

**EL ADIÓS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL O UN EJERCICIO BÁSICO DE
INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

*(A propósito de la jurisprudencia que al respecto han venido
sentando nuestros tribunales contencioso-administrativos)*

Alfredo Parés Salas¹

INTRODUCCIÓN

I.- LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS COMO ÚNICA MEDIDA Y LA ACERTADA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

II.- EL PODER CAUTELAR GENERAL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY Y LA ERRADA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia supuso, entre muchas otras cosas sobre las que aquí no discurriremos, el reconocimiento expreso del denominado poder cautelar general del Juez. El párrafo 11 de su Artículo 19, le otorga potestad a éste para «acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime(n) pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio».

Esta nueva norma colma el vacío normativo que, bajo el imperio de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, existía respecto de las medidas cautelares que fueran más allá de la suspensión de los efectos del acto impugnado. Esa ley, ello es bien sabido, consagraba la suspensión de efectos como única medida cautelar posible en el marco de los procedimientos contencioso-administrativos en ella previstos.

Ante ese vacío normativo y con el objeto de poder dotar al Juez administrativo de una norma expresa que lo habilite para dictar otro tipo de medidas cautelares, distintas a la simple suspensión, la jurisprudencia echó mano, vía aplicación supletoria, de las medidas cautelares innominadas consagradas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Hoy, esa situación cambió definitivamente. Con el reconocimiento del poder cautelar general hecho por la nueva ley, no existe ahora vacío normativo que llenar, por lo que no hay cabida ya a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, al menos en cuanto a lo que podríamos llamar, la tipología de las medidas.

¹ Abogado *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela.

Alfredo Parés Salas

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de nuestros tribunales contenciosos siguen analizando las solicitudes de medidas cautelares innominadas fundamentadas en el Código de Procedimiento Civil e incluso, en algunas oportunidades, estudian sus requisitos de procedencia, conforme a la vetusta interpretación que de las normas de dicho Código se había hecho, lo cual, a nuestro modo de ver las cosas, constituye un grave error. Esa jurisprudencia es la que nos ha animado escribir las siguientes líneas que, por lo puntual y concreto del tema, no serán muchas.

I.- LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS COMO ÚNICA MEDIDA Y LA ACERTADA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Dos son los artículos de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y tres del Código de Procedimiento Civil, que nos interesan poner aquí de relieve.

El primero de ellos es el artículo 136 de la ley de la Corte, el cual contenía la única norma en materia de medidas cautelares para los procedimientos contencioso-administrativos previstos en dicha ley: la suspensión de efectos. El artículo en cuestión rezaba textualmente así:

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

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio».

Probablemente el que la ley que regulaba el contencioso-administrativo haya previsto la suspensión de efectos del acto como la única medida cautelar, pueda explicarse en parte por el influjo recibido en nuestro país del Derecho Administrativo francés, cuyo contencioso-administrativo ponía gran énfasis en la llamada *décision préalable*, al tratar el recurso por exceso de poder, recurso central del contencioso francés, el cual, a decir de Rivero, «constituye por excelencia la sanción del principio de legalidad»². Un Derecho Administrativo construido sobre la base

² Jean Rivero: *Derecho Administrativo*. Caracas. Traducción de la 9ª. edición. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 258.

de un modelo de Estado Policía o Gendarme, reflejo del liberalismo económico y no de un Estado gestor, interventor -que puede ser forzado incluso a llevar a cabo prestaciones positivas a favor de los particulares- era, probablemente un Derecho concentrado fundamentalmente en el acto, en la actuación formal (control objetivo de la legalidad del acto), dejando de lado la actividad prestacional y, probablemente, cuando se pensaba en medidas cautelares, se pensaba casi con exclusividad en la suspensión de aquél.

Hoy por hoy está claro que la Administración Pública puede manifestar su actuación de variadas formas y que por ende, puede lesionar los derechos e intereses de los particulares en igual o mayor cantidad de maneras. Con el advenimiento de un Estado interventor y de la Democracia Social, el acto administrativo contrario a derecho, si bien probablemente sigue teniendo primacía, no es el único actor en las tablas. Tómese por ejemplo el caso de las omisiones por parte de la Administración de deberes que comporten una prestación positiva, impuestos a la Administración por la ley y su correlato recurso judicial. De igual manera, habida consideración de la poca efectividad del aparato burocrático que la Administración Pública muchas veces supone, no es raro toparse con la vulneración de derechos mediante las omisiones o retrasos injustificados. En esos casos, como en muchos otros casos más, la medida de suspensión de efectos de nada sirve, porque simplemente no hay nada que suspender. Ante esa realidad, la derogada ley de la Corte se quedaba, por decirlo de algún modo, corta.

Así las cosas, ese vacío normativo se nos presentaba en dos vertientes, una primera vertiente, digámoslo así, sustantiva, en cuanto a la tipología de las medidas, y una segunda vertiente, respecto del procedimiento para su tramitación. Sin embargo, la propia ley poseía su propia válvula de escape: el artículo 88.

Ese artículo, que es el segundo artículo que aquí nos interesa destacar, establecía la supletoriedad de las reglas previstas en el Código adjetivo civil y su texto era del tenor siguiente:

«Artículo 88.- Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte».

Por lo que a nosotros atañe, este último artículo cobra especial importancia a partir del año 1986, cuando entra en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil. Ello, debido a una simple razón: entre las innovaciones de ese Código, se cuenta la inclusión de una norma que permite al Juez civil dictar cuantas medidas sean necesarias para salvaguardar la efectividad de la sentencia de fondo, pasándose así del estricto sistema de medidas cautelares tasado del viejo Código de 1916, a un sistema mixto que contiene un catálogo compuesto por las tres medidas cautelares típicas del proceso civil, como lo son la prohibición de enajenar y gravar, el embargo preventivo y el secuestro, pero que además, contiene dos cláusulas abiertas que le permiten al Juez, por una parte, tomar cualquier medida complementaria para asegurar la eficacia de cualquiera de las medidas nominadas y, por la otra, la

Alfredo Parés Salas

posibilidad de acordar otras medidas “innominadas”.

Y es aquí cuando entramos con los tres artículos de este Código que nos interesa poner de relieve. El primero de ellos enuncia los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares típicas. Nos referimos al artículo 585, cuyo texto reza de la siguiente forma:

«Artículo 585.- Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama».

Como es bien sabido, el citado artículo erige como requisitos de procedencia de la medida de la que se trate, a los dos tradicionales elementos considerados por la doctrina procesal civil: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

El segundo artículo, consagra los tipos de medidas cautelares posibles y reconoce, como en su Exposición de Motivos lo dice, el poder cautelar general del Juez, mediante la consagración de las medidas cautelares innominadas. De ese artículo, el 588, nos interesa en especial su primer párrafo, el cual reza así:

«Párrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión».

En el campo del proceso civil, la inclusión de esta norma, supuso un gran avance con respecto del anterior régimen de medidas tasadas. De esa ventaja, por su parte, también se aprovechó el contencioso-administrativo al aplicar supletoriamente este párrafo primero del artículo 588. Así pues, mediante la aplicación supletoria permitida por el artículo 88, se incorporó, vía jurisprudencial el empleo de las medidas cautelares innominadas al contencioso-administrativo, para suplir el vacío al que la ley de la Corte, ante la necesidad de medidas diferentes a la mera suspensión de efectos, no daba respuesta.

Una de las decisiones de principios en esta materia, como lo recuerda Ortiz-Álvarez en su obra³, está constituida por el fallo de fecha 17 de diciembre de 1999

³ Luis Ortiz-Álvarez: La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo. Caracas. Editorial Sherwood, 1999. pp. 786.

(caso: Myrna Salas), fallo en el que se dijo lo siguiente:

«El Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 585, la potestad del juez de decretar las medidas preventivas establecidas en el Título I del Libro Tercero denominado "Del Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias", y consagra los requisitos para que puedan ser acordadas...

Estos principios son aplicables al procedimiento contencioso-administrativo por vía de remisión que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace a los principios generales establecidos en el Código de Procedimiento Civil...».

Posteriormente, la jurisprudencia continuó aplicando ese criterio, con cada vez más énfasis. Así, la Sala Político-Administrativa, en fallo aquella de fecha 18 de septiembre de 2003 (caso: "Hilton Internacional de Venezuela"), dejó sentado lo siguiente:

«En efecto, las medidas cautelares innominadas, dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, tienen carácter netamente supletorio, pues sólo deben decretarse en ausencia de las medidas cautelares nominadas que sean aplicables al caso en concreto. En tal sentido, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia dictada el 15 de marzo de 1994 expresó lo siguiente:

"(...) Sin embargo, debe la Sala en esta oportunidad destacar que las instituciones jurídicas innominadas, y entre ellas las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse o restringirse, por su atipicidad y falta de regulación legal, a los casos en que las instituciones jurídicas nominadas, previstas especial y específicamente por el ordenamiento jurídico, resulten inaplicables o sean insuficientes o ineficaces para producir los efectos deseados en un caso en concreto».

El tercer artículo del Código de Procedimiento Civil que finalmente nos interesa destacar es el 602, referido al procedimiento para tramitar la medida cautelar. Dicho artículo establece:

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

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articula-

Alfredo Parés Salas

ción de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

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

Con la aplicación supletoria al contencioso-administrativo de esos tres artículos, se colmaba el vacío mencionado en sus dos aspectos. Por una parte, se incorporaba al procedimiento contencioso la posibilidad de dictar medidas innominadas y por la otra, se dotaba al Juez de un procedimiento para su tramitación.

II.- EL PODER CAUTELAR GENERAL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY Y LA ERRADA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El reconocimiento por parte de la nueva ley -que por lo pronto es la ley especial que regula los procedimientos contencioso-administrativos- del poder cautelar general ha llenado definitivamente el vacío normativo del que adolecía la ley de la Corte, al menos en unos de sus aspectos, el aspecto sustantivo, referido directamente al contenido o tipología de las medidas⁴.

La declaración contenida en la nueva ley supone entonces un trascendental cambio: ya la norma contenida en el párrafo primero del artículo 588 no puede ser aplicada a los procedimientos contencioso-administrativos. Y cuando nos referimos a esa veda en la aplicación de la norma, hacemos también especial énfasis a la exigencia de lo que la jurisprudencia administrativa venía interpretando como un requisito extra: el *periculum in damni*.

La interpretación que de un buen tiempo para acá venía haciendo la jurisprudencia contencioso-administrativa, en especial la emanada de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, del comentado párrafo primero del artículo 588 del Código, había dado lugar a la exigencia de un tercer requisito adicional a los dos requisitos clásicos contenidos en el artículo 585, que la jurisprudencia denominó *periculum in damni*.

La mención que hace la referida norma al «fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra», sirvió de base para que la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo primero y los restantes tribunales después, comenzaran a analizar y exigir el cumplimiento de este tercer requisito, que, dicho sea de paso, pareciera no

⁴ Sin embargo, sigue existiendo un vacío en materia de procedimiento, por lo que consideramos que la aplicación supletoria del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil sigue siendo una aplicación acertada.

ser más que una de las posibles formas de manifestarse el *periculum in mora* genérico.

Ese criterio jurisprudencial se ha venido, por decirlo de algún modo, consolidando y, lo que es más preocupante aun, es que sigue reiterándose luego de entrada en vigencia la nueva ley. Así, por ejemplo, en decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de julio de 2004 (caso: “Síndico Procurador Municipal del Municipio San Diego del Estado Carabobo”), al referirse a los artículos 585 y 588, parágrafo primero, se dejó sentado cuanto sigue:

«De los artículos anteriormente transcritos, puede esta Sala colegir que a los efectos del otorgamiento de la protección cautelar deben cumplirse una serie de requisitos o condiciones fundamentales para que el juez acuerde dicha protección; en este sentido, deberá probarse el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), esto es, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte por el retardo en obtener la sentencia definitiva; luego, la presunción de la existencia del derecho alegado y que de la apreciación realizada por el sentenciador al decidir sobre la protección cautelar se evidencia como verosímil su vulneración (fumus bonis iuris) y, por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, que existiere el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (periculum in damni).

Así pues, ha señalado este Tribunal en anteriores oportunidades sobre la necesidad que tiene el recurrente de probar la irreparabilidad o dificultad de reparación de los daños, para lo cual no son suficientes los simples alegatos genéricos sino que es necesaria, además, la presencia en el expediente de pruebas suficientes de una argumentación consistente por parte del demandante.

De manera pues que, de acuerdo con las consideraciones expuestas y conforme al contenido de los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, resulta forzoso para el juzgador verificar la coexistencia del periculum in mora y del fumus boni iuris, a los fines de que sea acordada una medida preventiva, sea ésta nominada o innominada, recordando que en el caso de las innominadas debe existir un fundado temor de que una de las partes pueda causar un daño de difícil reparación al derecho de la otra (periculum in damni)».

Alfredo Parés Salas

Pues bien, comoquiera que ese requisito deriva directamente de una interpretación de la norma contenida en el párrafo primero del artículo 588, la imposibilidad de aplicar supletoriamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil al procedimiento contencioso-administrativo, trae una consecuencia inmediata e innegable: hoy en día resulta ilegal exigir la concurrencia de ese tercer requisito o al menos su exigencia sería de muy dudosa legalidad. La exigencia del llamado *periculum in damni* carece así de base legal. La nueva norma que llena el vacío al que ya hemos hecho referencia, no exige la concurrencia de este requisito, por lo que la actuación del Juez debe limitarse a verificar los dos elementos tradicionales a los que hemos hecho mención *supra*, esto es, los dos elementos ordenados por la ley.

Si bien la redacción de esta norma no es a nuestro juicio la más feliz, porque, por una parte, parece confundir los requisitos de procedencia de la medida, con la finalidad de la misma y, por la otra, no hace mención alguna al requisito de la ponderación de intereses, defendido hoy en día por la doctrina administrativa e incluso, consagrado expresamente en legislaciones como la española, la misma habrá de ser objeto de una interpretación que pueda salvar al menos el primero de esos detalles. La nueva norma en cuestión quedó redactada de la siguiente manera:

«En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar los resultados del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva».

Lo que efectivamente constituye una novedad en la redacción de la norma que llama la atención, es la prohibición de que la medida prejuzgue sobre la decisión definitiva. En algún otro momento⁵ tuvimos oportunidad de apuntar que pareciera, al menos desde el plano de la teoría, que en sede cautelar -donde el Juez obra sólo con base en presunciones y donde éste emite una opinión que, en la medida en que descubra nuevos elementos o haya una variación de las circunstancias inicialmente consideradas, puede incluso modificar sobrevenidamente en el transcurso del procedimiento, porque, como es bien sabido, la sentencia en materia cautelar no está dotada de la fuerza de cosa juzgada -al menos no de la cosa juzgada material- lo que permite al Juez, revocar o modificar el contenido del referido fallo- no podría hablarse, insistimos, de prejuzgamiento. Decíamos en aquella oportunidad que “por fundar su decisión en meras presunciones, al Juez le está vedado pronunciarse sobre el mérito del asunto en sede cautelar. Más que una veda, se trata realmente de una imposibilidad material, porque no puede pronunciarse sobre el fondo quien no ha sustanciado el proceso completamente y actúa con fundamento en meras presunciones”. En síntesis, el que una medida otorgue provisionalmente la razón, de ma-

⁵ En “El Juez Único en el Contencioso-Administrativo Venezolano”, Revista de Derecho Administrativo Número 15, Mayo-Diciembre 2002, página 260.

nera anticipada y con un fin bien definido a una de las partes –evitar que el transcurso del tiempo necesario para determinar a quién asiste la razón no perjudique a aquél que la tiene-, no puede implicar jamás un prejuzgamiento. De afirmarse la tesis contraria, se destruiría, sin más, toda la construcción y la lógica de la protección cautelar. Decir que otorgar con base en meras presunciones y de manera provisional -insistimos, sólo provisionalmente- la razón a una de las partes para evitar esos perjuicios irreparables o de muy difícil reparación, constituye un prejuzgamiento del fondo, pareciera denotar un incorrecto entendimiento sobre la institución de las medidas cautelares.

Empero, supones que habrá de entenderse, pues, que el Juez al confeccionar su fallo deberá insistir en que su decisión está fundada en meros indicios, en presunciones que, por ser tales, no pueden nunca prejuzgar sobre la definitiva y que, la dispositiva de la sentencia cautelar no vincula, de manera alguna, el contenido del fallo definitivo, el cual podrá confirmar modificar, ampliando o restringiendo, o revocar el la decisión cautelar. Sólo así pareciera poder tener sentido la norma.

CONCLUSIONES

Por lo breve y concreto de los puntuales comentarios que hemos tenido oportunidad de formular, pareciera redundante concluir algo adicional a lo que ya hemos expuesto, ya que tales comentarios son, en sí mismos, una conclusión.

Si en una sola idea todo lo precedentemente expuesto podríamos expresar, sería la de que bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ya no resulta posible, sin incurrir en un grave error de interpretación jurídica, pretender aplicar, vía supletoria, las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil. La nueva norma, ya lo dijimos, consagra el poder cautelar general y llena el vacío normativo que bajo el imperio de la derogada ley motivó -y sirvió de fundamento a- la aplicación supletoria del código adjetivo civil y de las medidas innominadas en él previstas. Una de las consecuencias prácticas que ello conlleva es la de la imposibilidad de exigir el requisito denominado *periculum in damni*, cuyo requerimiento, insistimos, provenía de la interpretación de una norma que ya no resulta aplicable a los casos bajo estudio, una norma de la que, en nuestra opinión, hay que despedirse.

A la postre, todo lo anterior no resulta ser más que un ejercicio básico de interpretación jurídica que, por los vaivenes y las barahúndas a las que las más de las veces están sometidos nuestros tribunales -agobiados de trabajo, escasos de personal y con innumerables complicaciones-, éstos olvidan realizar.