, se mantendrán vigentes hasta tanto sean sustituidas, modificadas, confirmadas o revocadas por el Órgano Jurisdiccional Competente; y (iv) Ley Orgánica de Aduana¹⁵ (varias veces reformada) en su artículo 87¹⁶ establecía el deber de las autoridades aduaneras de impedir el *desaduanamiento* de bienes, previa solicitud del órgano con competencia en materia de propiedad intelectual, cuando dichos bienes presuntamente violasen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país.

Es de hacer notar que de la sola lectura del referido artículo 87 no se desprendía claramente cuál era el órgano con competencia para solicitar a las autoridades aduaneras el dictamen de una medida de prohibición de *desaduanamiento* y tampoco la verdadera naturaleza jurídica de tan especial medida, siendo que tal punto fue expresamente aclarado por la Sala Constitucional en su sentencia N° 4223 de fecha 09-12-2005, en la cual señaló textualmente que:

En consecuencia, en el ordenamiento venezolano la competencia respecto de la solución de conflictos que se funden en infracciones a la propiedad intelectual **corresponde, por antonomasia, a los órganos del Poder Judicial** y no a las autoridades administrativas, a las que, en principio, corresponden las competencias de registro y supervisión en los términos en que lo establezcan las respectivas leyes.

Por tanto, la medida a la que se refiere el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas ha de entenderse como una medida de colaboración administrativa, que ejecuta la autoridad aduanera, **en acatamiento de la orden del órgano judicial competente que la acuerde, de carácter anticipada y dependiente del proceso posterior que ha de iniciarse perentoriamente, bajo pena de que decaiga tal**

¹⁵ Decreto Ley N° 2.990, del 04-11-1998, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.575, del 05-11-1998, posteriormente reformado mediante Decreto Ley N° 150, del 25-05-1999, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.353 Extraordinario del 17-06-1999, posteriormente reformada mediante Decreto N° 5.879 publicado en la Gaceta Oficial N° 38.875 del 21-02-2008 posteriormente reformado mediante Decreto N° 1.416 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.155 del 19-11-2014.

¹⁶ El artículo 87 establecía expresamente que “Las autoridades aduaneras deberán a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte. El órgano competente en materia de propiedad intelectual podrá solicitar a la autoridad aduanera, mediante acto motivado, el desaduanamiento de la mercancía en cualquier momento, previa presentación de garantía suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, la cual deberá ser fijada por el órgano competente. Las autoridades aduaneras notificarán al propietario, importador o consignatario de la mercancía cuestionada, la retención de la misma”. Actualmente el citado artículo se mantiene plenamente vigente, pero con el número 123 de la última reforma acordada en el año 2014.

medida, proceso posterior que será, bien la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor.

En consecuencia, la medida que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas **se encuadra dentro del conjunto de medidas cautelares –específicamente medidas anticipadas–** que recoge el marco legal de protección judicial derechos de propiedad intelectual, dependiente, según se dijo ya, bien de la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien de la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor. De allí que a esa medida de la Ley Orgánica de Aduanas han de aplicársele los mismos principios y preceptos que al resto de las medidas que están reguladas en las normativas de propiedad intelectual, específicamente **las normas comprendidas en los artículos 111 y 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor** y los artículos 245 y siguientes de la Decisión 486, que anteriormente se transcribieron y analizaron; **fundamentalmente, el principio relativo al decaimiento de la medida si la acción judicial no se propone oportunamente, según los lapsos que establecen una y otra ley.** (Negrillas Agregadas).

Del análisis del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito *ut supra* se desprende que la Sala Constitucional de forma expresa aclaró cuál era la verdadera naturaleza jurídica de la medida especial prevista en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente *ratio temporis*, señalando que se trataba de una medida cautelar anticipada que debía ser otorgada por los órganos jurisdiccionales competentes dependiente de un proceso judicial futuro que debía iniciar en corto plazo, so pena del decaimiento de la medida; todo ello en perfecta consonancia con el concepto de medida cautelar con instrumentalidad mediata antes analizado.

B. Tutela anticipada

La segunda forma de manifestación de la tutela diferenciada corresponde a la denominada “tutela anticipada” expresión generalmente utilizada para referirse a la posibilidad de conceder u otorgar medidas cautelares susceptibles de adelantar, total o parcialmente, los efectos de una futura sentencia, con la finalidad de evitar la frustración del derecho que se pretende hacer valer en el juicio¹⁷ impidiendo así que una de las partes en el proceso sufra un gravamen irreparable.

¹⁷ Mariolga Quintero Tirado: *Breves notas sobre la tutela anticipatoria...* ob. cit., p. 266.

Vale acotar que el procesalista italiano PIERO CALAMANDREI referido por RICARDO HENRÍQUEZ LA RONCHE¹⁸ concebía la posibilidad del juez para decretar –efectivamente– todo tipo de mandamientos, entre los cuales hacía referencia a las medidas anticipativas, las cuales, a diferencia de las medidas conservativas –tendientes a garantizar un estado de hechos incólumes para que sea posible la ejecución del fallo principal–, tienen su utilidad en adelantar o anticipar los efectos de la sentencia de fondo.

De lo anterior deben resaltarse tres hechos fundamentales a saber: (i) este tipo de medidas, al igual que las clásicas medidas cautelares, son de carácter instrumental, toda vez que deben ser dictadas en el marco o con ocasión a un proceso judicial principal, (ii) lógicamente, al ser instrumentales, gozan del resto de las características propias de las medidas cautelares, y (iii) su dictamen implica la satisfacción de la pretensión, total o parcial, en un momento que tradicionalmente no es el que procesalmente correspondería, dado que lo normal es que sea la sentencia definitiva la que establezca el grado de satisfacción de la pretensión contenida en la demanda.

Precisamente, por su carácter instrumental, en la práctica suelen confundirse los conceptos de tutela anticipada y tutela cautelar, sin embargo, siguiendo a MARIOLGA QUINTERO TIRADO¹⁹ la diferencia fundamental entre ambas figuras radica en el fin perseguido por las mismas, siendo que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo (las resultas del proceso), en tanto que las medidas anticipadas, como ya se indicó, se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido, en virtud del peligro de frustración del derecho reclamado; evitándose entonces que una de las partes, por acción de la parte contraria, sufra un perjuicio irreparable o de difícil reparación en el curso del proceso

Ahora bien, en Venezuela RAFAEL ORTIZ ORTIZ²⁰ ha abordado el tema desde una perspectiva constitucional señalando que la misma consiste en “la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación sea indispensable para

¹⁸ Ricardo Henríquez La Roche: *Medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Civil*. 3^o ed. Maracaibo. Centro de Estudios Jurídicos Universidad del Zulia. 1988. pp. 53-54.

¹⁹ Mariolga Quintero Tirado: *Breves notas sobre la tutela anticipatoria...* ob. cit., pp. 266-267.

²⁰ Rafael Ortiz Ortíz: *La tutela constitucional preventiva y anticipativa. Análisis de la nueva Constitución venezolana y la evolución jurisprudencial*. Editorial Fronesis. Caracas. 2001, p. 201.

evitar daños a situaciones constitucionales tutelables”²¹, siendo entonces el objeto de esta tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Texto Constitucional²², el resguardo y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la presencia de una lesión inminente, existiendo múltiples casos en los cuales se ha hecho uso de la misma en *pro* de la protección de derechos constitucionales²³.

Más allá de la justificación constitucional de la tutela anticipada, se advierte que el cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil venezolano expresamente no consagra la posibilidad de este tipo especial de tutela, sin embargo, la misma podría encontrar sustento normativo en el poder cautelar general del Juez previsto en el referido Código²⁴.

En efecto, el artículo 588, parágrafo primero de nuestro Código de Procedimiento Civil, consagra un poder cautelar general que corresponde a todos los jueces de la República, en virtud del cual estos pueden decretar cualquier medida que consideren adecuada para: (i) evitar un daño respecto del cual debe existir un fundado temor o fuerte probabilidad de ocurrencia y (ii) hacer cesar la continuidad de la lesión, si es que esta ya se ha materializado; que una de las partes pudiera sufrir durante el curso del proceso por acción de la parte contraria, siendo el “*periculum in damni*” o peligro de daño, el

²¹ Según el Profesor ORTIZ ORTIZ, el fin de las medidas anticipadas conlleva a que las mismas no tengan carácter cautelar por no perseguir la eficacia de la futura sentencia. Sin embargo, en la práctica tal distinción no tiene mayor importancia o significación, pues comúnmente las medidas anticipadas son catalogadas como cautelares, tal y como se depende de la definición efectuada por R. HENRÍQUEZ.

²² “Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

²³ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 309 del 27-04-2000, caso: Unidad Educativa Colegio Batalla de la Victoria vs. Zona Educativa del Estado Aragua. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 431 del 11-05-2000, caso: LINACA vs. Intendente Nacional de Aduanas del SENIAT.

²⁴ Algunas legislaciones latinoamericanas como la brasileña, en el Código de Procedimiento Civil de este país (según reforma por Ley 8952/94) prevén el instituto denominado “Anticipación de la Tutela” específicamente en su artículo 273. En este mismo sentido, el Código Procesal Civil del Perú del año 1993, recoge la figura de la medida anticipada en sus artículos 618 (medida anticipada) y 674 (medida temporal). De igual forma, el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, en su artículo 65 regulaba la figura en comento, sin embargo, se desconoce si tal propuesta legislativa llegó a materializarse y convertirse en Ley formal.

principal presupuesto procesal para el dictamen de este tipo de medidas conjuntamente con los clásicos “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”²⁵.

Precisamente, si la esencia de la tutela en comento radica en la posibilidad de anticipar (adelantar), total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia, parece no existir impedimento alguno para que los Jueces Ordinarios acuerden medidas de esta naturaleza, cuando ello sea imprescindible y realmente necesario para evitar un daño irreparable o difícil reparación para una de las partes, siendo que además, en *pro* de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, tendrían la inexorable obligación de brindar la protección solicitada.

La diferencia entre ambos tipos de tutela, esto es, la tutela constitucional anticipada propuesta por el profesor ORTIZ ORTIZ, y la posibilidad de tutela anticipada ordinaria, por denominarla de alguna forma, sustentable en el poder cautelar general del Juez, radicaría únicamente en la naturaleza de los derechos tutelados, siendo que en el caso de la primera estaríamos en presencia de un derecho de rango constitucional; en tanto que en el supuesto de la segunda, estaríamos en presencia de un derecho que no ostenta tal rango. Sin embargo, no se desconoce el hecho de que la mayoría de los casos de aplicación de la tutela anticipada involucra derechos de rango constitucional.

En la práctica suele considerarse que el otorgamiento de una medida cautelar anticipada a través de la cual se adelanten los efectos de la futura sentencia, implica un adelantamiento de opinión o especie de prejuzgamiento que vacía de contenido la futura sentencia que habrá de dictarse; criterio que no se comparte del todo, ya que ciertamente el otorgamiento de determinada medida cautelar anticipada podría consistir en un prejuzgamiento realizado con base en las pruebas existentes en un momento determinado, pero que, una vez sustanciado completamente el proceso cautelar, e inclusive durante el curso del proceso principal, podría revocarse la medida en virtud de su carácter provisional o temporal y no definitivo.

En efecto, según ALEJANDRO CANÓNICO²⁶ lo realmente determinante es que la sentencia definitiva pueda dictarse con libertad, incluso en contra de lo

²⁵ Desde luego, la situación ideal sería que la figura de la tutela anticipada contase con su propia regulación y fundamento legal, erigiéndose como figura procesal autónoma y diferente de las clásicas medidas cautelares lo cual indubitadamente deberá ser considerado en una futura reforma del Código de Procedimiento Civil.

²⁶ Alejandro Canónico Sarabia: Nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo. *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros*

planteado preliminarmente en el dispositivo cautelar, y que en consecuencia sea posible la reversión de los efectos de la cautela; siendo que precisamente el carácter de reversibilidad de toda medida cautelar es lo que debe garantizarse al momento de otorgar una medida cautelar anticipada.

Es de hacer notar que, en lo que respecta a la tutela anticipada, la Sala Político Administrativa en diversas sentencias²⁷ ha dejado sentada tal posibilidad, siempre que el adelantamiento, total o parcial, de los efectos de determinada sentencia sea de carácter reversible y temporal, ya que lo contrario implicaría sobrepasar el límite natural de toda medida cautelar haciéndola irreversible y vaciándose de contenido la futura sentencia que habrá de resolver el fondo del asunto.

De manera pues que una vez claro el concepto de la tutela anticipada, cobra relevancia el comentario ya formulado en la parte final del acápite anterior al momento de abordar el estudio de la tutela cautelar y los tipos de instrumentalidad (mediata o inmediata), pues cierto es que tanto las “medidas cautelares con instrumentalidad mediata” como las “medidas [cautelares] anticipadas”, ostentan carácter de anticipativo, pues las primeras son dictadas de forma anticipada (adelantada) al inicio de un determinado proceso judicial el cual deberá incoarse en un lapso legalmente determinado, en tanto que las segundas anticipan (adelantan) total o parcialmente, en un momento que no es tradicional, los efectos de la futura sentencia que habrá de dictarse en el marco de un proceso judicial, generalmente, ya iniciado. Sin embargo, en la práctica como veremos más adelante y según se ha venido advirtiendo, dichos conceptos suelen ser confundidos y utilizados de forma indistinta generando enorme confusión, y de ahí la insistencia e importancia de tener claridad sobre el alcance de los mismos.

C. Medidas autosatisfactivas

Habiendo abordado los conceptos de tutela cautelar y tutela anticipada, nos corresponde ahora centrar nuestra atención en las medidas

Mecanismos de Control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2013, p. 597

²⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 451 del 11-05-2004, Exp. N° 2002-0864, caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Financiamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Sala Político Administrativa, sentencia N° 1716 del 02-12-2009, Exp. N° CS-2009-0098, caso: Estado Mérida vs. COYSERCA. Sala Político Administrativa, sentencia N° 476 del 13-04-2011, Exp. N° 2010-0392, caso: Hidroven vs. Seguros Nuevo Mundo S.A.

autosatisfactivas, como tercera forma de manifestación de la tutela diferenciada.

En tal sentido, RAFAEL ORTIZ ORTIZ²⁸, siguiendo al procesalista argentino JORGE WALTER PEYRANO, las define como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.

En este mismo sentido, MABEL DE LOS SANTOS²⁹ siguiendo al mencionado autor argentino define las medidas autosatisfactivas como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables ‘*inaudita et altera pars*’ y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”, señalando luego la autora en comentario que “las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostienen que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal”³⁰.

De la definición anterior se desprende claramente que las medidas en comentario generan un proceso autónomo, que dada la urgencia alegada es y debe ser de carácter expedito, cuyas resultas no están ligadas al resultado de un proceso principal que no existe, agotando el conflicto y resolviéndolo de forma definitiva, siendo entonces que la esencia de este tipo de medidas radica en: (i) la autonomía e independencia del proceso a través del cual se tramitan, no ostentando el carácter de instrumentalidad y provisionalidad propio de las medidas cautelares, y (ii) la solución definitiva de la controversia existente de forma expedita en virtud de la urgencia planteada.

La procedencia o dictamen de este tipo de medidas, además de la concurrencia de una situación de urgencia, requiere, en palabras de MABEL DE LOS SANTOS de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud, esto es, un tipo de “*fumus boni iuris cualificado*” del cual se desprenda la inequívoca convicción de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible.

²⁸ Rafael Ortiz Ortiz: *El tiempo y el proceso entre el conflicto...* ob. cit., pp. 101-102.

²⁹ Mabel de los Santos: Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. N° 53. Caracas. 1998. p. 277.

³⁰ Tal definición fue recogida en las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad argentina de Corrientes durante el mes de agosto de 1997, y parece ser el seguido por la mayoría de los doctrinarios foráneos.

Es de hacer notar que según la definición anteriormente citada existe la posibilidad de que este tipo de medidas sean dictadas *inaudita alteram partem*, sin embargo, al menos desde la óptica constitucional venezolana, debe necesariamente disentirse de tal posición fundamentalmente porque siendo tales de medidas acciones a través de las cuales se puede resolver de forma definitiva el asunto o controversia planteada, resulta imprescindible garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de la persona contra quien se pretenda imponer la medida; independientemente de que el peticionante pruebe la existencia de un "*fumus boni iuris*" cualificado.

En el caso de la legislación venezolana las medidas autosatisfactivas no cuentan con sustento normativo propiamente dicho, aunque ciertas acciones extraordinarias, como por ejemplo, la de amparo constitucional, e inclusive algunos de los interdictos posesorios, pudieran ser catalogadas como tal, en tanto y cuanto, son acciones que de forma rápida y expedita resuelven el asunto planteado, pero con el matiz de que en dichos casos, debe imperativamente respetarse el derecho a la defensa y al debido proceso.

Se advierte que, a los efectos del presente trabajo, resulta de vital importancia tener claro el concepto de lo que la Doctrina ha entendido como "medida autosatisfactiva", fundamentalmente porque el mismo ha sido empleado en algunas sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para referirse a las mal denominadas "medidas cautelares autónomas", cuestión que a todas luces resulta contradictoria fundamentalmente, porque según ya ha analizado el fenómeno cautelar, e inclusive el anticipativo, está estrictamente vinculado a un proceso principal (*pendente Litis*) no siendo posible la existencia de medidas cautelares que no estén enmarcadas en un juicio iniciado o por iniciar, en tanto que las verdaderas medidas autosatisfactivas, según se ha analizado, carecen de la instrumentalidad y provisionalidad propias de las medidas cautelares, erigiéndose como un mecanismo idóneo que, *per se*, es susceptible de ser empleado para resolver de forma rápida y definitiva la controversia planteada.

De ahí la necesidad de tener precaución en el uso, tanto teórico como práctico, de la terminología y los conceptos y por ello todo el esbozo planteado hasta este momento, fundamentalmente porque ello nos facilitará cumplir uno de los objetivos del presente trabajo como lo es el estudio de las hoy denominadas "medidas cautelares autónomas" dictadas en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y si su dictamen puede y debe ser sustentado en las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. Materia tributaria

Como primer antecedente legislativo quisiera hacer referencia al Código Orgánico Tributario³¹ (derogado) en el cual se estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares con miras a la tutela *urgente* de un derecho, específicamente en el artículo 211 el cual es del tenor siguiente:

Artículo 211. Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, intereses o recargos, determinados o no, no exigibles por causa de plazo pendiente o por haberse impuesto algún recurso, la Administración tributaria podrá pedir al Tribunal Competente para conocer el Recurso Contencioso Tributario que decrete medidas cautelares suficientes las cuales podrán ser:

Embargo Preventivo de bienes muebles;

Secuestro o retención de bienes muebles;

Prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en caso de multas cuando estas hubieren sido confirmadas mediante Resolución dictada en el Recurso Jerárquico o en la sentencia de primera instancia del Recurso Contencioso Tributario.

Del análisis del artículo transcrito precedentemente se desprende la competencia que tenía la Administración Tributaria para solicitar a los Órganos Jurisdiccionales competentes el dictamen de medidas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar o gravar, cuando existiere riesgo (comprobado) de no percepción de créditos por tributos, independientemente de que estuvieren o no determinados, inclusive, aunque no fueren exigibles por encontrarse pendiente la resolución de algún recurso o no hubiere vencido el plazo para el pago respectivo; medidas estas que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 213 *eiusdem* no podían exceder de un plazo de 90 días, prorrogables por igual término.

Ahora bien, trayendo a colación los tipos de instrumentalidad [mediata e inmediata] ya analizados en el presente trabajo, la particularidad de las medidas que hubieren sido dictadas con fundamento en el citado artículo radica en el hecho de que, independientemente de su calificación de cautelares, la mismas no eran susceptibles de ser catalogadas como medidas con instrumentalidad inmediata, por cuanto no se dictaban en el marco de un proceso contencioso tributario iniciado. Por el contrario, según ya se

³¹ Gaceta Oficial N° 4.727 Extraordinario del 27-05-1994. Similar disposición fue recogida en el artículo 296 del Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17-10-2001.

mencionó, su dictamen podía ser anterior al vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación tributaria, e inclusive, antes de que dicha obligación estuviere debidamente determinada.

De igual forma resulta imposible catalogarla como una medida con instrumentalidad mediata, toda vez que su vigencia no se encontraba supeditada a la interposición de una acción ulterior o posterior, teniéndose únicamente en cuenta, en cuanto a sus efectos en el tiempo, que la misma podía tener una duración máxima de 180 días, plazo este que una vez fenecido podía conllevar a que se solicitase la suspensión de la misma por parte del contribuyente afectado.

Según FRAGA PITTALUGA³² la petición, sustanciación, decreto, oposición y ratificación o revocatoria de estas medidas, se producía en un proceso autónomo, sumario y contradictorio, por cuya virtud el Juez Contencioso Tributario tenía la extraordinaria posibilidad de acordar en forma breve y sumaria, providencias cautelares no vinculadas a proceso alguno, lo que en criterio del mencionado autor hacia nugatorio el clásico requisito de toda medida cautelar relativo a la existencia de un proceso principal en curso o pendiente (*pendente lite*); señalando en tal sentido que “la instrumentalidad entendida como vinculación a un proceso principal en el cual se debate la existencia de un derecho, no existe en las providencias cautelares que estudiamos, pues (...) no depende de un juicio principal en el cual se discuta el derecho del Fisco a percibir el crédito fiscal”.

Para el autor en referencia parece claro, o al menos así lo deja ver, de que tales medidas son de carácter cautelar, a pesar de estar consciente del hecho de que las mismas son dictadas al margen de cualquier proceso judicial no ostentando la característica de la instrumentalidad propia de toda medida cautelar. Sin embargo, independientemente de ello, y de que el propio Legislador las halla contextualizado en el Título V (Procedimientos Contenciosos), Capítulo III (Medidas Cautelares) del Código Orgánico Tributario vigente *ratio temporis*, debe considerarse que tales medidas no ostentan naturaleza cautelar fundamentalmente por no estar al servicio de proceso judicial alguno respecto del cual persigan garantizar la futura decisión judicial; tratándose entonces de una figura o acción procesal (autónoma y sumaria) en favor de la Administración para asegurar la ejecución de futuros créditos tributarios, pero no de medidas cautelares

³² Luis Fraga Pittaluga: *Los recursos tributarios, el efecto suspensivo y las medidas cautelares*. FUNEDA. Caracas. 1997, p. 73.

propiamente dicha, independientemente de la coincidencia de tales medidas con las reguladas en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, debe señalarse que el vigente Código Orgánico Tributario³³, Título VI, Capítulo III, artículos 303 y siguientes regula el tema cautelar extrayéndolo del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Tributaria; atribuyendo la competencia expresa para el dictamen de medidas cautelares a la Administración Tributaria.

2. Materia agraria

La vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario³⁴ tiene como objetivo el establecimiento de las bases para el desarrollo rural integral y sustentable de la nación, entendido este como el medio fundamental para el desarrollo humano y crecimiento económico del sector agrario, sustentado en los principios de justa distribución de la riqueza y planificación estratégica en *pro* de asegurar la biodiversidad, la seguridad alimentaria, y la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de las generaciones presentes y futuras.

Dicha Ley regula las particularidades atinentes a la materia agraria, esto es, lo relativo al uso y redistribución de las tierras, un régimen tributario de carácter especial, la creación y organización de los entes descentralizados con competencia agraria, y además, al igual que los instrumentos normativos precedentes en la materia, específicamente en el Título V, regula la existencia de una Jurisdicción Especial Agraria atribuyéndole competencia, según lo dispuesto en el artículo 152 capítulo I relativo a “Disposiciones Fundamentales”, para el conocimiento de: (i) las acciones agrarias (entre particulares), (ii) las demandas patrimoniales contra los entes estatales con competencia en materia agraria y (iii) los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra los actos administrativos dictados por las autoridades agrarias.

En este sentido, los capítulos II al V del referido título regulan los procedimientos para el trámite de las demandas de contenido patrimonial y los recursos contencioso administrativos de nulidad respectivamente; dejando para los capítulo VI y siguientes lo relativo a la regulación adjetiva concerniente al procedimiento agrario ordinario.

Ahora bien, son varias las particularidades de los procesos agrarios regulados en dicha Ley, las cuales no nos corresponden abordar en el presente

³³ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18-11-2014.

³⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010.

trabajo, sin embargo, hay una que merece especial atención como lo es el amplio, por no decir, amplísimo poder del cual se ha investido al Juez Agrario para dictar de oficio cierto tipo de *medidas* ante determinadas circunstancias.

En efecto, en primer lugar se observa que en el mencionado artículo 152, luego de establecer las competencias del Juez Agrario y los deberes que debe cumplir, en cualquier estado y grado del proceso, se le exhorta en el primer párrafo a dictar: “de oficio las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta y conforme al supuesto de hecho de la norma que le sirva de fundamento contenida en la presente Ley, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares y a los entes estatales agrarios según corresponda” (destacado agregado).

Por su parte, en el Capítulo VI relativo al “Procedimiento Agrario Ordinario”, el artículo 196 dispone expresamente que:

Artículo 196. El juez o jueza agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez o jueza agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional (destacado agregado).

Del análisis concatenado de las normas transcritas precedentemente se desprende claramente la facultad que tiene el Juez Agrario para dictar medidas de forma oficiosa, siendo que en el caso del primer artículo se hace referencia a las mismas como *preventivas*, en tanto que en el artículo 196 se hace referencia a ellas como medidas *pertinentes*.

En este mismo sentido, de la sola lectura del artículo 196 se desprende: (i) el deber del Juez Agrario de dictar las medidas pertinentes a fin de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la protección del medio ambiente y los supuestos ante los cuales podrían adoptarse tales medidas, (ii) el cumplimiento de tal obligación de forma oficiosa, esto es, sin la necesidad de que medie una solicitud previa y, finalmente, la característica más importante, (iii) la posibilidad de que el Juez dé cumplimiento a la obligación en cuestión, independientemente de que exista o no un proceso judicial en curso.

Indubitablemente que los Jueces Agrarios, con fundamento en el artículo en comento, puedan dictar “medidas pertinentes” “exista o no juicio” constituye un hecho notable y de suma importancia, toda vez que si tales medidas son adoptadas fuera del marco de un proceso principal, o dicho de

otra forma, si su dictamen en modo alguno se encuentra supeditado a la existencia de un proceso en curso (*pendente Litis*); en principio, no estaríamos en presencia de una medida cautelar propiamente dicha, según los términos y conceptos ya analizados, pudiendo entonces tratarse de una figura procesal autónoma; en tanto que si tal facultad oficiosa es ejercida en el marco de un proceso judicial en curso no debería existir duda sobre la naturaleza cautelar de la medida que fuere dictada.

Vale destacar que realmente la posibilidad de dictar este tipo de medidas especiales de forma oficiosa no es nueva, toda vez que el artículo 8 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios³⁵ facultaba al Juez Agrario para dictar de oficio las medidas necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estuvieren amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el citado artículo 196 de la vigente Ley, dicho facultad oficiosa debía ser ejercida en el marco de un determinado proceso judicial, lo que en principio, pareciera imprimirle carácter cautelar o preventivo a las medidas que se hubieren dictado con fundamento en el referido artículo 8 de la derogada Ley³⁶.

De manera pues que resulta válido entonces la existencia de dudas respecto a la naturaleza de aquellas medidas que pudieran ser adoptadas oficiosamente por parte de los Jueces Agrarios, al margen de cualquier proceso judicial, siendo que esta suerte de autonomía podría conllevar a considerar que se trata de una figura procesal autónoma con características propias.

Ahora bien, con el ánimo de arribar a una conclusión sobre la naturaleza de este tipo especial de medidas dictadas oficiosamente por el Juez Agrario con fundamento en el citado artículo 196 de la vigente Ley, indefectiblemente debemos proceder al análisis de algunas de las principales sentencias de la materia (todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), sin perjuicio de la existencia de otros criterios jurisprudenciales al respecto, entre las cuales se tienen las siguientes: (i) Sentencia N° 956 del 09-05-2006, caso:

³⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 3.015 Extraordinario del 13-09-1982.

³⁶ Se destaca que el vigente Código de Procedimiento Civil en su artículo 11, fundamento del principio dispositivo en el proceso civil ordinario, consagra una facultad del Juez Civil, muy similar a la prevista en la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en virtud de la cual puede dictar oficio alguna providencia legal cuando la Ley lo autorice o sea necesario para el resguardo del orden público o de las buenas costumbres, aunque tal providencia no sea solicitada expresamente por las partes. Sin embargo, en criterio de quien suscribe tal facultad debería ser ejercida en el marco de un proceso judicial en curso pues así se infiere de la sola lectura del artículo cuando se hace referencia al concepto de parte, todo lo cual *per se*, imprimiría a la medida que fuere dictada carácter cautelar o preventivo.

Cervecería Polar y Otros; (ii) Sentencia N° 368 del 29-03-2012, caso: Fundo “Las Guacharacas”, (iii) Sentencia N° 1031 del 29-07-2013, caso: Fundo “Santa Inés” y (iv) Sentencia N° 420 del 14 de-05-2014, con ocasión al recurso de revisión constitucional interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales se pasan a analizar a continuación:

A. La sentencia N° 956/2006

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 09-05-2006, con ocasión al recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de declaratoria de mero derecho y de medida cautelar innominada contra el artículo 211 del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario³⁷ (hoy artículo 196), interpuesto por la representación judicial de las Sociedad Mercantil Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. y otras.

En dicho caso la representación judicial de las empresas accionantes, entre otros argumentos, alegó que la facultad del Juez Contencioso Administrativo Agrario para dictar medidas de forma oficiosa no enmarcadas en un proceso principal en curso: (i) atentaba contra el principio de la separación de los poderes alterando la esencia de la función jurisdiccional como lo es la de dirimir controversias en el marco de un proceso judicial iniciado a instancia de parte, suprimiéndose además el carácter jurisdiccional de los Jueces Contencioso Administrativos Agrarios al insertarlos en el ámbito de actuación de otros órganos del Poder Público pertenecientes al Poder Ejecutivo y al Poder Ciudadano; (ii) violaba el principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Público por ser una norma abierta que permitía una actuación excesiva, desproporcionada, ilimitada y arbitraria por parte de los Jueces Contencioso Administrativos Agrarios, y (iii) que el artículo cuya nulidad se pretendía resultaba lesivo del derecho a la defensa y al debido proceso, sobre la base de que permitía una actuación jurisdiccional sin juicio.

Ahora bien, la sentencia en comentario analizó y desestimó los alegatos expuestos por los recurrentes señalando, en relación a la naturaleza de tales medidas, expresamente que:

Así, el control de la medida preventiva analizada, resultará perfectamente realizable mediante la exteriorización de las causas que dieron lugar al proveimiento judicial (...) lo cual significa que el Juez debe exponer las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que procede o no una determinada medida...

³⁷ Publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13-11-2001.

Por tanto, siendo que la competencia contenida en el artículo 211 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, solamente puede ser ejercida por el juez agrario con fundamento en la salvaguarda de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental, lo cual presenta su justificación constitucional en los artículos 305 y 306 del Texto Fundamental y que del mismo modo, dicho artículo resulta aplicable únicamente con dos objetivos específicos a saber, evitar la interrupción de la producción agraria y garantizar la preservación de los recursos naturales renovables y finalmente, que la medida preventiva sólo podrá tomarse cuando estos fines se encuentren amenazados de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción, debe concluir esta Sala que, la actuación analizada, se encuentra ciertamente delimitada por un entorno normativo.

En consecuencia de lo anterior, la norma circunscribe el poder preventivo a la adopción de medidas en cuatro supuestos específicos, para obtener dos resultados perfectamente delimitados...

...en el presente caso estamos ante una medida preventiva conducente a la salvaguarda de la continuidad de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales, de adopción oficiosa, con lo cual encuentra esta Sala que dicha medida procede inaudita parte, situación ésta que en modo alguno supone la inexistencia de un procedimiento en el cual se tome el proveimiento jurisdiccional. (Destacado agregado).

Del análisis de los fragmentos transcritos *ut supra*, se depende que la Sala, para ese momento y caso en particular, estimó que las medidas que pudieran ser dictadas por los jueces agrarios de forma oficiosa, no enmarcadas en un proceso judicial en curso, tienen naturaleza preventiva, siendo que su fin principal es la protección de la producción agraria y de la biodiversidad, debiendo decretarse cuando se configuran los supuestos normativos taxativamente establecidos en el entonces vigente artículo 211 (actualmente 196), esto es, ante la existencia de amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción.

El criterio anterior parece ser acertado, toda vez que tan especial competencia podría enmarcarse en el ámbito de la función preventiva que corresponde a todos los órganos del Poder Público, entendida esta, en sentido general, como la posibilidad legal de “evitar la ocurrencia de eventos lesivos al estatuto jurídico vigente, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados”³⁸.

Se aclara que, a excepción de los análisis efectuados con ocasión a los dos votos salvados que tuvo la sentencia, la parte motiva de la misma no hace referencia al término “autosatisfactivo” o de “medida cautelar autónoma”,

³⁸ Rafael Ortiz Ortiz: *La tutela constitucional preventiva...* ob. cit., p. 249.

todo lo cual nos lleva a considerar que, al menos para ese momento, existía un criterio mayoritario entre los magistrados de la Sala Constitucional sobre la naturaleza preventiva de las medidas en cuestión; posición mayoritaria esta que luce como la más acertada dado que, según lo conceptos y tipos de tutelas ya analizados, resultaría forzoso imprimir carácter cautelar a tales medidas, pues las mismas no gozan de la característica y fines propios de las medidas cautelares.

Vale destacar que, en cuanto al procedimiento o *iter* para el trámite de las medidas dictadas de forma oficiosa por los Jueces Agrarios no enmarcadas en un proceso judicial en curso, la Sala estableció expresamente que debía aplicarse “el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; ello ante la ausencia de un iter indicado expresamente por la Ley, conforme a la previsión contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Por lo demás, debe señalarse que dicha sentencia contó con dos votos salvados de los entonces Magistrados Jesús Eduardo Cabrera Romero y Pedro Rondón Haaz. En tal sentido, el primero de los Magistrados consideró que existían dudas sobre la naturaleza de las medidas dictadas por el Juez Agrario fuera de juicio, señalando que de tratarse de medidas cautelares, la Sala debía señalar el término para demandar, así como los efectos de no hacerlo³⁹, siendo que al callar al respecto el artículo se convertía en inconstitucional por violar el derecho de defensa y el debido proceso del perjudicado por la medida; en tanto que la otra opción respecto a la naturaleza de tales medidas sería considerarlas como una especie de acción autónoma (de oficio) exclusiva del juez agrario, por lo que estaríamos ante una nueva figura procesal con raíz constitucional.

Por su parte, el segundo de los mencionados Magistrados consideró que el problema de constitucionalidad, no era que el juez contencioso agrario actuase de oficio ni que iniciase procedimientos cautelares sin que mediara solicitud de parte, sino que la potestad cautelar que preceptuaba el artículo 211 del derogado Decreto N° 1.546 con fuerza de la Ley de Tierras (ahora artículo 196) debía traducirse en una medida cautelar que dependiera siempre de un proceso judicial que se estuviere sustanciando o que estuviere pronto a iniciarse bajo pena de decaimiento de la medida⁴⁰, pues de lo contrario la norma sería inconstitucional, toda vez que se trataría de medidas autosatisfactivas o autónomas dictadas inaudita parte, sin la posibilidad para

³⁹ Nótese que el criterio del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero está en perfecta consonancia con el concepto de instrumentalidad mediata desarrollado en el presente trabajo.

⁴⁰ De igual forma el criterio del Dr. Pedro Rondón Haaz, está en consonancia con los conceptos de instrumentalidad inmediata y mediata desarrollados en el presente trabajo.

los afectados por ella de defenderse, porque en su criterio, no habría juicio principal.

De los dos votos salvado que tuvo la sentencia en comento resultan destacables dos hechos fundamentales a saber: el primero relacionado con la intención de los Magistrados disidentes de *cautelarizar* u otorgar carácter cautelar a las medidas en cuestión supeditando su existencia a la preexistencia de un juicio futuro que necesariamente debía iniciar, en tanto que el segundo tiene que ver con el segundo voto salvado del Dr. Pedro Rondón Haaz, quién señala que en caso de no interponerse la acción principal respectiva, se estaría en presencia de una medida “*autosatisfactiva*”, siendo que en la materia este es el primer precedente jurisprudencial que hace referencia tan especial tipo de medida, ya analizada en el presente trabajo como una de las formas de manifestación de la tutela diferenciada.

B. La sentencia N° 368/2012

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 29-03-2012, con ocasión al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 27-01-2011, por el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil, Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, mediante la cual declaró sin lugar la acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Monagas el 15-12-2010, mediante la cual se decretó medida de protección agroalimentaria a favor del ciudadano José Jesús Coronado, sobre un lote de terreno constante de 237 hectáreas con 161 metros cuadrados, denominado fundo “Las Guacharacas”, con el objeto de proteger la actividad agropecuaria (cría y levante de ganado) sobre el referido lote de terreno fundamentada en los artículos 152, 196 y 243 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En dicho caso la Sala declaró con lugar la apelación interpuesta, señalando que lo correcto hubiera sido que el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, con Competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental declarara inadmisibles la acción de amparo propuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 6 numeral 5° de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y no sin lugar como en efecto lo hizo, en virtud de que los accionantes en amparo tenían la posibilidad de ejercer la correspondiente oposición a la medida agraria decretada una vez practicada y notificada la misma, de conformidad con el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, según lo

expuesto en el criterio establecido en la sentencia del 09-05-2006, (caso Cervecería Polar Los Cortijos C.A.) analizada precedentemente, ratificado por la sentencia en comento.

Las particularidades de la sentencia, en cuanto a la naturaleza de las medidas agrarias, radican en que la Sala expresamente consideró que:

Por lo que concluye esta Sala, que dichas medidas especiales agrarias fueron instituidas por el legislador como soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y por ende "autosatisfactivas", ya que están llamadas a resolver de manera suficiente los requerimientos de los postulantes o de la acción oficiosa del juez, motivo por el cual resultan verdaderamente medidas autónomas que en principio no penden de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, como si requieren las medidas cautelares clásicas para que no quede ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito.

No obstante lo anterior y dado su eminente carácter excepcional, resulta fundamental dejar sentado, que la medida autosatisfactiva agraria tendente a evitar la interrupción, ruina, desmejoramiento o destrucción de la producción agraria en su sentido amplio, así como del ambiente, no puede ser entendida como un medio sustitutivo de aquellas vías ordinarias previstas en la legislación especial (Ley de Tierras y Desarrollo Agrario), por lo que necesariamente se debe indicar el tiempo de su vigencia partiendo de aquellos aspectos técnicos en especial del ciclo biológico, y su necesaria conexión con la producción primaria de alimentos y la biodiversidad, previniendo, de resultar imperioso, el eventual proceso jurisdiccional donde de manera definitiva se dirima la controversia planteada. (Destacado agregado).

Del análisis de los fragmentos transcritos *ut supra* resulta evidente el cambio de criterio por parte de la Sala Constitucional, aunque no expresamente, pasando a catalogar las medidas especiales agrarias dictadas fuera de un proceso judicial como medidas autosatisfactivas, apartándose del criterio establecido al respecto (medidas de naturaleza preventiva) en la sentencia del 09-05-2006 (caso Cervecería Polar Los Cortijos C.A.), ya referida anteriormente, curiosamente ratificado.

Nótese el análisis efectuado por la Sala sobre las medidas autosatisfactivas cuyas características resaltadas coinciden con los principales aspectos contenidos en la definición propuesta por JORGE WALTER PEYRANO, ya analizada en el presente trabajo cuando abordamos las formas de manifestación de la Tutela Diferenciada.

Sin embargo, la propia sentencia en comento establece una razón de peso por la cual dichas medidas no podrían catalogarse como verdaderas medidas autosatisfactivas, como lo es la necesidad de que tales medidas previniesen el proceso jurisdiccional en el cual se resolviese de manera definitiva la

controversia; lo cual atenta contra la naturaleza y fines de las medidas autosatisfactivas (resolución definitiva de la controversia), y que por el contrario se asemeja a la figura de las medidas cautelares con instrumentalidad mediata ya estudiadas en el presente trabajo.

C. La sentencia N° 1031/2013

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 29-07-2013, con ocasión al recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 22-05-2013, dictada por el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia y con competencia en el Estado Falcón, mediante la cual declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión del Tribunal Agrario de Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia del 09-07-2012, mediante la cual se decretó medida autónoma de protección a la actividad pecuaria, a la biodiversidad y al ambiente; sobre un fundo denominado “Santa Inés” ordenando el desalojo de las personas ocupantes de los ranchos ubicados en el lindero norte del referido fundo; estableciendo un lapso de vigencia de dos años, contados a partir de la publicación de dicha providencia autónoma, ordenando la notificación de los beneficiarios y las autoridades.

Así, en cuanto a la naturaleza de las medidas agrarias, se tiene que en esta oportunidad la Sala consideró expresamente que:

... para la procedencia de tales medidas lo fundamental es el aseguramiento de la producción agrícola y la preservación de los recursos naturales, más allá que puedan contrariar el contenido de tales actos administrativos, los cuales podrán ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso agraria por parte de los afectados por el referido acto -carga procesal, durante la vigencia de la medida cautelar autónoma de protección por lo que los jueces de primera instancia deberán advertir a los beneficiarios de la medida cautelar de tal circunstancia, dada la naturaleza temporal de tales decisiones jurisdiccionales.

... esta Sala advierte de oficio que tal elemento constituye un punto cardinal en la motivación para la procedencia de las medidas cautelares autónomas de protección reguladas en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y que permiten determinar los fundamentos que sustentan la temporalidad de la cautela. Siendo ello así, en el caso bajo examen, la Sala advierte que el Juzgado Primero de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, no formuló consideración alguna en torno al ciclo biológico productivo (pecuario) en la unidad de producción, que permitiera conocer los fundamentos del lapso de dos años de vigencia de la medida acordada. (Destacado agregado).

Finalmente la sentencia, considerando que no se abrió el procedimiento legal para la oposición a la medida, declaró con lugar la apelación interpuesta

y la acción de amparo constitucional, ordenando al Tribunal Agrario de Primera Instancia emitir un nuevo pronunciamiento sobre los términos de la medida considerando el criterio establecido en la sentencia N° 368/12 ratificando el fallo del 09-05-2006 (caso: Cervecería Polar Los Cortijos y otros), imponiendo, además, a la Sociedad Mercantil Agropecuaria Gabrielle C.A., la carga de interponer las acciones judiciales contra el “acto administrativo contentivo de CARTA AGRARIA dictado por el Instituto Nacional de Tierras, en reunión 24-03, de fecha dos (02) de octubre de 2003, sobre un lote de terreno denominado ‘SANTA INÉS’ con una superficie de novecientos ochenta y seis hectáreas (986 HAS)”.

De todo lo anterior se evidencia que en esta oportunidad nuevamente hubo un cambio de criterio por parte de la Sala Constitucional pasando a catalogar las medidas especiales agrarias como “medidas cautelares autónomas de protección” en contraposición al criterio sentando en la Sentencia N° 368, precedentemente analizada, en el cual consideró que se trataba de “medidas autosatisfactivas”.

Indubitablemente la Sala asume un criterio desacertado, toda vez que, como bien se dejó claramente establecido en el presente trabajo, el fenómeno cautelar está circunscrito, necesaria e indefectiblemente, al ámbito de un proceso judicial en curso o por iniciar y de ahí la imposibilidad de que una medida cautelar sea “autónoma” pues su naturaleza instrumental le impide gozar de tal autonomía; siendo que además en el caso de las medidas especiales agrarias dictadas por el Juez Agrario de oficio, no enmarcadas en juicio alguno, tal instrumentalidad es inexistente.

Ahora bien, más allá del anterior error, la lectura exhaustiva de la decisión en comento evidencia que la verdadera intención de la Sala no era otra más que la de instrumentalizar la medida dictada fundamentalmente porque impuso a los beneficiarios iniciales de la misma la carga de interponer el respectivo contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo (carta agraria) que afectó el lote de terreno de su propiedad en el cual se desempeñaba la actividad agraria eventualmente afectada.

De ahí que, siendo cónsonos con los conceptos ya analizados en la parte inicial del presente trabajo, puede afirmarse que en este caso en particular, estamos en presencia de una medida cautelar con instrumentalidad mediata.

D. La sentencia N° 420/2014

La cuarta y última sentencia que nos corresponde analizar, en relación al tema de las medidas especiales agrarias, es la dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 14-05-2014, con ocasión al

recurso de revisión constitucional interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual revocó la medida cautelar innominada oficiosa dictada el 11-01-2008, por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, a fin de que el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente difiriera las actividades destinadas a la discusión, difusión, implementación y posterior sometimiento para su promulgación del Proyecto de Decreto del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la denominada Reserva Forestal del Caura.

En dicho caso, en primer lugar se advierte que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social, alzada natural para conocer de la apelación interpuesta en casos de recursos de nulidad y demandas contenido patrimonial, según lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley de Tierra y Desarrollo Agrario, no analizó en su sentencia (N° 468 del 23-05-2012), expresamente la naturaleza de las medidas especiales agrarias, sin embargo, en algunos extractos de la misma deja entrever el criterio, que para ese momento, tenía al respecto particularmente cuando señala:

Relacionando el contenido de las normas ut supra expuestas, se observa de forma diáfana que el juez agrario tiene potestades cautelares tendentes a la protección de la producción agraria y protección ambiental. Sin embargo, tal facultad requiere de un hecho cierto y determinado que coloque en riesgo a esos factores ya señalados, ya que lo contrario, es decir, dictar una medida cautelar con sustento en los artículos 152 y 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre la base de un hecho inexistente daría lugar a la nulidad de ese fallo, por evidente inobservancia al contenido de las normas previamente señaladas.

Así pues, evidencia esta Sala que el sentenciador que acuerda la medida objeto de impugnación, incurrió en una evidente infracción de los artículos 152 y 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, al aplicar falsamente dichos preceptos normativos, por cuanto acordó de oficio una medida cautelar, sobre la base de un hecho futuro e incierto, ya que la normativa que éste considera perjudicial para el ambiente, concretamente a la Reserva Forestal del Caura, no tiene vigencia alguna, sólo es un proyecto sin eficacia normativa. Así se decide.

(...)

Por lo tanto, deberá declararse con lugar la apelación propuesta, anulando el contenido íntegro de la sentencia apelada. (Destacado agregado).

Por su parte la Sala Constitucional, en el marco del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, transcrita precedentemente, en relación a la naturaleza de las medidas agrarias en cuestión señaló que:

En este contexto, surgen las denominadas medidas anticipadas de protección o prevención previstas en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, específicamente en su artículo 196, como aquellas acciones destinadas a evitar la ocurrencia, producción o generación de impactos negativos sobre el ambiente causados por el desarrollo de una actividad, obra o proyecto producidos directa o indirectamente por la actividad humana. (Vid sentencia de esta Sala N° 368 del 29 de marzo de 2012).

En este sentido, estamos ante una normativa que contiene, una medida preventiva conducente a la salvaguarda y la preservación de los recursos naturales, de adopción oficiosa, que procede inaudita parte, ya que el legislador al referirse a la posibilidad de la adopción de la medida “exista o no juicio”, se refiere a que el juez no se encuentra sujeto a la pendencia de un procedimiento previo, siguiendo a tal efecto, el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil...

Referente a lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que si bien no se debió dictar una medida cautelar para suspender las discusiones sobre un proyecto de Decreto...

...siendo que en el caso venezolano y más especialmente la legislación agraria-ambiental, dispone de las medidas cautelares para evitar que se produzca el daño ambiental y detener sus impactos...

...la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria de este Alto Tribunal en la sentencia recurrida, evidentemente desatendió, no sólo los criterios preestablecidos sobre la protección del ambiente desde el punto de vista adjetivo, respecto de las competencias de los jueces agrarios para la tutela de los derechos ambientales mediante medidas cautelares “autosatisfactivas”.

Asimismo, considera imperioso esta Sala Constitucional (...) decretar de manera oficiosa las siguientes medidas cautelares. (Destacado agregado).

Los fragmentos transcritos *ut supra* resultan sorprendentes por cuanto los mismos reflejan la poca claridad de la Sala sobre la naturaleza jurídica de las medidas especiales agrarias, cuando estas no se encuentran enmarcadas en un juicio principal, y la ligereza con la cual hace referencia a las mismas, siendo que en ciertas oportunidades las cataloga como “medidas anticipadas de protección o prevención”, en tanto que en otros extractos de la sentencia las denomina, indistintamente, como “medida preventiva”, “medidas cautelares” y “medidas cautelares autosatisfactivas”; curiosa y muy probablemente de forma inadvertida recopilando los criterios sentados sobre el particular en sus decisiones N° 956, 368 y 1031 ya analizadas en el presente trabajo.

Las diversas calificaciones por parte de la Sala Constitucional de tan especiales medidas, en el caso en concreto, en criterio de quien suscribe son erróneas fundamentalmente porque: (i) no son medidas cautelares, a menos

que sean dictadas en el marco de un proceso lo cual es perfectamente posible a la luz de lo dispuesto en el citado artículo 196, (ii) no son medidas anticipadas, toda vez que al no ser dictadas en el marco de un proceso en curso, mal pueden anticipar, total o parcialmente, los efectos derivados de la decisión de fondo, y (iii) no son medidas cautelares autosatisfactivas, pues o bien se trata de una medida cautelar, enmarcada en un proceso judicial, o bien se trata de una medida autosatisfactiva que resuelve de forma definitiva y rápida el asunto planteado, sin la necesidad de estar enmarcada en un proceso iniciado o por iniciar; todo ello según los conceptos de tutela diferenciada analizados en el presente trabajo.

En conclusión, el análisis conjunto de las sentencias comentadas precedentemente, nos lleva indefectiblemente a considerar que no existe un criterio reiterado y sostenido en el tiempo sobre la naturaleza de las medidas especiales agrarias que pueden adoptarse, sin la necesidad de estar enmarcadas en un proceso en curso, pues la primera decisión (N° 956) las calificó como “medidas preventivas”, en tanto que la segunda decisión (8N° 368) se refiere a ellas como “medidas autosatisfactivas”; mientras que la tercera decisión (N° 1031) las cataloga como “medidas cautelares autónomas de protección”, en tanto que la última decisión (N° 420) recoge todas las calificaciones de las sentencias anteriores.

No obstante, resulta posible afirmar que existe, al menos, criterio unánime sobre la vigencia temporal de los efectos de tales medidas, su carácter excepcional, y posiblemente, la necesidad de que las mismas se anticipen al proceso principal que deberá incoarse para la solución definitiva del conflicto.

Quizás, en la cotidianidad, lo realmente relevante son los fines perseguidos por tales medidas, y de ahí la diversidad de criterios sobre su naturaleza, sin embargo, no deja ser un punto de rico interés la inexistencia de un criterio unísono sobre la misma, evitando confusiones, e inclusive, el uso inadecuado de terminologías y conceptos en otras jurisdicciones, como en efecto, según se verá más adelante, ha ocurrido en la Jurisdicción Contencioso Administrativa; siendo que por lo demás, en criterio de quien suscribe, la verdadera naturaleza jurídica de tales medidas es preventiva, según fue indicado al momento del análisis de la primera decisión comentada sobre el particular en el presente trabajo, siempre que no prevengan la necesidad de que se instaure un juicio posterior, pues en este último caso se tratará, sin duda alguna, de una medida cautelar con instrumentalidad mediata.

IV. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En la parte inicial del presente trabajo analizamos el concepto de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación, para posteriormente en función de los conceptos y figuras previamente estudiados, analizar como antecedentes legislativos lo dispuesto en el artículo 211 del derogado Código Orgánico Tributario, así como también el artículo 196 de la vigente Ley de Tierra y Desarrollo Agrario, cuyas normas prevén la posibilidad de que se dicten un tipo especial de medidas autónomas, catalogadas legal y jurisprudencialmente, en la mayoría de los casos, como cautelares a pesar de no estar enmarcadas en proceso judicial alguno, y por ello carentes del carácter de instrumentalidad propio y esencial de toda medida cautelar.

Ahora bien, en el contencioso administrativo la Ley de la materia no regula la figura de medidas autónomas de supuesto carácter cautelar, sin embargo, en la práctica se ha observado la marcada tendencia jurisprudencial de dictar medidas de este tipo, razón por la cual se hace necesario proceder al análisis de las disposiciones normativas regulatorias de las potestades cautelares de los Jueces de la materia, en *pro* de conocer sus límites y alcances y determinar, si en definitiva, estos se encuentran debidamente facultados para el dictamen de medidas de tal naturaleza; lo cual será objeto de análisis en el siguiente punto.

1. Los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁴¹ organizó “transitoriamente” la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras se dictaba la Ley especial que regulara tal jurisdicción. En este sentido, dicha Ley en su artículo 136 establecía como única medida cautelar la suspensión de efectos de los actos administrativos de efectos particulares, siendo que en todos los demás casos en los cuales no procedía tal medida, debían aplicarse las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en virtud de la remisión que efectuaba el artículo 88 de la derogada Ley en comento.

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es derogada por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo

⁴¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30-07-1976.

de Justicia⁴² cuyo texto normativo en su artículo 21 párrafo 22° mantuvo la posibilidad de suspensión de efectos, en lo que concierne a actos administrativos de efectos particulares cuya nulidad fuere solicitada; prácticamente en términos similares a los previstos en el artículo 136 de la derogada Ley, con la salvedad de que estableció la obligación de exigir caución al solicitante de la medida, cuestión que en la Ley precedente resultaba de carácter potestativo para el Juez.

Adicionalmente, como novedad, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia estableció en el artículo 19 párrafo 11° la posibilidad expresa de las partes de solicitar, en cualquier estado y grado del proceso, y el Tribunal acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que se estimasen pertinentes para resguardar la apariencias de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzgasen sobre la decisión definitiva; hecho esto que sin duda alguna constituyó el reconocimiento expreso del denominado poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo, y que en opinión de algunos doctrinarios como ALFREDO PARES SALAS⁴³ implicó una especie de adiós a las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el año 2010 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁴, regulando el tema cautelar en los artículos 4 previsto en el título I relativo a “Disposiciones Fundamentales” y el artículo 104 previsto en el capítulo V relativo a “Procedimiento de las medidas cautelares”, normas estas que por su contenido e importancia se pasan a transcribir a continuación para su posterior análisis:

Impulso del procedimiento. Artículo 4. El Juez o Jueza es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión. El Juez o Jueza Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aun de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y su correcta actividad administrativa.

⁴² Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20-05-2004, posteriormente derogada mediante ley publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010, reformada mediante publicación efectuada en la Gaceta Oficial N° 39.483 del 09-08-2010 y reimpresa en la Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 01-10-2010.

⁴³ Citado por Alejandro Canónico Sarabia, en su artículo “Nueva Regulación y Tratamiento Jurisprudencial...”, ob. cit., p. 574.

⁴⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-06-2010, posteriormente reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

Del análisis de la disposición legal antes transcrita en primer lugar de desprende el rol del Juez Contencioso Administrativo como rector del proceso, función esta que corresponde no solo a los Jueces que conforman tan especial jurisdicción, sino también a todos los Jueces de la República, siendo que, en ejercicio de tal estatus, tiene el inexorable deber de impulsar el proceso hasta la conclusión, inclusive de forma oficiosa.

De igual forma se evidencia que el Juez Contencioso Administrativo se encuentra investido de las más amplias facultades cautelares, pudiendo dictar, de oficio cualquier medida necesaria y adecuada con la situación de hecho presentada; no haciéndose mención expresa a la clásica y típica medida cautelar de la materia relativa a la suspensión de efectos de los actos administrativos.

Así, se tiene entonces que la norma en comentario consagra legalmente lo que ya había sido objeto de reconocimiento jurisprudencial hace ya tiempo, esto es, el amplio e innominado poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo, que no se limita a un solo tipo de medida, sino que se adapta a las necesidades de la tutela judicial efectiva de cada caso en concreto, pudiendo consistir, como en el caso de las cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil, en autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por su parte, el artículo 104 de la Ley en comentario, regula los aspectos sustanciales de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo particularmente lo relacionado con su objeto y extremos de procedencia, estableciendo expresamente que:

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

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.

Del análisis de la disposición legal transcrita se desprende que legislador reiteró, una vez más, el poder cautelar general e innominado en favor del Juez

Contencioso Administrativo. Adicionalmente se observa que además de los clásicos presupuestos para el otorgamiento de las medidas cautelares como lo son el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” presentes en el citado artículo bajo análisis cuando se hace referencia al resguardo de la apariencia del buen derecho y garantizar las resultas del juicio, se constata que fueron consagrados dos nuevos requisitos de procedencia, como lo son los relativos a la ponderación de los “intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego” y la prohibición de prejuzgar sobre la decisión definitiva.

Sobre los requisitos relativos al “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” no se realizarán mayores consideraciones, pues ya en la parte introductoria del presente trabajo fueron someramente analizados, aunado esto al hecho que por tratarse de los clásicos requisitos de procedencia de las medidas cautelares, los mismos son ampliamente conocidos y manejados por la mayoría de los profesionales del Derecho; todo lo cual permitirá centrar la atención en los dos últimos requisitos establecidos en el artículo en comento a saber relativos a la ponderación de los intereses y la prohibición de que las medidas acordadas prejuzguen sobre lo definitivo.

Según ALEJANDRO CANÓNICO⁴⁵ la exigencia en la ponderación de los intereses implica el deber del Juez de evaluar y colocar sobre una balanza, el derecho o interés que sostiene el demandante frente a los intereses públicos generales y colectivos, que pudieran verse afectados en ese caso concreto por el decreto de la medida en cuestión, así como evaluar cualquier otra circunstancia y hacer la ponderación debida según su sano juicio, teniendo entonces que determinar cuál interés debe prevalecer para poder tomar una decisión⁴⁶.

Por su parte en lo que respecta a la prohibición de que la medida prejuzgue sobre la decisión definitiva, se advierte que dicho punto ya fue objeto de análisis en el presente trabajo, específicamente, cuando fue analizado el concepto de la tutela anticipada y la posibilidad de adelantar total o parcialmente los efectos de una sentencia característica de este tipo de tutela, siendo que lo realmente de cuidado es que el Juez al momento de otorgar determinada medida cautelar deberá garantizar que la misma, llegado el momento, pueda ser revocada, garantizando a su vez que la sentencia

⁴⁵ Alejandro Canónico Sarabia, en su artículo “Nueva Regulación y Tratamiento Jurisprudencial...”, ob. cit., p. 592

⁴⁶ Sobre este requisito puede consultarse la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 09-06-2011, Exp. N° AW42-X-2011-000036 con ponencia del Juez Emilio Ramos. De igual forma la Sentencia N° 20 del 24-01-2012, dictada por el mismo Órgano Jurisdiccional.

definitiva pueda ser dictada con libertad, inclusive en contra de lo planteado en el dispositivo cautelar.

Lamentablemente tanto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa como en otras jurisdicciones, este requisito algunas veces es usado como una suerte de comodín que permite desechar pretensiones de tipo cautelar con el pretexto de que su otorgamiento estaría vaciando de contenido la futura decisión que habrá de dictarse o que, en su defecto, se estaría adelantado opinión sobre el tema objeto de debate.

Ahora bien, a los efectos del presente trabajo, lo más relevante del análisis de los artículos comentados es que de su sola lectura no se desprende que el Juez Contencioso Administrativo pueda dictar medidas cautelares fuera del ámbito de un proceso judicial o principal. Por el contrario, de la lectura del artículo 4 se infiere claramente que tales potestades cautelares deben ser ejercidas en el curso de determinado proceso, pues justamente la norma en cuestión resalta el rol del Juez como director del proceso, condición esta en virtud de la cual tiene el deber de impulsarlo hasta su conclusión, inclusive de oficio, si ello fuere necesario.

Similar consideración resulta aplicable en el caso del artículo 104, cuya lectura evidencia clara y meridianamente que dicho poder cautelar general debe necesaria e indefectiblemente en el marco de un proceso judicial, pues es tal conclusión es la que se desprende cuando el legislador realiza reiteradas menciones a un proceso jurisdiccional tales como las siguientes: “en cualquier estado y grado del procedimiento”, “garantizar los resultados del juicio” y “mientras dure el proceso”.

Se destaca que no se pone en duda el carácter amplio de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, lo cual, según fue analizado, está totalmente claro, pero si el ámbito y los límites dentro de los que pueden y deben ser ejercidas tales potestades, los cuales no son otros más que los derivados de un proceso jurisdiccional principal (*pendente Litis*), iniciado, e inclusive, próximo a iniciar, del cual derivaría el carácter y naturaleza cautelar de las medidas que fueren dictadas con fundamento en dicha disposición normativa en virtud de su instrumentalidad y accesoriedad.

De considerarse que tales normas establecen una suerte de potestades (implícitas) en las que pudieran fundamentarse el dictamen de medidas cautelares autónomas, implicaría, en criterio de quien suscribe, un error de interpretación o falso supuesto de derecho que habilitaría libremente al Juez Contencioso Administrativo, y desde luego a la propia Administración con apoyo de éste (el Juez) para afectar la esfera jurídica de los administrados, en

detrimento del derecho constitucional a la defensa y el valor de la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, en la práctica el criterio imperante en los Tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el de considerar que tales potestades cautelares son de carácter tan amplio, que las mismas facultan suficientemente al Juez Contencioso para el dictamen de medidas cautelares autónomas independientemente de que no exista un juicio principal en curso o próximo a iniciar, fundamentándose, además, en el carácter social del Estado que les sirve para evadir disposiciones y procedimiento legales, y con ello complacer de forma rápida y expedita los intereses políticos de una Administración Pública cuyos altos funcionarios en modo alguno comulgan con la idea de existencia de los derechos de propiedad privada y libre ejercicio de la actividad económica, y en definitiva, un país donde el sector privado no debe tener rol preponderante en la marcha de la economía nacional, cuyo principal actor y absoluto controlador debe ser el Estado.

Según FRANCISCO DELGADO el anterior proceder tiene como fundamento principal la existencia de un proyecto político dirigido por el Ejecutivo Nacional cuyo fin primordial no es otro más que la instauración de un modelo marxista comunista en función a cuya consecución deben orientarse las actividades y funciones del resto de los poderes del Estado, de conformidad con el principio de colaboración de los poderes previsto en el artículo 136 del Texto Constitucional, señalando el autor en cuestión que tal subordinación al poder político tiene distintas fuentes y motivos, pues según él:

La filosofía a la que expresamente se adhiere el régimen, el marxismo, la justifica en su concepto del sistema jurídico-político como herramienta necesaria para asegurar el dominio sin el cual no podría llevarse a cabo la revolución; ésta, entendida como la meta final de un proceso, condiciona la actividad de los poderes públicos y ninguno de ellos puede reclamarse autónomo o independiente frente a ella. La labor de estos poderes tiene sentido sólo en tanto se dirige a darle realidad a la revolución, por lo que toda la actividad debe ser orientada hacia ese fin, sin que tenga justificación dividir el poder, dado que esto únicamente haría más difícil llegar hasta esa meta⁴⁷.

De igual forma, en perfecta consonancia con lo antes expuesto, otro hecho justificativo del proceder de los Jueces Contencioso Administrativos se fundamenta en la idea de la Justicia Social, o dicho en otras palabras, la Justicia de Equidad, cuya consecución exige dejar de lado ciertas formas y principios del derecho que caracterizan al Estado Liberal al servicio de la clase dominante de la sociedad (burguesía), no existiendo entonces duda de que tal

⁴⁷ Francisco J. Delgado: *Chavismo y Derecho*. Editorial Galipán. Caracas. 2017, p. 91 y ss.

noción de la Justicia ha justificado la amplia y ligera interpretación y aplicación práctica del poder cautelar regulado en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2. De la tutela cautelar en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social

En materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social la Ley especial consagra la medida de ocupación previa, como única medida cautelar típica de la materia, siendo que, al igual que en el Contencioso General, nada se establece en relación a la facultad del Juez Contencioso para dictar medidas de carácter autónomo. No obstante, en la práctica, el dictamen de medidas autónomas se ha hecho costumbre con efectos prácticamente similares a los de la ocupación previa, siendo esta materia la pionera en el uso de esta figura, trascendiendo posteriormente al ámbito del contencioso general.

En la práctica tales medidas autónomas han sido calificadas por los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia, en algunos casos, como medida cautelar anticipada de ocupación, posesión y uso, y en otros como medida cautelar innominada de ocupación, administración, aprovechamiento y uso, entre otras calificaciones.

Ahora bien, previo al análisis de los principales criterios jurisprudenciales sobre el tema en cuestión, resulta pertinente realizar algunas consideraciones, aunque someras, sobre el régimen general del proceso expropiatorio en Venezuela, todo lo cual nos facilitará la posterior tarea de realizar un breve contraste entre los postulados generales establecidos en las normas regulatorias de la materia y la forma en como los mismos en la práctica se han venido aplicando.

En este sentido, debe indicarse que el Derecho Constitucional a la propiedad privada se encuentra regulado en el artículo 115 del Texto Constitucional en los siguientes términos:

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley, con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

La lectura de la disposición constitucional transcrita precedentemente viene a confirmar el carácter relativo que reviste al derecho en comento, fundamentalmente por la posibilidad de afectación del mismo siempre que

ello obedezca a razones de utilidad pública o interés social previamente definidas por la Ley. Adicionalmente el constituyente fue enfático en señalar que la expropiación deberá ser declarada mediante sentencia firme siendo imperativo realizar el pago de la justa indemnización de forma oportuna.

No define la norma constitucional lo que ha de entenderse por “expropiación”, sin embargo, dicho concepto ha sido clara y ampliamente discutido y analizado por la Doctrina⁴⁸, teniéndose principalmente dos concepciones sobre el mismo. Por un lado se le entiende como una limitación del actuar administrativo frente al derecho de propiedad de los particulares, como una garantía de dicho derecho fundamental, que impide su destrucción o desapoderamiento sin el cumplimiento de las salvaguardias básicas que ese derecho fundamental impone y por el otro, como una potestad pública, que permite la privación forzosa de la propiedad ante la existencia de determinadas necesidades sociales, dando de esta forma cabida al fin social de la propiedad⁴⁹.

En realidad ambas concepciones no se contraponen, pues ha de entenderse, y de hecho siempre ha sido así, que la expropiación es una potestad pública cuyo ejercicio se encuentra supeditado al cumplimiento irrestricto del procedimiento legalmente establecido en pro de la protección del Derecho Constitucional a la propiedad privada, velando para que su afectación sea por las razones y causas definidas por la Ley, y por la protección del particular afectado mediante el pago de una justa indemnización.

Personalmente, sin desconocer su naturaleza de potestad pública, prefiero decantarme por la noción garantista del concepto en comento, siendo que tales garantías⁵⁰ son susceptibles de resumirse en las siguientes: (i) declaratoria mediante ley formal de un fin de utilidad pública o interés social; (ii) determinación formal por el ente expropiante de los bienes concretos a ser expropiados; (iii) razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la declaración legal de uso público y del acto del ente expropiante de los bienes afectados; (iv) cumplimiento del procedimiento

⁴⁸ Luis Alfonso Herrera Orellana, Karina Anzola Spadaro, Antonio Canova González: *¿Expropiaciones o Vías de hecho?* FUNEDA. Caracas. 2009, pp. 37-38.

⁴⁹ La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475 del 01-07-2002, en su artículo 2 establece el concepto de expropiación en los términos siguientes: “La expropiación es una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”.

⁵⁰ Luis Alfonso Herrera Orellana, Karina Anzola Spadaro, Antonio Canova González: *Expropiaciones o Vías...* ob. cit., pp. 79-108.

contradictorio previsto legalmente; (v) fijación objetiva de una compensación monetaria justa e integral y; (vi) pago oportuno del precio justo antes de la toma de posesión del bien afectado.

Las garantías mencionadas se encuentra consagradas a lo largo del texto de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, siendo que el análisis pormenorizado de cada una de ellas y su tratamiento doctrinal y jurisprudencial excede del objeto del presente trabajo, sin embargo, *grosso modo* se destaca que el procedimiento inicia con una declaratoria de utilidad pública que luego sirve de fundamento para el dictamen del respectivo Decreto de Expropiación por parte de la Administración contentivo de la decisión administrativa de adquisición forzosa de determinados bienes necesarios para la ejecución de una obra o actividad, de interés público y/o social, cuya ejecución por lo general, suele ser catalogada como urgente.

Posteriormente, debe iniciarse una fase administrativa de arreglo amigable⁵¹ la cual puede derivar en una negociación favorable, o, en un total desacuerdo de las partes, caso este último en el cual el ente expropiante debe interponer la respectiva demanda iniciándose formalmente el juicio de expropiación con las debidas garantías constitucionales relativas al derecho a la defensa y al debido proceso.

Ahora bien, uno de los aspectos de todo el proceso de expropiación que quisiéramos resaltar tiene que ver con la última de las garantías precedentemente mencionadas relativa al pago oportuno de la justa indemnización correspondiente al propietario del bien afectado, siendo que dicho pago, para que realmente se entienda como oportuno, deberá ser realizado de forma previa a la ocupación del bien del cual se trate, requisito *sine que non* para que el ente expropiante proceda con la ocupación del bien inmueble⁵².

Excepcionalmente, el artículo 56 de la Ley en comento establece la posibilidad de que el ente expropiante proceda con la ocupación anticipada del bien cuya expropiación se pretende, para lo cual deberá introducir formalmente la demanda de expropiación y solicitar al Juez de la causa proceda a decretar la medida de ocupación previa, cuya procedencia se encuentra supeditada a la verificación concurrente de los siguientes

⁵¹ El arreglo amigable se encuentra regulado en el artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

⁵² Las formalidades relativas a la consignación del pago y traslación de la propiedad se encuentran reguladas en los artículos 45 y 46 de la Ley.

requisitos⁵³ a saber: (i) que la obra a ejecutarse sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley; (ii) que la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, (iii) la consignación ante el Tribunal, por parte del ente expropiante, de la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien en el avalúo llevado a cabo a tal efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley; (iv) la debida notificación a los propietarios y los ocupantes, si los hubiere; y (v) la práctica de una previa inspección judicial de los bienes a fin de dejar constancia de su estado y cualquier característica relevante que pudiera incidir en el avalúo final del bien y consecuentemente en el justa indemnización⁵⁴.

De esta manera se erige entonces la ocupación previa, como la única vía o mecanismo legalmente establecido en la Ley general que regula la materia de expropiaciones para la ocupación anticipada de los bienes a expropiar; resultando evidente el carácter cautelar de dicha figura, como típica medida judicial dictada en el marco de un proceso judicial expropiatorio, ya iniciado, sustentada en la premisa de la “urgencia” que tiene la realización de determinada obra, con un efecto positivo frente al ente expropiante a quien se le permite la ocupación del inmueble antes de la sentencia que declare la expropiación, garantizándose a su vez los resultados de la futura sentencia definitiva⁵⁵.

Ahora bien teniendo claro, aunque someramente, los principales aspectos del proceso expropiatorio, y las excepciones establecidas en el mismo, fundamentalmente la relativa a la medida cautelar de ocupación previa, podemos entonces pasar a analizar algunos casos de expropiaciones

⁵³ Sobre los requisitos de la ocupación previa véanse también las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 07-02-2007, caso Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez y del 01-10-008, caso Municipio Maracaibo Estado Zulia contra la Arquidiócesis de Maracaibo y el INAVI.

⁵⁴ Nótese el carácter especial de la medida cautelar de ocupación previa, pues, a diferencia de las medidas cautelares generales reguladas en el Código de Procedimiento Civil, su dictamen no es *inaudita alteram par*, sino que, antes de decretarse debe procederse con la notificación del propietarios y los ocupantes a los efectos de que: (i) se opongan, no a la medida en sí misma, sino al avalúo, y (ii) participen activamente en la inspección judicial que deberá realizarse para dejar constancia del estado y los bienes a expropiar.

⁵⁵ En sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 07-02-2007, caso Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez se indica que la procedencia de la ocupación previa “se encuentra supeditada al Decreto que autorice la autoridad judicial, de forma tal que podría decirse que con ello se produce la anticipación de los efectos definitivos del juicio de expropiación, es decir, la ocupación del inmueble y el inicio de la realización de las obras que motivaron su afectación”.

emprendidas por el Estado Venezolano⁵⁶ en los cuales hubo medidas de ocupación de bienes formalmente afectados, a fin de determinar si tales medidas de ocupación se corresponden con la medida típica aplicable en estos casos, o si por el contrario, las mismas atienden a otra naturaleza.

Se aclara que, si bien debió haberse abordado primeramente el ámbito jurisprudencial correspondiente al Contencioso General, para luego analizar la jurisprudencia en materia de expropiaciones públicas, se prefirió, en aras de mantener una debida cronología de los hechos, subvertir el orden fundamentalmente porque con ocasión a procedimientos de expropiaciones fueron dictadas las primeras medidas cautelares autónomas, las cuales posteriormente pasaron a ser asumidas en el ámbito del Contencioso General.

3. Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública o social

En este acápite procederemos a abordar el estudio de cuatro de las principales sentencias de interés listadas a continuación: (i) Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2005-84 del 08-03-2005, caso: Sociedad Mercantil VENEPAL, C.A.; (ii) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2009-1095 del 17-06-2009, caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero; (iii) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2012-1000 del 04-06-2012, caso: Sociedad

⁵⁶ El Estado venezolano en el período comprendido entre el 2005 y el 2009, emprendió una dura y férrea política de expropiación para hacerse de los bienes de los particulares, utilizando argumentos disímiles, fundamentados en la función social de la propiedad, tales como: (i) la supuesta necesidad de reactivación económica y protección de los trabajadores, (ii) el carácter estratégico de ciertas actividades asociadas a fines estratégicos del Estado, (iii) la seguridad alimentaria, (iv) el incumplimiento de normas sobre precios de bienes y servicios, y (v) construcción o dotación de viviendas para personas sin viviendas e inquilinos. Dichas expropiaciones se caracterizaron por un uso abusivo, desproporcionado y, en la mayoría de los casos, incompleto de la figura de la expropiación. Entre las irregularidades destacan la falta de declaratoria de utilidad pública y social mediante Ley formal, y en sustitución de esta, supuestos Acuerdos emanados de los Órganos Legislativos; ocupación de los bienes afectados con fundamento en medidas de naturaleza administrativa como las previstas en la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos y productos declarados de primera necesidad o sometidos al control de precios publicada en Gaceta Oficial N° 38.862 del 31-01-2008, y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 del 01-02-2010, sin interponer la respectiva demanda de expropiación y lógicamente sin el pago oportuno respectivo, y en general actuaciones incompletas y de mala fe contrarias a los preceptos y garantías constitucionales y legales establecidos para la protección del derecho de propiedad con el fin único de apoderarse de los bienes de los particulares.

Mercantil Sucesión Heemsen C.A. y, (iv) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2012-2030 del 11-10-2012, caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., sentencia está ultima a través de la cual se resolvió formalmente la oposición formulada por la representación judicial de la Sucesión Heemsen C.A., contra la medida cautelar anticipada de ocupación, posesión y uso acordada mediante la decisión referida en el punto *iii*.

A. Caso: Sociedad Mercantil VENEPAL, C.A.

Entre los numerosos casos de expropiaciones efectuadas, en primer lugar, resulta necesario hacer referencia al correspondiente a la sociedad mercantil VENEPAL, C.A., cuyos bienes muebles e inmuebles fueron afectados mediante Decreto N° 3.438 publicado en la Gaceta Oficial N° 38.110, para la ejecución de la obra "*Reactivación Industrial y Explotación Productiva para el Desarrollo Endógeno*", decreto este con fundamento en el cual la Procuraduría General de la República en fecha 22-02-2005, interpuso, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la respectiva demanda de expropiación conjuntamente con (i) medida cautelar innominada, (ii) medida de ocupación previa y, (iii) subsidiariamente, medida anticipativa.

Las referidas medidas tenían como fin único que la Corte ordenase la posesión de todos los bienes objeto de expropiación, siendo que las dos primeras fueron solicitadas con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que la tercera (medida anticipativa) fue sustentada en el artículo 26 de la Constitución; argumentándose, además, que el tiempo que transcurriese hasta que se decretara la ocupación previa podía ser perjudicial tanto para los trabajadores como para los equipos y maquinarias los cuales corrían riesgo de deterioro.

Así las cosas, la Corte mediante decisión N° 2005-84 del 08-03-2005, luego de admitir la demanda, pasó a pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas otorgando la medida cautelar innominada y ordenando la posesión de los bienes en cuestión por parte del ente expropiante. En tal sentido, como fundamento para el otorgamiento de tal medida la Corte consideró como hecho configurativo del "*fumus bonis iuris*" la existencia de una Providencia Administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo de la cual se evidenciaba la situación real de los trabajadores de la empresa en comento resultando imprescindible, en criterio de la Corte, el resguardo de los derechos constitucionales laborales de los trabajadores, obviando el hecho de que el caso también involucraba otro derecho de rango constitucional como lo es el de propiedad.

Ahora bien, son varios los aspectos que llaman la atención sobre la referida decisión, sin embargo, uno de los más extraños es que la Corte, sin mayor análisis y consideración, procedió a otorgar directamente una medida cautelar innominada para la posesión de los bienes a expropiar con fundamento en la normativa adjetiva del Código de Procedimiento Civil, obviando el hecho de que en materia de expropiaciones la medida cautelar de ocupación previa regulada en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social constituye la única vía procesal para la toma y ocupación anticipada de bienes a ser expropiados⁵⁷.

Pero más sorprendente aún resulta el hecho de que la Corte, luego de decretada la medida cautelar innominada en comento, procedió a decretar la medida de ocupación previa ordenando la realización del respectivo avalúo, la consignación de la cantidad que resulte del mismo, y la inspección judicial del inmueble, todo lo cual carecía de sentido pues los fines de la ocupación previa ya habían sido satisfechos con la medida previamente otorgada⁵⁸.

De igual forma la inspección ordenada resultaba innecesaria fundamentalmente porque su finalidad, según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de la materia, no es otra más que dejar constancia de aquellas condiciones particulares de los bienes que podrían incidir en la determinación del justo precio final, las cuales podrían variar una vez el ente expropiante entre en posesión de los mismos; fin este que entonces mal puede alcanzarse si tales bienes son puestos bajo la guarda y administración del ente expropiante de forma previa a la realización de dicha inspección, tal y como ocurrió en el caso en comento.

Así, el referido criterio jurisprudencial parece haberse mantenido durante el período comprendido entre los años 2005 y 2009, año este último en el cual, si bien se continuaron dictando decisiones con el mismo y único fin de autorizar la ocupación anticipada de bienes legalmente afectados, las Cortes Contencioso Administrativos, al menos, intentaron justificar el otorgamiento de medidas cautelares innominadas en el marco de procesos expropiatorios tal y como se evidenciará en la siguiente decisión.

⁵⁷ Ver, entre otras decisiones similares, la dictada por Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2005-1395 del 17-11-2005, caso Constructora Nacional de Válvulas C.A.

⁵⁸ Este proceder implica una clara transgresión del artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, toda vez que el avalúo y la consignación de la cantidad resultante del mismo, constituyen requisitos de procedencia de la medida de ocupación previa.

B. Caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero

Mediante Decreto N° 4.036 del 02-11-2005, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.477 del 12-07-2006⁵⁹, se declaró la adquisición forzosa de los bienes que conformaban el Complejo Industrial Sideroca Proacero necesarios para la ejecución de la obra *“Soberanía e Independencia Técnica del Sector Industrial Metalmeccánico para el Desarrollo Endógeno de la Región Occidental”*, decreto este con fundamento en el cual la Procuraduría General de la República interpuso ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo la respectiva demanda de expropiación y posteriormente, de forma incidental, solicitud de medida cautelar innominada con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, siendo el fin de tal medida, según lo expresamente señalado por la representación judicial de la República *“adelantar provisionalmente los efectos de la ocupación previa”* sobre todos los bienes afectados, hasta tanto se procediera a decretar formalmente la ocupación previa, señalando al respecto expresamente la Corte que:

Siendo ello así, y partiendo de que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no regula las mencionadas medidas cautelares innominadas, –ni las prohíbe– en el procedimiento de ocupación previa, que debe darse dentro del proceso de expropiación, y que ella prevé en su artículo 66, que en todas las situaciones no previstas en su texto se aplican supletoriamente las demás disposiciones legales que fueren pertinentes; encuentra esta Corte ajustado a derecho, la posibilidad de que dentro del procedimiento de ocupación previa se acuerden medidas cautelares innominadas, como una forma de evitar que con el transcurso de tiempo queden ilusoria la finalidad práctica que se persigue con tal procedimiento, las cuales se debe regir por lo preceptuado en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (...). Dentro de este contexto, siendo que de acuerdo con lo anteriormente expuesto estamos en presencia de una incidencia dentro proceso de ocupación previa previsto en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social; y siendo que la obligación del ente expropiante de consignar la cantidad de dinero en que se valoró el inmueble objeto de expropiación, en un requisito propio y exclusivo del mencionado procedimiento; resulta forzoso para esta Corte desechar la solicitud de la sociedad mercantil Industrias Invercon C.A. de que en el supuesto de que se acuerde la medida cautelar solicitada la República, esta consigne la cantidad de dinero que arroje el avalúo. (Destacado agregado).

Del fragmento jurisprudencial transcrito precedentemente se desprende, según ya se había indicado, que la Corte justificó el otorgamiento de medidas cautelares innominadas tendentes a la ocupación anticipada de bienes afectados, señalando que las mismas se tratan de una incidencia en el marco

⁵⁹ Decreto posteriormente reformado mediante Decreto N° 5.627 del 03-10-2007, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.783 del 04-10-2007.

del proceso cautelar de ocupación previa cuyos efectos se buscan adelantar para evitar que quede ilusoria la finalidad práctica de dicho proceso cautelar (cautela de la cautela), siendo que además, al tratarse de una incidencia, el ente expropiante no tiene la obligación de consignar la cantidad reflejada en el avalúo que debía haberse previamente realizado⁶⁰.

Tan sorprendente resulta la justificación expuesta por la Corte, como evidente su fin el cual no es otro más que, de cualquier manera y a toda costa, el autorizar la ocupación anticipada (previa) de los bienes afectados sin la necesidad cumplir con la formalidades establecidas en la Ley, principalmente, la relativa a la consignación del monto establecido en el respectivo avalúo, obviando el hecho de que todas las garantías establecidas en la Ley de la materia fueron establecidas por mandato expreso de la Constitución para la protección de uno de los derechos fundamentales que ella misma consagra como lo es el derecho de propiedad y también los relativos al debido proceso (artículo 49) y al proceso como instrumento esencial para la realización de la justicia (artículo 257).

Ahora bien, más allá de su evidente inconstitucionalidad e ilegalidad, lo cual no se discute, en lo que respecta a la naturaleza de las medidas dictadas en los casos precedentemente analizados podría decirse que las mismas revestían carácter cautelar en tanto y cuanto fueron acordadas en el marco de un proceso judicial de expropiación, propiamente dicho.

Empero es de hacer notar que a partir del año 2010, se observa un giro en el proceder de la Administración, toda vez que comenzó a requerir la intervención judicial con el objeto de que se le autorizase la ocupación anticipada de inmuebles afectados mediante la solicitud de supuestas medidas de carácter *cautelar innominadas* y autónomas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en un proceso judicial expropiatorio propiamente dicho, es decir, antes de la interposición de la demanda respectiva, y por ende, al igual que las medidas cautelares innominadas que se venían dictando desde el año 2005, ajenas a la típica medida cautelar de ocupación previa aplicable en materia de expropiaciones.

Tal práctica, en palabras de JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ⁶¹, constituye una patología contraria al artículo 115 constitucional, pues en primer lugar, desde un plano procesal, la medida innominada solo puede ser acordada por el Juez en ausencia de una medida nominada, siendo que precisamente para la

⁶⁰ Ver, entre otras decisiones similares, la dictada por Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2009-2056 del 30-11-2009, Caso CEMEX Venezuela S.A.

⁶¹ José Ignacio Hernández G.: *La Expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2014, p. 277 y ss.

ocupación de bienes expropiados el Juez cuenta con la medida de ocupación previa propia de la materia de expropiaciones; en segundo lugar la “medida innominada” de ocupación supone desaplicar todas las garantías antes mencionadas, que rodean la ocupación previa, principalmente en lo que respecta a la valoración previa del bien y la constitución de la caución legal; y en tercer lugar, este tipo de medidas solo puede justificarse en la intención abusiva e inconstitucional de obviar las garantías asociadas a la ocupación previa.

Tales medidas eran sustentadas en la presumida urgencia que tenía la realización de determinada actividad u obra que en modo alguno podía aguardar por el inicio formal del proceso judicial expropiatorio, propiamente dicho, y el otorgamiento de la típica medida de ocupación previa; siendo que su solicitud era realizada con fundamento en las amplias potestades cautelares establecidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya analizadas en el presente trabajo.

En efecto, una vez más con fundamento en tan amplísimas potestades cautelares, ahora legalizadas, la Administración, con la anuencia y peculiar carácter servicial del Poder Judicial, propio de estos tiempos, encontró nuevamente una vía para blindar legalmente su proceder apartándose, una vez más, radical abierta y groseramente del régimen general previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social⁶².

De ahí que resulta indudable entonces el hecho de que en materia expropiatoria se ha convalidado la existencia de un tipo especial de medidas no enmarcadas en un proceso principal, y por ende con un grado tal de autonomía que imposibilita imprimirles carácter cautelar, por no estar vinculadas a proceso principal alguno.

Ello así, nos corresponde entonces proceder a analizar el caso de la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte Acuático y Aéreo vs. Sucesión Heemsen C.A., en el cual las Cortes de lo Contencioso Administrativo justificaron la existencia y aplicación práctica de medidas cautelares autónomas; no sin antes aclarar que previamente en los años 2010 y 2011 las Cortes de lo Contencioso

⁶² Lo realmente relevante no es el hecho de que se hayan dictados medidas cautelares con fundamento en el poder cautelar general del Juez consagrado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues como ya se analizó ello ya era común. Lo verdaderamente resaltable es el hecho de que se comenzaran a dictar medidas de supuesta naturaleza cautelar antes del inicio del proceso judicial expropiatorio.

Administrativo habían dictado medidas en el mismo sentido⁶³ y prácticamente en los mismos términos al de la Sucesión Heemsen C.A., sin embargo, la especialidad de dicho caso radica en el hecho de que con ocasión al mismo se analizó pormenorizadamente la naturaleza jurídica de las medidas en cuestión.

De igual forma se señala que con posterioridad al año 2012, continuaron dictándose medidas similares, tal y como se evidencia en la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Cantera La Nacional C.A., del 18-02-2013.

En este sentido, se tiene que con ocasión al caso de la Sucesión Heemsen C.A. fueron dictadas dos decisiones según ya fue expuesto en la parte inicial del presente acápite, las cuales pasamos a analizar a continuación:

C. Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A.

Mediante la decisión N° 2012-1000 en comentario la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 04-06-2012, acordó medida cautelar anticipada a favor de la República para que procediera a la ocupación, posesión y uso de todos los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías de la Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., cuya afectación y adquisición forzosa había sido previamente decretada por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 8.338 publicado en la Gaceta Oficial N° 39.882 del 13-03-2012, a fin de ejecutar la obra del *“Nuevo Terminal de Contenedores de Puerto Cabello, en el marco del Proyecto de Modernización y Ampliación del Puerto de Puerto Cabello previsto en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario”*.

Ahora bien, el artículo 3 del Decreto en comentario calificó de urgente la ejecución de la mencionada obra, lo que *per se*, resultaba suficiente para el inicio del proceso judicial expropiatorio y la solicitud de la típica medida cautelar nominada de ocupación previa aplicable en la materia, según ya lo hemos mencionado anteriormente. Sin embargo, la Procuraduría General de la República, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, solicitó una medida totalmente distinta a la expresamente regulada en la Ley que regula la materia, caracterizándola

⁶³ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2010-689 del 12-08-2010, caso Centro Comercial Sambil La Candelaria. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2010-1455 del 20-12-2010, vaso Owens Illinois de Venezuela C.A., y Fábrica de Vidrio Los Andes C.A. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2011-0141 del 14-02-2011, caso Complejo García Hermanos, S.A.

como medida *cautelar anticipada* de ocupación, posesión y uso de los bienes afectados.

En efecto, en criterio de la representación judicial de la República el artículo 4 *eiusdem*, faculta ampliamente al Juez Contencioso Administrativo para dictar “las cautelas necesarias a los fines de solventar en tiempo idóneo, las situaciones fácticas que se presenten, atendiendo a los principios de justicia, brevedad y celeridad”, siendo que en dicho caso se configuraban los presupuestos procesales previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil toda vez que en criterio de la representación de la República “se han aportado los elementos suficientes para que se forme la presunción grave que exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, que tiene su fundamento en el Decreto del Ejecutivo Nacional N° 8.838” aunado esto al hecho del “peligro que la tardanza en las mismas, conlleve a daños irreversibles, toda vez que se posee el temor fundado de que el tiempo transcurrido, y el que está por pasar, hasta el momento que se autorice para la ocupación previa en el marco del procedimiento expropiatorio, cause perjuicios irreparables y se vea impedida la ejecución del proyecto”.

Las particularidades de la sentencia en comento son: (i) supuesto deber de reinterpretar las funciones del Estado en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y dignidad humana; (ii) análisis de los presupuestos procesales para la procedencia u otorgamiento de las clásicas medidas cautelares, señalando que por ser la República la parte solicitante de la medida, la misma solamente tenía, de conformidad con el artículo 92 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la carga procesal de demostrar uno de dichos presupuestos⁶⁴, (iii) análisis de la naturaleza de la medida solicitada para lo cual se fundamentó en el criterio doctrinal del Dr. RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE, así como también en dos criterios jurisprudenciales establecidos por las Salas Constitucional y Político Administrativa del máximo Tribunal de la República; los cuales de seguidas pasamos a analizar.

Así, desde el punto de vista doctrinal, en lo que respecta a la naturaleza de la medida dictada, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló expresamente que:

⁶⁴ A pesar de ello en la sentencia no se indica cuál de los dos presupuestos procesales fueron valorados para el efectivo otorgamiento de la medida solicitada. Por el contrario, de la lectura de la sentencia se evidencia que la medida fue dictada con fundamento en el carácter de urgencia de la obra señalado en el Decreto N° 8838 y la necesidad de materializar acciones que coadyuven en la reconstrucción económica y social del país, a través de la organización, planificación, ejecución y administración de proyectos especiales.

...esta Corte considera que la pretensión de la representación judicial de la República, al manifestarse dentro del marco de un procedimiento expropiatorio y fundamentarse legalmente en virtud del contenido del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se identifica con una medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual, la cual, de conformidad con parte de la doctrina patria, citando al maestro Piero Calamandrei, encuentran definición en las siguientes palabras: “Hemos denominado medidas cautelares con instrumentalidad eventual aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial. La relación de instrumentalidad, por tanto, es genérica y eventual, en contrario a las medidas preventivas típicas (Art. 588 CPC) que están dirigidas en sus efectos, no sólo a juicio cierto, sino a un juicio ya existente”. (Vid. HENRÍQUEZ La Roche. Ricardo. Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento civil, Ediciones Liber, Caracas 2000, Págs.58 y 59). (Destacado agregado).

Del análisis del criterio doctrinal citado *ut supra* se evidencia que las referidas medidas cautelares anticipadas con instrumentalidad eventual, se corresponderían con las medidas cautelares con instrumentalidad mediata, ya analizadas en la parte inicial del presente trabajo, oportunidad en la cual se dejó claramente establecido que tales medidas no resultan ajenas al ordenamiento jurídico patrio, señalándose inclusive, algunos ejemplos previstos en Leyes especiales.

En este sentido, según ya fue analizado, la principal característica de este tipo de medidas radica en el hecho de que las mismas, *excepcionalmente* y siempre que exista expresa habilitación legal para ello, pudieran ser otorgadas antes del inicio formal de un determinado proceso judicial, sin embargo, éste deberá incoarse en el lapso legalmente establecido so pena del decaimiento de la medida, siendo que justamente el fin de la medida es asegurar, de forma previa, la ejecución de la futura decisión que ha de ser dictada en el marco del proceso con inicio pendiente; respecto al cual, como bien se señala en la cita en comento, se encuentran preordenados sus efectos.

De manera que el carácter cautelar atribuido por la Corte a la medida otorgada pareciera quedar confirmado con la cita doctrinal citada *ut supra* en la cual se señala que el fin de tal medida no es otro más que el de asegurar “el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados de sus efectos”, sin embargo, la Corte guardó silencio absoluto sobre el juicio futuro generando serias dudas sobre la verdadera naturaleza cautelar de la medida dictada y desde luego sobre su carácter instrumental o eventual (mediata), fundamentalmente por no estar vinculada a un proceso judicial por iniciar.

Cabe la posibilidad que la Corte haya dado por entendido que la medida otorgada se encontraba intrínsecamente relacionada al futuro juicio de expropiación y de ahí el carácter cautelar atribuido a la misma, sin embargo, ante el silencio guardado resultaría forzoso arribar a tal conclusión. También existe la posibilidad de que el pretendido carácter cautelar derive del hecho de haber sido solicitada “dentro del marco de un procedimiento expropiatorio”, criterio este que constituiría un grave error, pues toda medida cautelar judicial es accesoria a un proceso judicial principal y no a un procedimiento de naturaleza administrativa.

En todo caso la Corte hubiera podido, en aras de mantenerse cónsona con el citado criterio doctrinal, acordar la medida solicitada supeditando su vigencia a la interposición de la respectiva demanda de expropiación, en un lapso prudencial que también debió haber previsto, con lo cual, hubiera mantenido la verdadera naturaleza cautelar de la medida acordada al circunscribirla a un proceso judicial, que si bien no había iniciado, se encontraba próximo a iniciar⁶⁵.

Por otro lado, sin apartarse de las ideas hasta el momento expuestas, vale la pena analizar los criterios jurisprudenciales utilizados por la Corte Segunda, en el caso bajo análisis, como fundamento para el otorgamiento de la medida en cuestión, establecidos en las siguientes decisiones: (i) Sentencia dictada por la Sala Constitucional, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., Exp. 09-0573, del 03-11-2010, y (ii) Sentencia dictada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1716 del 01-12-2009, caso estado Mérida vs. Construcciones y Servicios, C.A., cuyos extractos pasamos citar a continuación:

En lo que respecta al primer caso, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló expresamente que:

...esta Sala observa que frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentarse en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concreta en la pendencia de las mismas a un proceso principal. Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción o incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad.

⁶⁵ Sin embargo, aun cuando hubiera supeditado los efectos de la medida a la interposición posterior de la demanda de expropiación, tal solución, aunque más lógica en *pro* de mantener el verdadero carácter cautelar de la medida, en modo alguno puede compartirse toda vez que la misma se aparta diametralmente de las disposiciones legales que regulan la materia.

Del análisis del criterio jurisprudencial precedentemente citado se desprende, *prima facie*, que la Sala Constitucional avala la posibilidad de que se dicten medidas cautelares –con instrumentalidad mediata o eventual– e, inclusive, la posibilidad de que las mismas se acuerden sin la necesidad de que sea interpuesta una acción posterior; supuesto este último que de ser aceptado implicaría la existencia de una medida cuya naturaleza distaría mucho de ser “cautelar” al no estar vinculada a un futuro proceso, ya que, como bien se ha reiterado, el fenómeno cautelar está circunscrito necesaria e indefectiblemente a un proceso judicial principal iniciado o por iniciar.

Ello así, considerando la total extrañeza del supuesto criterio según el cual la Sala Constitucional avalaba la existencia de medidas cautelares no vinculadas a un proceso principal, se procedió a la lectura y análisis integral de la decisión en cuestión, constatándose que la cita empleada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fue tergiversada o utilizada convenientemente, toda vez que de la lectura integral de la sentencia se evidencia que la verdadera intención de la Sala Constitucional no era otra más que dejar claramente establecida la posibilidad de dictar medidas cautelares antes de la interposición de la acción principal –con instrumentalidad mediata o eventual– siendo que la no interposición de la acción posterior conllevaría al decaimiento inmediato de la medida acordada⁶⁶. En tal sentido se evidencia que, en otro extracto de la sentencia en comento, distinto al citado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se señala expresamente: “Así, en el presente caso, la Sala considera necesario que los tramites o el proceso principal –arbitral– al cual se adheriría la medida decretada, sea iniciado dentro de un número de días determinado, siendo que de no verificarse tal circunstancia, la medida cautelar decaería automáticamente”.

La cita precedente deja entonces claramente establecido el verdadero criterio de la Sala Constitucional sobre las medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, y su intrínseca relación con un futuro proceso del cual, indefectiblemente, derivaría su naturaleza cautelar.

De manera que de todo lo antes expuesto llaman significativamente la atención los siguientes hechos: (i) que la Corte Segunda de lo Contencioso, a pesar del criterio doctrinal adoptado, se haya apartado del mismo al obviar, intencionalmente o no, supeditar la medida a la interposición de la respectiva demanda de expropiación en un lapso determinado, y (ii) la cita incompleta, pero conveniente, de un extracto de la sentencia correspondiente al caso

⁶⁶ De hecho, la sentencia en referencia hace alusión a los casos previstos en otras leyes cuyas normas consagran la posibilidad de que se dicten medidas de esta naturaleza, casos estos, ya analizados en la primera parte del presente trabajo como lo son los previstos en la Ley sobre el Derecho de Autor (artículo 112) y la Ley Orgánica de Aduanas (Artículo 87).

Astivenca Astilleros de Venezuela C.A., de cuya sola lectura se desprende la posibilidad de acordar medidas *cautelares* de forma previa a la interposición de una eventual acción, que bien podría o no ser interpuesta, obviando la Corte indicar cuál sería la consecuencia de la falta de interposición de la acción; hechos estos que evidencian, en principio, que la intención no era otra más que justificar el otorgamiento de un tipo especial de medidas, disociadas e independientes del proceso judicial expropiatorio y por ello, muy lejos de ostentar carácter cautelar, a pesar de su calificación como tal.

En lo que respecta al segundo caso, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, con fundamentos en criterios jurisprudenciales de la Sala Político Administrativa⁶⁷, procedió a citar expresamente el siguiente extracto:

En este sentido, las medidas cautelares son parte del derecho a la defensa, teniendo como base la propia función del juez para juzgar y ejecutar lo juzgado, quien, además, se encuentra habilitado para emitir cualquier tipo de medida cautelar que se requiera, según el caso concreto, para así garantizar la eficacia de la sentencia que decida el fondo de la controversia. Desde este escenario, puede el juez decretar —efectivamente— todo tipo de mandamientos, entre los cuales se encuentran las medidas anticipativas, que han sido definidas por el Maestro Piero Calamandrei como las que a diferencia de las conservativas —tendientes a garantizar un estado de hechos incólumes para que sea posible la ejecución del fallo principal—, estas en cambio tienen su utilidad en adelantar o anticipar los efectos de la sentencia de fondo. Ahora bien, tal como lo ha afirmado la doctrina las medidas cautelares son un medio para el logro de la justicia, de donde se deriva su naturaleza instrumental, teniendo como límite natural el no constituirse en sentencia definitiva. Además, las referidas medidas detentan un carácter provisional, pues el juez no queda atado a la cautelar antes dictada para decidir el fondo del asunto, sino que siempre existirá la posibilidad de revertir la situación provisional creada. (Destacado agregado).

Del análisis del fragmento jurisprudencial precedentemente transcrito se desprende la posibilidad de dictar medidas cautelares a través de las cuales se adelante, total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia que ha de dictarse.

En efecto, tal posibilidad ya había sido objeto de análisis en la parte inicial del presente trabajo, al referirnos a la Tutela Anticipada como uno de los modos de manifestación de la Tutela Diferenciada, señalándose que la finalidad de este tipo especial de tutela anticipada es impedir la frustración del derecho que se pretende hacer valer en el juicio evitándose con ello que una de las partes del proceso sufra un gravamen irreparable.

⁶⁷ Ver sentencia N° 451 del 11-05-2004, Caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La cita del criterio jurisprudencial en comento, más allá de aclarar la naturaleza jurídica de la medida de ocupación, posesión y uso decretada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, complica aún más el panorama, pues resulta obvio que la Corte confunde la figura de las medidas cautelares con instrumentalidad eventual (mediata) con la tutela anticipada o anticipativa.

Probablemente la causa de la confusión de ambos tipos de medidas radica en el hecho de que ambas presentan un carácter de “anticipación” o “precoz”, por decirlo de alguna forma, pues las medidas cautelares con instrumentalidad eventual (mediata) se dictan de forma anticipada al inicio de un futuro proceso, en tanto, que las medidas cautelares anticipativas, como bien su nombre lo indica, adelantan o anticipan los efectos de una futura decisión que ha dictarse en un proceso, generalmente, ya iniciado.

En todo caso la medida de ocupación, posesión y uso dictada en el caso de la Sucesión Heemsen C.A., no resulta subsumible en ninguna de las dos categorías anteriores, fundamentalmente porque en modo alguna dicha medida se encuentra vinculada a un proceso principal iniciado o por iniciar.

Ahora bien, hasta los momentos del análisis de los citados criterios, doctrinal y jurisprudenciales, se evidencian las imprecisiones y falta de claridad de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sobre la verdadera naturaleza jurídica de la medida dictada, por lo que necesariamente debemos pasar a analizar la segunda sentencia dictada por la misma Corte, en torno al mismo caso, a lo cual nos disponemos a continuación.

D. Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. (oposición a la medida)

Mediante esta segunda sentencia del 11-10-2012, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo resolvió la oposición formulada por la representación judicial de la Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., contra la medida dictada en la sentencia *ut supra* analizada no obstante el hecho de que en dicha decisión no se abrió el procedimiento de oposición formal previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, entre los principales alegatos formulados por los apoderados de la mencionada Sociedad Mercantil se tienen los siguientes: (i) Violación del derecho a la defensa, (ii) Violación de los preceptos establecidos en la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social, (iii) Inexistencia del juicio de expropiación y del respectivo avalúo,

(iv) Carácter autónomo, *ad perpetuan*, de la medida atentando contra el esencial carácter de instrumentalidad y revocabilidad propio de las medidas cautelares; y (v) otros alegatos relacionados con temas ambientales y la participación protagónica de la colectividad en los asuntos públicos.

Ahora bien, con excepción al alegato de violación del derecho a la defensa⁶⁸, se observa que la mayoría de los alegatos esgrimidos por la parte oponente giran en torno a la naturaleza de la medida, de ahí que sin dilación alguna se procederá con la cita de aquellos extractos de la sentencia que serán de utilidad para la determinar la verdadera naturaleza jurídica o esencia de la medida en cuestión, señalando entonces la Corte expresamente al respecto que:

Visto esto, debe aclarar este Órgano Jurisdiccional que la tutela cautelar concedida a la República en el presente proceso no es la estipulada en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, ya que la medida de ocupación posesión y uso otorgada se corresponde más bien como una medidas preventivas “anticipadas”, las cuales anteceden a la interposición de la acción, puesto que, precisamente estas pretenden proteger y garantizar el ejercicio efectivo del derecho accionar...

Considerando las medidas cautelares, y partiendo de la amplia potestad del Juez contencioso administrativo para garantizar preventivamente la eficacia de la sentencia que dictará al decidir el fondo de la controversia (...) el Juez puede acordar medidas de tipo anticipadas, como la que fue suscrita por esta Corte en la presente causa.

Más adelante en lo que respecta a la violación del carácter de instrumentalidad propio de toda medida cautelar y el supuesto carácter autónomo y perpetuo de la medida dictada, la Corte señaló que:

Ahora bien, en virtud del argumento anterior corresponde a este Órgano Jurisdiccional señalar la naturaleza que fundamenta la medida acordada en la presente causa, siendo así, es preciso señalar que la misma se constituye en una medida cautelar de tipo anticipada (retomando la calificación concedida en acápites anteriores), comprendida como señala el maestro doctrinario Piero Calamandrei como “[...] aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenadas de sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial...”.

⁶⁸ Argumento este rechazado por la Corte al señalar que la falta de notificación había sido subsanada con la comparecencia al juicio de la representación judicial de la Sociedad Mercantil afectada satisfaciendo dicho derecho.

En el mismo alcance, relató el mencionado jurista que “las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción”.

De este modo, en función del criterio doctrinal transcrito se aprecia que la medida acordada por este Órgano Colegiado se corresponde con la figura de las medidas preventivas anticipadas, por cuanto, se realizó con antelación al juicio de expropiación que deberá incoarse con la finalidad de perfeccionar la transferencia de propiedad del inmueble a la República, es decir, no se realiza en subordinación al proceso expropiatorio sino que representa una solicitud que pretende proteger la ejecución de la Obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO...”.

Por su parte, en lo que respecta a la violación del carácter de accesoriedad de las medidas cautelares en general, la Corte expresamente señaló:

...por el contrario, en referencia a la medida cautelar anticipada decretada por este Órgano Jurisdiccional no existe tal carácter de accesorio, debido a que, la misma se configura como una simple solicitud separada realizada por la República, la cual no depende de juicio alguno y que persigue la ocupación y posesión y uso del inmueble propiedad de la sociedad mercantil Sucesión Heemsen, C.A., de este modo resalta nuevamente la diferencia existente entre la ocupación previa regulada por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, la cual se mantiene fiel al carácter de accesorio y la medida de ocupación, posesión y uso acordada por este Órgano Jurisdiccional, que por el contrario detenta un carácter de autonomía, el cual deviene de la finalidad que se persigue con la ejecución de dicha medida que es la consolidación de la obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO”.

Concluyendo entonces la Corte que: “En esta perspectiva, resulta evidente la incompatibilidad de la medida decretada por este Órgano Jurisdiccional con el carácter de instrumentalidad, puesto que, esta cautela se ha producido en un proceso separado al juicio de expropiación y es decretada con antelación a este para garantizar la celeridad de la ejecución de la obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO”.

Del análisis de los fragmentos citados precedentemente, extensos, pero necesarios, en primer lugar debe decirse que la Corte no mantuvo una denominación uniforme para referirse a la medida, toda vez que, no obstante el hecho de haber dedicado un acápite exclusivo al análisis de la naturaleza de la misma, se observa que a lo largo de la decisión en comento se refiere a ella indistintamente como “medida preventiva anticipada”, “medida cautelar de tipo anticipada”, “medidas innominadas anticipadas” o simplemente como “medida anticipada de ocupación, posesión y uso”, todo lo cual, en

principio, evidencia desconocimiento de las figuras o categorías procesales, por una parte y por la otra, un mayor interés más que en la esencia de la medida, en el fin perseguido por la misma.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, se observa que la lectura inicial del fragmento jurisprudencial transcrito *ut supra*, nos hubiese llevado a considerar que la Corte, *ab initio*, se decantaba por considerar la medida en cuestión como una verdadera medida cautelar, aunque con instrumentalidad eventual (mediata), fundamentalmente por el hecho de señalar que la mismas anteceden a la interposición de la acción asegurando el derecho a accionar advirtiéndolo sobre la necesidad de que se incoase el juicio de expropiación, citando inclusive, aunque de fuente bibliográfica distinta, el mismo criterio doctrinal del Maestro PIERO CALAMANDREI utilizado en la primera sentencia a través de la cual se acordó la medida según el cual medidas como la analizada se corresponden con “aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenadas de sus efectos”.

Sin embargo, es de hacer notar que posteriormente la Corte, dando respuesta a los alegatos de la parte oponente relativos a la violación de los caracteres de instrumentalidad, accesoriedad y revocabilidad, no dejó duda alguna al respecto señalando enfática y reiteradamente que la medida dictada se trataba de una simple solicitud formulada por la República, de forma separada, no dependiente de juicio alguno y por lo tanto con carácter autónomo cuya única finalidad no era otra más que la ocupación del inmueble afectado en *pro* de asegurar y desarrollar la obra pública respectiva.

Nótese las contradicciones de la Corte en cuanto a la naturaleza de la medida bajo estudio, pues por un lado señala que se trataba de una medida cautelar de tipo anticipada (medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual), otorgada con antelación al juicio que luego debía de incoarse en tanto que por otro lado, señaló que se trataba de una medida autónoma sustentada en una solicitud separada de la República, criterio este último que por su constante reiteración pareciera ser el verdaderamente asumido.

Lo cierto es que ninguno de los criterios asumidos tiene sustento constitucional y legal en la práctica siendo que, en caso de aceptarse la autonomía de la medida en comento, resultaría imposible atribuirle carácter cautelar, en virtud que, como ya se ha dejado reiteradamente establecido, el fenómeno cautelar debe necesaria e indefectiblemente estar atado o vinculado al ámbito de un proceso judicial principal.

Recapitulando entonces se tiene que siempre con el único fin de tomar anticipadamente bienes formalmente afectados: (i) durante el período

comprendido entre los años 2005 y 2009, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el marco de procesos judiciales de expropiación formalmente iniciados, dictaba medidas cautelares innominadas con fundamento en las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, y el poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo; (ii) luego, a partir del 2010, dictaba supuestas medidas cautelares autónomas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en proceso judicial alguno, con fundamento en el poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señalando que la mismas se trataban de medidas cautelares con instrumentalidad eventual o mediata y finalmente (iii), a partir del año 2012, continuaron dictándose medidas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en proceso judicial alguno, pero dejándose claramente establecida la autonomía de dichas medidas no supeditadas a proceso judicial alguno, independientemente de las erróneas calificaciones dadas a la misma.

Un punto sobre el cual debe hacerse énfasis es que, según lo indicado por la propia Corte de forma reiterada, el único fin de este tipo de medidas no es otro más que asegurar la rápida y pronta posesión y uso de bienes legalmente afectado, por una parte, y por la otra el alegato de la representación de la República según el cual el esperar por la interposición de la demanda de expropiación y otorgamiento de la medida de ocupación previa podría obrar contra los intereses de la República.

Lo anterior, en criterio de quien suscribe, no deja de ser preocupante, toda vez que, amparados en el amplio poder cautelar establecido en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto los representantes judiciales de la República como los Jueces de dicha Jurisdicción, debida y contradictoriamente alineados para la satisfacción de los intereses y pretensiones del Ejecutivo Nacional, encontraron mecanismos para evadir las disposiciones previstas en la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social, especialmente, las relativas a la típica medida cautelar nominada de ocupación previa prevista en el artículo 56 de dicha Ley, como único medio idóneo para proceder con la ocupación previa del inmueble a expropiar, siempre que se dicte en el marco del procedimiento expropiatorio y se consigne el valor inicialmente justipreciado del bien.

Tal proceder resulta, a todas luces, evidente y manifiestamente inconstitucional, pues según ya fue mencionado, la institución de la expropiación tiene un carácter garantista que busca proteger el derecho constitucional a la propiedad impidiendo su destrucción, desapoderamiento o afectación sin el cumplimiento de las salvaguardias básicas, siendo entonces que cualquier afectación o limitación de dicho derecho debe realizarse con

estricto apego y cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que regulen la materia.

De ahí que entonces resulta inconcebible que, amparados en el fin o función social de la propiedad y los nuevos cometidos del Estado, se vulneren y subviertan los procedimientos legalmente establecidos que, por mandato de la propia Constitución, deben cumplirse para la afectación de un derecho tan importante como lo es el Derecho Constitucional a la propiedad, todo lo cual constituye, sin duda alguna, un evidente y grotesco fraude a la Ley.

En modo alguno se pretende asumir una posición contraria a la función y carácter social de la propiedad, pues resulta claro que en el mundo moderno dicho derecho ostenta un carácter relativo y no absoluto, en virtud de que en ciertos casos y ocasiones, según los preceptos generales establecidos en la Ley, el mismo puede y debe ser afectado en *pro* de la satisfacción de una necesidad pública y general. Sin embargo, tales afectaciones deben ceñirse a los parámetros legalmente establecidos por mandato expreso de la propia Constitución.

4. Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en el Contencioso Administrativo General

A. Caso: Constructora Norberto Odebrecht S.A.

Es del conocimiento público y notorio que durante el período comprendido entre los años 2005 y 2009, el Gobierno Nacional emprendió la ejecución de obras públicas de gran envergadura.

Es así, como en el marco de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas⁶⁹, algunas de las obras fueron adjudicadas directamente a la empresa de origen brasileño Constructora Norberto Odebrecht S.A., como aquellas relativas a la expansión de los sistemas metro de Caracas y Los Teques, entre otras.

Las obras en cuestión venían ejecutándose normalmente, sin embargo, sobrevenidamente la referida empresa fue objeto de investigaciones, bajo el nombre de “Operación Lava Jato”, específicamente a nivel de su casa matriz

⁶⁹ El artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial N° 38.895 del 25-03-2008, exceptuaba de los procedimientos de selección previstos en dicha Ley, las contrataciones a ser realizadas en el marco de Convenios de Cooperación Internacional. Dicha Ley fue objeto de varias reformas, siendo que la última de ellas fue realizada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014, manteniéndose incólume el artículo 4 en cuestión.

ubicada en la República Federativa del Brasil, por supuestos hechos irregulares en la adjudicación de contratos públicos en diversos países; todo lo cual indefectiblemente produjo repercusiones en las operaciones comerciales de la misma a nivel internacional, no siendo Venezuela la excepción a esta situación.

En efecto, en fecha 02-08-2017, la Procuraduría General de la República interpuso ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo una solicitud de otorgamiento de “ *Medida Cautelar Innominada Autónoma*” sobre “...todos los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles pertenecientes a la Sociedad Mercantil CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A., (...) en especial los destinados para la ejecución y construcción de las obras de ingeniería que abarcan los contratos suscritos con el Estado Venezolano” con la finalidad de que “no se desplacen del lugar de las obras”, fundamentando su solicitud en el numeral 1 del artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y los artículos 103, 104 y 107 de dicho texto normativo; en concordancia con el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Entre los fundamentos de hechos argüidos por la representación judicial de la República fundamentalmente se tienen los siguientes: (i) el fundado temor “de que la República pudiera sufrir graves lesiones a sus derechos, los cuales serían de difícil reparación, dada la situación política, social, económica y financiera que atraviesa la contratista, que, como hemos señalado, constituye un hecho público, notorio y comunicacional”; y, (ii) que “las obras se encuentran activas sin avance, lo que se traduce en la no continuidad de la ejecución de los referidos Proyectos, lo cual impacta directamente en la prestación eficiente de estos servicios públicos por parte del Estado Venezolano”, presentando como prueba de tales aseveraciones copias certificadas de cada uno de los contratos suscritos entre la empresa en cuestión y el Estado Venezolano así como también algunas Inspecciones Judiciales *Extra Litem* efectuadas en los respectivos sitios de obra.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, a la que luego de realizada la distribución le correspondió el conocimiento de la solicitud formulada, mediante decisión N° 598 del 09-08-2017⁷⁰, acordó la medida

⁷⁰ Posteriormente ampliada mediante sentencia N° 625 del 23-08-2018, en la que sorprendentemente la Corte afirmó haber señalado en la primera decisión, que la misma había delegado en la Procuraduría General de la República la forma de ejecución de tal medida, todo lo cual, es falso según se evidencia de la sola lectura de la sentencia N° 598. Es de hacer notar que esta segunda decisión fue dictada con ocasión a la solicitud formulada por la representación judicial de la constructora afectada, a fin de que flexibilizara los términos

solicitada valorando plenamente las pruebas presentadas por la representación judicial de la República, ordenando el trámite del procedimiento de oposición conforme a las previsiones de los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Para el otorgamiento de la medida en cuestión la Corte consideró como hechos configurativos del “*fumus boni iuris*”, la situación política, económica y social que atravesaba la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., y el estado de paralización de las principales obras en ejecución; justificando además el otorgamiento de la medida por cuanto se trata de obras “de alta envergadura para el Estado” evidenciándose además que “en los respectivos sitios de ejecución de las obras descritas, se encuentran bienes, maquinarias y equipos costosos, necesarios para el desarrollo de los trabajos correspondientes; así como el hecho que con ocasión de las referidas contrataciones, se afectaron importantes cantidades de recursos patrimoniales del Estado”.

Por su parte, en lo que respecta a la naturaleza de la medida otorgada debe destacarse que la Corte no analizó expresamente tal punto, pues dio por sentado el hecho de que la medida solicitada revestía naturaleza netamente cautelar, analizando, en ese sentido, los presupuestos procesales clásicos para el otorgamiento de medidas de tal naturaleza y fundamentándose en criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia; señalando en este sentido expresamente que:

Siendo tal urgencia, la garantía de eficacia que reviste la solicitud formulada por los apoderados judiciales de los intereses patrimoniales de la República, pues las medidas cautelares, han sido definidas como la representación de una conciliación entre la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en una situación fáctica determinada, con las dos exigencias opuestas de la justicia que son la celeridad y la ponderación, que proceden sólo en casos de urgencia, cuando sea necesario evitar daños (lesiones graves o de difícil reparación), que una parte pudiera causar al derecho de la otra, siempre que haya presunción de buen derecho, y se evidencie la necesidad de resguardarlo de manera oportuna; toda vez que las providencias cautelares tienden, ante todo, a tomar medidas preventivas, de forma expedita, ante la amenaza de daños irreparables, dejando que el problema de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación del Juez, mediante la sentencia que resuelva la controversia entre las partes. (Ver, sentencia de la Sala Constitucional del

iniciales de la medida, dada que su rigurosidad, más allá de proteger los intereses del Estado venezolano los afectaba, al no permitir tan siquiera la ejecución de actividades mínimas de mantenimiento y conservación de las obras ejecutadas hasta la fecha.

Tribunal Supremo de Justicia N° 355 de fecha 7 de marzo de 2008, caso: Asesores de Seguros Asegure, S.A.) (Destacado agregado).

El fragmento jurisprudencial transcrito *ut supra* viene a confirmar lo antes afirmado en el sentido de que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consideró, sin mayor análisis, la medida solicitada y otorgada por ella, como una medida de naturaleza “cautelar” al señalar expresamente que el objeto de la misma no era otro más que el evitar daños irreparables, siendo que el tema de fondo, o como bien lo denomina dicho Órgano Jurisdiccional, citando el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 355 del 07-03-2008 “el problema de la justicia intrínseca” debe ser resuelto con la sentencia que de forma definitiva resuelva la controversia.

Justamente la referencia al criterio jurisprudencial establecido en la mencionada sentencia de la Sala Constitucional, y además considerando el hecho de que para el momento en el cual se dictó la medida en cuestión no había sido interpuesta demanda u acción alguna contra la empresa constructora Odebrecht en cuestión, pudiera habernos llevado a considerar que, *ab initio*, la intención de la Corte no era otra más que dictar una medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual, fundamentalmente porque en la referida jurisprudencia se dejan claramente establecidos los caracteres de instrumentalidad y accesoriedad de las medidas cautelares por su vinculación a un proceso principal el cual debe resolver de forma definitiva la controversia.

Sin embargo, es de hacer notar que la Corte en modo alguno estableció la carga procesal de interponer acciones o demandas principales en un plazo perentorio al cual quedarían supeditados los efectos de la medida cautelar. Por el contrario, tales efectos fueron acordados de forma indefinida en el tiempo por cuanto se señaló que la misma se mantendría vigente “hasta tanto se resuelva formalmente la situación de cada una de dichas obras”, constituyéndose entonces en una medida de carácter perpetuo contraria a la nota de temporalidad y provisionalidad propia de toda medida cautelar, quedando condicionada a un hecho indefinido (futuro e incierto) y fuera del marco de dicha causa judicial (externo), o ajeno a la misma.

Pudo la Corte, en criterio de quien suscribe, en *pro* de la protección de los intereses patrimoniales del Estado, haber dictado una verdadera medida de carácter cautelar, siempre que la hubiere instrumentalizado estableciendo como condición, so pena del decaimiento de la medida, bien a la República como a cada uno de los entes contratantes, que procedieran con la interposición de las respectivas demandas a los fines de determinar la eventual responsabilidad de la Constructora en la ejecución de las obras y

demás consecuencias derivadas de tal declaratoria, siendo que de haber sido ese el caso, la medida hubiese sido susceptible de ser considerada como una verdadera medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual.

Por tales razones, se estima que la Corte erró al calificar la medida en cuestión como cautelar pudiendo, inclusive, haber incurrido en error de derecho o falso supuesto de derecho al aplicar los artículos 103 y 104 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales forzosamente utilizó como fundamento para dictar una mal denominada medida cautelar que en modo alguno ostenta tal naturaleza y para cuyo dictamen no se encontraba legalmente habilitada, trascendiendo los límites naturales del poder cautelar general consagrado en los mencionados artículos, el cual debe necesaria e indefectiblemente ser ejercido en el ámbito de un proceso judicial, según fue expuesto anteriormente.

No deja de llamar la atención la intensidad y exagerada amplitud de la medida en cuestión, al haber recaído directamente sobre “todos los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles, pertenecientes a la Constructora Norberto Odebrecht” limitando, en exceso, la esfera de los derechos patrimoniales de la mencionada empresa hasta el punto de llevarla a paralizar totalmente sus actividades⁷¹ en detrimento, ilógicamente, de los propios intereses del Estado al no poder realizar las actividades propias de su giro ordinario, entre las que destacan, las relativas a la conservación y mantenimiento de las obras, equipos y maquinarias.

Es de hacer notar que luego de sustanciado todo el procedimiento de oposición de la medida, justamente en el lapso de elaboración del presente trabajo, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia N° 2018-00191 del 25-04-2018, declaró su incompetencia para el conocimiento del asunto planteado, declinando la competencia en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señalando, en esta oportunidad, en cuanto a la naturaleza de la medida que “en general las cautelares autónomas bajo estudio, son mecanismos por los cuales el Juez, habilita a la Administración, para proceder en salvaguarda de los intereses públicos generales y para asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y la correcta actividad administrativa”, reiterando el

⁷¹ Como consecuencia de la aplicación de tal medida un número determinado de empleados de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. interpuso ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sendas acciones de amparos constitucionales sobrevenidos las cuales cursan en los Cuadernos Separados identificados con los alfanuméricos AP42-X-2017-00008 y AP42-X-2017-00009, según nomenclatura de esta Corte.

amplio poder cautelar de los Jueces Contencioso Administrativos consagrado en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica que rige a tan especial Jurisdicción.

Ahora bien, en fecha 14-11-2018, la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, mediante decisión N° 01145 emitió pronunciamiento sobre el asunto sometido a su consideración, pero no precisamente aceptando o negando su competencia para conocer del mismo, sino más bien, requiriendo a la representación judicial de la República informaciones precisas que en definitiva, en criterio de la Sala, serían determinantes para emitir un pronunciamiento definitivo sobre su competencia para conocer del asunto.

Las informaciones requeridas por la Sala fundamentalmente se refieren a la acción o acciones *principales* emprendidas por la República contra la Constructora en cuestión, toda vez que en criterio de todos los Magistrados la medida acordada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, al ser de naturaleza cautelar, debía necesaria e indefectiblemente estar vinculada a un proceso principal, realizando una serie de consideraciones sobre las medidas cautelares y sus principales características. De ahí que, dada la importancia del fallo en comento para los fines del presente trabajo, resulta indispensable su transcripción para luego proceder a su respectivo análisis, teniéndose entonces que:

Ahora, resulta de suma importancia destacar que según se deriva del libelo, la acción aquí ejercida es de naturaleza “cautelar”, calificada además por la parte actora como “autónoma”, lo que implica –en principio– que dicha pretensión ha sido interpuesta de forma independiente, es decir, que no pende de un juicio principal.

Se trataría pues, de una pretensión cuya naturaleza es distinta a las medidas cautelares tradicionales en las que se caracterizan por ser accesorias, reversibles, provisionales y especialmente instrumentales. Precisamente, es este último elemento del cual difieren sustantivamente ya que –según se entiende– toda medida cautelar está concebida para resguardar o proteger las resultas de un fallo o sentencia de mérito, por lo que son un instrumento del proceso para garantizar la eficacia y efectividad de mismo.

Así, el poder cautelar del juez se aplica al inicio o en el transcurso de un juicio, pero eventualmente puede ejercerse dicho poderío de manera extra litem, es decir, sin que exista un proceso que haya sido previamente iniciado. Por ello se afirma en el foro y a nivel jurisprudencial que existen medidas con instrumentalidad inmediata y otras de forma mediata.

En este contexto, vale mencionar que un sector de la doctrina venezolana ha denominado a las medidas cautelares con instrumentalidad mediata o también conocida como “eventual” aquellas providencias que aseguran el resultado de un juicio futuro al cual están preordenados de sus efectos. Éstas presentan una

anticipación mucho mayor a la que normalmente tienen las medidas cautelares, llegando a decretarse antes de que se instaure un juicio, en virtud de una disposición especial. Sus efectos duran hasta que se produzca la sentencia definitiva del juicio “futuro eventual”, pero éste debe ser incoado en el tiempo que lo establezca la ley o bien cuando el Juez lo disponga.

Es incuestionable entonces que en materia de medidas cautelares la regla común es que éstas se decreten bajo el amparo de un juicio ya incoado (pendente litis), siendo la excepción aquellas cuya instrumentalidad sea posterior, por lo que lógico es pensar que su aplicación debe hacerse de manera restrictiva, esto es, solo cuando así el legislador lo haya permitido.

En este punto, resulta de suma importancia destacar que la posibilidad de dictar este tipo de medidas cautelares (sin la instauración de un juicio principal) ha sido reconocida por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, al señalar en el marco de una solicitud de revisión, lo que a continuación se indica:

(...)

Lo extenso de la anterior transcripción se justifica en el hecho que permite evidenciar de manera cierta, que la Sala Constitucional ya ha admitido que pueden dictarse medidas cautelares sin que estas estén revestidas de su principal característica que la informan (instrumentalidad), sin embargo, la interpretación expuesta en el fallo en cuestión también es precisa al limitar tales decretos cautelares a los supuestos permitidos por las leyes.

Entre los casos establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano referidos por la propia Sala Constitucional en el citado criterio jurisprudencial, están aquellas disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial (artículo 26), Ley Orgánica de Aduanas (artículo 87) y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (artículo 196). Adicionalmente a estos instrumentos jurídicos, debe aludirse al Código Orgánico Tributario (artículo 296) y a la Ley sobre el Derecho de Autor (artículos 111 y 112).

De esta manera, es obvio que el juez en sede cautelar y, en particular, el juez contencioso administrativo solo puede decretar tales medidas pero de forma restrictiva, lo que implica que no frente a cualquier petición puede aplicar su potestad sino solo en aquellas situaciones que ha sido permitida y determinada por el legislador.

Así las cosas, esta Sala en atención a lo expuesto advierte que las leyes que regulan la jurisdicción contencioso administrativa –en general–, exigen que las medidas cautelares sean solicitadas de manera instrumental y accesoria a una demanda o recurso principal, lo cual se deriva de los artículos que contemplan dichas potestades, tales como son los artículos 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, éstos últimos aplicables de manera supletoria.

Ello tiene una gran incidencia en el caso de autos, pues a fin de determinar si esta Sala tiene competencia para conocer el asunto, resulta de suma importancia definir cuál es el juicio principal que pretendieron instaurar las sustitutas de la Procuraduría General de la República y del que dependerían las medidas cautelares requeridas en ese contexto.

En efecto, dicha exigencia se deriva además de las reglas que regulan los criterios atributivos de competencia de esta Máxima Instancia dispuestas tanto en el artículo 23 de la citada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo así como el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia, en cuyos textos se describen las diversas acciones que pueden ser sometidas a su conocimiento y las cuales se caracterizan básicamente por la cuantía de la demanda y/o por el órgano que emanó el acto administrativo, el hecho o la omisión que se presume lesivos a los derechos e intereses de los justiciables.

Tal situación conlleva necesariamente a esta Sala a requerir a la parte actora la información necesaria para precisar la acción ejercida y, por ende, la eventual competencia de este Órgano Jurisdiccional para conocer del asunto, esto en atención al derecho de acceso a la justicia que ostenta toda persona a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución.

Por tal motivo, de conformidad con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se solicita a la Procuraduría General de la República que mediante escrito fundamentado exponga los siguientes puntos:

- i) Cuál es la demanda o recurso principal intentado.
- ii) El objeto de dicha demanda o recurso.
- iii) Estimación de la demanda en el supuesto de tener carácter patrimonial.
- iv) Cuáles son las medidas cautelares (nominadas o innominadas) intentadas de manera accesoria e instrumentales a la demanda o recurso principal.
- v) Identificación de cada uno de los bienes sobre los que –de ser el caso– pretendan que recaigan las medidas cautelares.

Esta información deberá ser remitida a esta Sala en un lapso de quince (15) días de despacho siguientes, contados a partir que conste en el expediente la notificación de la Procuraduría General de la República practicada de acuerdo a los privilegios que ostenta conforme lo prevé la Ley que rige sus funciones. Así se decide.

Del extenso fragmento jurisprudencial transcrito precedentemente son varios los puntos relevantes, siendo que el primero de ellos está relacionado con el reconocimiento por parte de la Sala de los tipos de medidas cautelares en función de la oportunidad en la cual son dictadas, refiriéndose a las medidas cautelares con instrumentalidad mediata y las medidas cautelares con instrumentalidad inmediata; tema éste ampliamente abordado en la parte inicial del presente trabajo encontrándose tales consideraciones en plena

consonancia con las disquisiciones efectuadas por la Sala en la sentencia en comento.

Luego, obviando las consideraciones anteriores sobre los tipos de instrumentalidad, se observa que la Sala incurrió en un error al señalar que la misma ya había admitido la posibilidad de que se dictasen medidas cautelares no revestidas de la principal característica que la informan (instrumentalidad), siendo que como ya se ha dejado claramente establecido en el presente trabajo, independientemente del momento en que sea dictada determinada medida cautelar, esto es, antes, al momento e inclusive después de la interposición de la demanda, tales medidas siempre gozarán de la característica de la instrumentalidad propia de toda cautelar.

Tan es así que la mayoría de los ejemplos mencionados por la Sala previstos en la Ley de Arbitraje Comercial (artículo 26), Ley Orgánica de Aduanas (artículo 87) y la Ley sobre el Derecho de Autor (artículos 111 y 112) ya habían sido objeto de análisis en el presente trabajo, principalmente, cuando se analizó el concepto de tutela cautelar como forma de manifestación de la tutela diferenciada, considerándose que tales casos son verdaderos ejemplos de la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual.

Ahora bien, concretamente en lo que respecta a la verdadera naturaleza de la medida dictada por la Corte Segunda de los Contencioso Administrativo contra la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., la Sala consideró que dicha medida era contentiva de una pretensión independiente que no dependía de un juicio principal con naturaleza distinta a las clásicas medidas cautelares; no realizando alguna otra consideración expresa sobre la naturaleza de la medida en los términos en los cuales inicialmente fue solicitada por la representación judicial de la República.

Sin embargo, todas las disquisiciones realizadas por la Sala sobre los tipos de instrumentalidad (mediata e inmediata) así como los ejemplos referidos, en criterio de quien suscribe, no tenían otro fin más que el de equiparar la medida en cuestión con una medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual, instando por ello a que la Procuraduría General de la República le informase en un plazo de quince días de despacho sobre la demanda o recurso principal intentado y la medida cautelar accesoria a dichas acciones principales.

Con tal proceder la Sala no hizo otra cosa más que instrumentalizar la medida otorgada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, salvando el error conceptual en el cual había incurrido el referido órgano jurisdiccional al otorgar una medida con características propias de autonomía

no dependiente de proceso judicial alguno, y por ello lejos de gozar del carácter cautelar que originariamente se le imprimió.

Por lo demás, vale destacar que la Sala Político Administrativa confirma el criterio sostenido en el presente trabajo sobre el ámbito y los límites dentro de los que pueden y deben ser ejercidas tales potestades, los cuales no son otros más que los derivados de un proceso jurisdiccional principal (*pendente Litis*), iniciado, e inclusive próximo a iniciar, del cual derivaría el carácter y naturaleza cautelar de las medidas que fueren dictadas con fundamento en dicha disposición normativa en virtud de su instrumentalidad y accesoriadad; señalando expresamente que “las leyes que regulan la jurisdicción contencioso administrativa –en general–, exigen que las medidas cautelares sean solicitadas de manera instrumental y accesoria a una demanda o recurso principal, lo cual se deriva de los artículos que contemplan dichas potestades, tales como son los artículos 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Sin embargo, un punto sobre el cual debe llamarse la atención es que podría considerarse que la Sala incurrió nuevamente en un error, específicamente en lo que respecta a la posibilidad de que puedan dictarse medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual con fundamento en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, obviando el hecho de que dicha disposición normativa no contempla la posibilidad de que sean otorgadas medidas de este tipo, todo ello en detrimento de sus propias afirmaciones en virtud de las cuales el dictamen de medidas de este tipo es de carácter restrictivo en situaciones previamente permitidas y determinadas por el Legislador.

Quizás tal error haya pasado por inadvertido o simplemente la Sala consideró que tal habilitación se encuentra imbuida en las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, bastando únicamente que en caso de medidas de tal naturaleza, el Juez establezca el lapso en el cual deberá ser interpuesta la acción principal. Sin embargo, en posteriores reformas legislativas sería recomendable dejar legalmente establecida la posibilidad de que sean dictadas medidas de tal naturaleza.

Indiscutiblemente la sentencia bajo análisis establece un criterio de suma importancia en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al abrir la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, siendo que a raíz del mismo se pone en evidencia el errado proceder, principalmente de las Cortes de lo Contencioso Administrativo y de los Abogados de la Procuraduría, fundamentalmente en materia de expropiaciones en la cual se dictaron gran cantidad de medidas cautelares autónomas, en detrimento de los preceptos constitucionales y

legales aplicables a la materia; debiendo entonces dicho criterio ser acatado por los operadores de justicia y los litigantes.

B. Caso: Consolidada de Ferrys, C.A. (CONFERRY)

Hemos visto hasta los momentos como en las materias especiales agraria, de expropiación, y también en el ámbito del Contencioso General, se han dictado supuestas “*medidas cautelares autónomas innominadas*” con fines y propósitos específicos, pero que independientemente de su calificación como “cautelar” son total y absolutamente ajenas a tal naturaleza por no estar enmarcadas en el ámbito de un proceso judicial principal.

Pues bien, además de los ejemplos estudiados precedentemente, existen otras situaciones concretas en las cuales las Cortes de lo Contencioso Administrativo, previa solicitud de la República, han hecho uso de tal figura, tal y como es el caso de la empresa Consolidada de Ferrys, C.A. (Conferry) el cual pasamos a analizar a continuación:

En fecha 19-01-2017, la Procuraduría General de la República interpuso antes las Cortes de lo Contencioso Administrativo una solicitud de otorgamiento de “Medida Cautelar Autónoma Innominada” con el fin de que “se autorice al Ministerio del Poder Popular para el Transporte, para que realice todos los tramites (sic) correspondientes para el desguase (sic) de las embarcaciones denominadas Carmen Ernestina, Rosa Eugenia, Concepción Mariño y Cacia Isabel” dado que “de los informes técnicos realizados por la autoridad ambiental, se desprende que las condiciones en que se encuentran estas cuatros embarcaciones representan un peligro para el medio ambiente marino costero, lo cual puede ocasionar un daño ambiental grave, que acarrearía responsabilidad conforme a la legislación ambiental” siendo “que el deterioro de las embarcaciones varadas en el mar y el combustible que derraman, generan un impacto ambiental que afecta los ecosistemas de la zona”.

La representación judicial de la República fundamentó su pretensión en los artículos 4, 8 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, correspondiéndole a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del asunto siendo que mediante decisión N° 2017-0041 del 24-01-2017, procedió a acordar la medida solicitada valorando plenamente los informes técnicos presentados por la representación judicial de la República a través de los cuales, en criterio del Juez Ponente, se demostró el “*fumus boni iuris*”, dado que de los mismos se evidenciaba el marcado deterioro de las embarcaciones en cuestión y también el manejo inadecuado

de sustancias materiales y desechos peligrosos, recomendándose su retiro inmediato a fin de evitar afectaciones al medio marino costero⁷².

Por su parte, en lo que respecta a la naturaleza de la medida se observa que la Corte, al igual que en el caso correspondiente a la Contutora Norberto Odebrecht S.A., no analizó expresamente tal punto, pues dio por sentado el hecho de que la medida solicitada revestía naturaleza cautelar, analizando en ese sentido los presupuestos procesales clásicos para el otorgamiento de tales medidas fundamentándose para ello en criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, como lo es el establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 355 del 07-03-2008, (Caso: Asesores de Seguros Asegure, S.A.).

Desde luego, en lo que respecta a la naturaleza de la medida dictada en el caso de marras, resultarían aplicables, *mutatis mutandi*, las mismas disquisiciones formuladas en el caso correspondiente a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., además confirmadas recientemente por la decisión N° 1145 de la Sala Político Administrativa, en el sentido de que dicha medida jamás podría ser catalogada como cautelar en virtud de no estar atada o vinculada a un proceso de carácter principal.

Adicionalmente, existe otro elemento que obra en detrimento del pretendido carácter cautelar atribuido a la medida, tal y como lo es el rompimiento de los caracteres de revocabilidad y temporalidad propio de toda medida cautelar, toda vez que el haber autorizado el desguace de las embarcaciones imposibilitaba la reversión de la medida la cual pasó a ostentar carácter definitivo, vaciando de contenido la sentencia que habría de resolver el procedimiento de oposición en perjuicio del derecho a la defensa y al debido proceso de la parte eventualmente afectada.

⁷² Mediante Decreto N° 8.486 del 27-09-2011, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.766 se ordenó la adquisición forzosa de la empresa Consolidada de Ferrys, C.A. (Conferry), señalándose en el artículo 3 que todos los bienes expropiados debían pasar al patrimonio de la República por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Comunicaciones, en tanto que en el artículo 4 del Decreto en cuestión se ordenó la constitución de una Comisión Administradora Temporal a los efectos de la ocupación y operatividad comercial de la empresa. Ahora bien, para la fecha de solicitud y otorgamiento de la medida solicitada, el proceso expropiatorio aún no había concluido, y por lo tanto al no tratarse de bienes formalmente propiedad de la República sometidos a un régimen especial, no resultaban aplicables las disposiciones normativas propias de la desafectación. Es por ello que la representación judicial de la República solicita tal medida, siendo que, una vez acordada, la Corte procedió con la apertura del procedimiento de oposición al cual pudieron haber acudido los afectados directos, esto es, los propietarios de las embarcaciones en cuestión, o cualquier persona titular de algún derecho o garantía sobre las mismas.

Ahora bien, las particularidades del caso en comento fundamentalmente las relacionadas con los riesgos ambientales asociados, nos lleva a realizar algunas consideraciones sobre cuál debería ser la verdadera naturaleza de la medida acordada en el caso en particular. En este sentido, debe recordarse que en la parte inicial del presente trabajo, concretamente cuando fue abordado el punto relativo a los antecedentes agrarios, hicimos referencia al poder general de prevención que corresponde a todos los órganos del Poder Público, entendido este, en sentido general, como la posibilidad legal de “evitar la ocurrencia de eventos lesivos al estatuto jurídico vigente, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados.”.

Así, en atención a lo anterior y considerando los evidentes riesgos al ambiente y la urgente necesidad de intervención de los eventuales agentes causantes de los mismos, podría conllevarnos a considerar que la medida solicitada obedece, en cuanto a su naturaleza, a una medida de carácter preventivo, posiblemente muy similar a las medidas autosatisfactivas del procesalista argentino JORGE WALTER PEYRANO, a través de la cual se busca evitar, de forma rápida y expedita, causar un potencial daño al medio ambiente plena y técnicamente identificado y cierto.

En efecto, el eventual carácter autosatisfactivo atribuido a la medida en comento derivaría de las respuestas dadas a las siguientes interrogantes: (i) ¿su dictamen es de carácter urgente?, (ii) ¿el proceso en el cual se tramitan es autónomo e independiente no existiendo por ende instrumentalidad al no estar vinculada a un proceso principal?; y (iii) ¿resuelve de forma definitiva la controversia existente de forma expedita en virtud de la urgencia planteada?

Así, las respuestas a las anteriores interrogantes son todas positivas, siendo que en relación a la primera pregunta la representación de la República alegó y probó los posibles daños que podrían causarse al ambiente de lo que derivaba tanto el “*fumus bonis iuris*” y a su vez la urgencia que ameritaba la pronta adopción de la medida; en tanto que en relación a la segunda interrogante se tiene que se tramitan mediante un proceso autónomo, independiente de un proceso principal, siendo que por lo demás la Corte ordenó, por analogía, aplicar el procedimiento de oposición de las clásicas medidas cautelares previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁷³; y finalmente en relación a la tercera interrogante se tiene que la misma resolvió de forma definitiva el asunto sometido a consideración del Órgano Jurisdiccional, pues según se conoce la decisión final del proceso de oposición fue confirmada, no habiéndose ejercido los

⁷³ A pesar de aplicarse analógicamente el procedimiento para el trámite de la oposición de las medidas cautelares generales, no debe incurrirse en el error conceptual de catalogar tales medidas como cautelares, pues las mismas tienen naturaleza y fines propios.

respectivos recursos contra la misma, siendo que además resultaba imposible revertir los efectos de la medida acordada.

No obstante lo anterior, en la praxis, la anterior postura encuentra como inconveniente que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no establece disposición legal alguna que faculte a los Jueces de esta especial jurisdicción para dictar medidas de este tipo, como si lo hace, según ya fue analizado, la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario al regular un poder general de prevención y poder cautelar propiamente dicho; cuestión esta que sin duda alguna debería ser tomada en consideración en una eventual reforma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

C. Medidas ¿cautelares? ¿autónomas? innominadas dictadas con fundamento en medidas administrativas de ocupación temporal

Finalmente resulta imperativo hacer referencia a otros casos en los cuales se ha hecho uso de supuestas medidas cautelares autónomas innominadas relacionados con la materia de costos y precios justos, siendo de uno de ellos, de los tantos que se conocen, el correspondiente al Hotel MJR 2014, C.A., en el cual la Consultora Jurídica (E) de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) y sustituta del Procurador General de la República solicitó a las Cortes Contencioso Administrativo medida cautelar para la nombramiento de la Junta Administradora del referido Hotel en aras de dar continuidad a la medida preventiva de ocupación temporal dictada en el marco del procedimiento administrativo N° 30490, con fundamento en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁷⁴, artículo 70, numeral 2⁷⁵ sustentando su pretensión cautelar en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, siendo que la medida solicitada fue otorgada mediante decisión N° 2016-0508 de fecha 28-07-2016.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la medida, la referida decisión no es muy disímil en relación a los casos analizados precedentemente en materia de expropiaciones y otras, pues se observa que las Cortes Contencioso Administrativo mantuvieron los mismos criterios y confusiones conceptuales

⁷⁴ Decreto N° 2092 del 08-11-2015, reimpresso por error material y publicado en Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

⁷⁵ Dicha medida consiste en la ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad.

sobre las mismas, enfocando mayormente su atención en los fines de tales medidas, siendo que por lo demás resulta evidente que tal confusión y/o desinterés, según se quiera mencionar, ha sido perdurable en el tiempo, al menos, durante el período comprendido entre los años 2009 y 2016.

En efecto, de la lectura de la decisión en comento se evidencia que la Corte analizando su competencia se refiere a la misma como una “medida cautelar autónoma innominada”, luego la parte motiva señala expresamente que se trata de una “medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual” sustentando tal naturaleza en los criterios jurisprudenciales establecidos en los casos *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*, y *Estado Mérida vs. Construcciones y Servicios, C.A.* ya analizados en el presente trabajo; y finalmente en el dispositivo del fallo la Corte otorgó una “medida cautelar anticipada”.

Siendo ello así, la conclusión sobre la naturaleza de la medida en cuestión y los errores conceptuales de la Corte no pueden ser disímiles a lo ya expuesto en el presente trabajo en materia de expropiaciones, pues insistimos, se trata del mismo criterio jurisprudencial que ha mantenido su vigencia en el tiempo, pero aplicado a la materia de costos y precios justos; por lo que entonces mal puede considerarse como cautelar la medida dictada, en el caso en concreto, ya que la misma no está atada o vinculada a un proceso principal iniciado o por iniciar.

Ahora bien, en cuanto a lo que sería la verdadera naturaleza de la medida en comento, se considera que al igual que en el caso de *Conferry*, ya analizado, podríamos estar en presencia de una medida de carácter preventivo con rasgos similares a las medidas autosatisfactivas analizadas en la parte inicial del presente trabajo, fundamentalmente porque: (i) su dictamen es de carácter urgente, pues de lo contrario se estaría privando a los ciudadanos del uso del servicio de hotelería; (ii) se tramita a través de un proceso autónomo no ligado o vinculado a un proceso judicial principal, y (iii) resuelve de forma definitiva una petición concreta presentada por la Administración, ello independientemente del hecho de que sus efectos en el tiempo sean temporales.

Sin embargo, en el caso en comento además de no existir regulación legal expresa que prevea el otorgamiento de este tipo de medidas, existe una particularidad y es que la medida solicitada parece ser accesoria de una medida administrativa de ocupación temporal dictada por la Superintendencia de Costos y Precios y Justos, siendo que de la temporalidad de tal medida, al ser la medida principal, derivará también en el carácter temporal que inexorablemente ostentará la medida (accesoria) dictada por la

Corte Primera Contencioso Administrativo cuyos efectos se mantendrán hasta tanto cesen los efectos de la medida administrativa.

Lo anterior constituye un punto de relevancia dado que a través de una supuesta medida cautelar judicial se estaría coadyuvando con los objetivos de la Administración plasmados en un acto administrativo contentivo de una medida preventiva de ocupación temporal dictada en el marco del procedimiento administrativo, de lo que se evidencia una suerte de relación de instrumentalidad entre la medida judicial y la medida administrativa, estando la primera al servicio de la segunda; pudiendo, además, eventualmente considerarse la medida administrativa como uno de los supuestos procesales de procedencia de la medida judicial, puntos estos cuyo análisis escapan del objeto del presente trabajo, pero que sin duda alguna no dejan de ser de interés para el futuro.

Por lo demás, debe señalarse que el criterio establecido en el caso bajo análisis, fue plenamente aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en los mismos términos en los casos siguientes cuyas decisiones fueron todas adoptadas en fecha 28-07-2016: (i) Hotel Orinoco, sentencia N° 2016-0509 ; (ii) Hotel Caracas C.A., sentencia N° 2016-0507; (iii) Sociedad Mercantil Isiba, C.A. (Hotel Stanford), sentencia N° 2016-0505 y (iv) Administradora Kaiser, C.A. (Mercado de los 70), sentencia N°2016-0506.

CONCLUSIONES

En atención al objetivo del presente trabajo relativo al alcance de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo y las medidas con fundamento en dichas potestades se concluye que con la entrada en vigencia de la LOJCA se dejó a un lado a la tradicional, clásica y típica medida de suspensión de efectos, para dar paso a un amplio poder cautelar general e innominado en favor del Juez Contencioso Administrativo regulado en los artículos 4 y 104 *eiusdem*, siendo que el otorgamiento de toda medida cautelar se encuentra supeditado a la concurrencia de los clásicos presupuestos procesales, a saber "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*" debiendo adicionalmente procederse con dos nuevas exigencias como lo son las relativas a la ponderación de los "intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego" y la prohibición de prejuzgar sobre la decisión definitiva.

Así, de acuerdo a lo establecido en los artículos 4 y 104 mencionados, dicho poder cautelar debe inexorablemente ejercerse en el marco de un proceso judicial principal, no consagrándose, en modo alguno, la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares ajenas a un determinado proceso

judicial principal; pues en caso contrario, no se trataría de medidas de naturaleza cautelar.

Ello quiere decir entonces que las Cortes de lo Contencioso Administrativo han incurrido en un error al dictar, con fundamento en los mencionados artículos, innumerables medidas autónomas de supuesto carácter cautelar, tanto en materia del Contencioso Administrativo General como en materia de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social; forzando la aplicación de dichas normas con el único fin de complacer los fines de una Administración Pública cuyo objetivo no es más que minimizar el ejercicio de los derechos constitucionales a la propiedad y libre ejercicio de la actividad económica.

Tampoco establecen los artículos 4 y 104 *eiusdem* la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata, siendo que, según la Doctrina mayoritaria y los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional, e inclusive de la Sala Político Administrativa, tal posibilidad es de carácter restrictivo y la misma solamente debe ejercerse ante los supuestos delimitados y determinados previamente por el Legislador.

No obstante, en vista del criterio jurisprudencial establecido en la decisión N° 1145 del 14-11-2018 (caso Constructora Norberto Odebrecht S.A.), pudiera considerarse que la Sala Político Administrativa abrió la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, bastando únicamente que en tales casos el Juez establezca el lapso en el cual deberá ser interpuesta la acción principal; siendo que en posteriores reformas legislativas sería recomendable dejar legal y expresamente establecida tal posibilidad.

Por otra parte se señala que los casos de supuestas medidas cautelares autónomas dictadas con fundamento en el derogado Código Orgánico Tributario y la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario están lejos de ser consideradas como cautelares al no estar vinculadas a un proceso judicial principal, siendo que su naturaleza es netamente preventiva, y las mismas resultaron de análisis obligatorio en el acápite correspondiente a los antecedentes legislativos en virtud de que ello nos permitió un mayor conocimiento de la aplicación de ciertos conceptos en la práctica, facilitando, al mismo tiempo, el posterior abordaje del tema desde la óptica de las normas aplicables a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, no puedo dejarse de hacer mención a la importancia de los conceptos de tutela diferenciada y sus formas de manifestación, permitiéndonos distinguir claramente las diferencias entre lo que ha de entenderse como tutela cautelar, y dentro de esta los tipo de instrumentalidad,

tutela anticipada o anticipativa y medida autosatisfactiva, todo lo cual facilitó el desarrollo del presente trabajo aclarando los errores conceptuales de los operadores de justicia que resultaron evidentes en cada una de las sentencias que fueron analizadas.