

INTERÉS GENERAL Y TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RESEÑA DE UNA PELIGROSA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

*Profesor Ordinario (Agregado) de Derecho Administrativo
y de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Central
de Venezuela y de la Especialización en Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello*

“(…) el interés general no es un cheque en blanco,
no es una fórmula abierta que permita
el desencadenamiento de las potestades administrativas
sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto,
precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico
y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario,
el concepto se convierte en un peligroso expediente
para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder”
Jaime RODRÍGUEZ ARANA¹.

Resumen: Se analiza la reciente tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el análisis de procedencia de medidas cautelares en cuanto a la invocación genérica del interés general como justificación absoluta para el ejercicio ilimitado de potestades administrativas, así como sus peligrosos efectos al consagrar en la práctica la inmunidad de la Administración al control judicial.

Palabras clave: Tutela cautelar. Interés general. Jurisprudencia. Sala Político-Administrativa. Tribunal Supremo de Justicia. Contencioso-administrativo. Derecho Administrativo.

1 *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar. Centro de Estudios Estratégicos Syntagma-Iustel. Madrid, 2012, p 15.*

Summary: This article analyzes some recent decisions from Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice related to the analysis of interim measures of judicial protection and the generic invocation of general interest as absolute justification of unlimited legal authority of Public Administration, also its dangerous effects to establish the judicial review immunity of Government.

Key words: Interim measures of judicial protection. General interest. Jurisprudence-Legal precedent. Chamber of the Supreme Tribunal of Justice Contentious-Administrative. Judicial review of the Administration. Contentious-Administrative. Administrative Law.

Recibido: 13 de febrero de 2013 Aceptado: 12 de marzo de 2013

PRELIMINAR

Hace más de dos décadas, sostuvo un conocido autor español, que el Juez contencioso-administrativo es quien, en última instancia, determina si la actuación de la Administración en un caso concreto estuvo o no orientada a la protección del interés general². Y no puede ser de otra manera, si se considera que este último es un concepto estrechamente vinculado con el Derecho Administrativo y, por ende, con el desempeño de la Administración contemporánea, e incluso puede decirse que

2 *“Porque en último extremo, lo que verdaderamente sea un interés general es lo que declaran los Tribunales...” NIETO, Alejandro: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. III. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991, pp. 2221. Más recientemente, en similar sentido se expresa: “El interés general es determinado por el Tribunal contencioso-administrativo, al hilo de cada caso, como indica el precepto legal al referirse a la valoración o ponderación «circunstanciada»” (MEILÁN GIL, José Luis: “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho Público español”. En: Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo. Escola Galega de Administración Pública. Iustel. Madrid, 2011, p. 176).*

hasta consustancial a estos. De allí que nada extraño resulta que la doctrina administrativista periódicamente vuelva sobre él, o que la jurisprudencia contencioso-administrativa haga uso del mismo, visto que la siempre difícil relación interés general-interés particular, es una de las variables que justifican el origen, la existencia y el desarrollo de esa disciplina³.

Dado lo anterior, en esta ocasión retomaremos la idea inicial del párrafo previo, pero únicamente para comprobar qué sucede y cuáles son algunas de las consecuencias que se producen en la hipótesis de que la última instancia interna de control de la actividad administrativa, es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa, no se encuentre a la altura de la trascendente misión que está llamada a desempeñar sobre este tema. A tal fin, vamos a limitarnos a realizar una breve reseña de lo que no vacilamos en calificar como una peligrosa tendencia jurisprudencial (otra adicional)⁴ de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que se viene acentuando a partir del primer semestre del año 2013, en lo atinente a vincular el interés general –en realidad una peculiar, sesgada y superficial visión de él– como elemento fundamental (por no decir único) para pronunciarse en materia de solicitudes de medidas cautelares, sea para acordarlas o para

3 Véase al respecto, entre otros: ESCOLA, Héctor: *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989, pp. 5-14, 33-36 y 235-264.

4 En materia de tutela cautelar, pesan en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, y se han profundizado y arraigado más aún en los últimos lustros –aunque debería ser lo contrario a partir de los postulados de los artículos 26, 49, 141, 257 y 259 constitucionales–, dos inerciales prejuicios, a saber: el que el juez, en el análisis de la presunción de buen derecho, debe ser muy cuidadoso para no prejuzgar sobre el fondo, aunque ello implique denegar inmotivadamente una solicitud de medida preventiva; y que la providencia cautelar no puede anticipar efecto alguno de una hipotética sentencia definitiva favorable a quien la solicita. Ambos no resisten el menor análisis conceptual, como ya tuvimos ocasión de exponer, siguiendo a la doctrina, en nuestro: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*. Editorial Texto. Caracas, 2007, pp. 293-296. Véase también la bibliografía allí citada.

negarlas. Comencemos entonces por referirnos a la tendencia en cuestión, para luego precisar el marco doctrinario conceptual reciente que trata el tema del interés general y su identificación, así como el papel que respecto al mismo juega el juez contencioso-administrativo al momento de revisar la actividad de la Administración. Finalmente, expondremos una breve reflexión sobre lo que implica tal orientación en lo concerniente al respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso, básicamente desde el aspecto de la motivación de la sentencia.

I. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL

En la sentencia 98 del 6 de febrero de 2013, frente a una demanda contentiva de una pretensión de nulidad de un Decreto Presidencial de Afectación de bienes inmuebles con fines expropiatorios, en la oportunidad de analizar el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho para acordar o denegar la petición de suspensión de efectos del acto cuestionado, la Sala Político-Administrativa señala que los demandantes: *“únicamente adjuntaron a su escrito libelar documentos que prueban el estatus legal que tienen como empresas, es decir, sus registros mercantiles, actas constitutivas, actas de asamblea, cuaderno de accionistas, así como demostración de la propiedad de los bienes sujetos a expropiación, inventario de estos, y documentos de similar naturaleza (cuestiones que además no se encuentran discutidas en el presente juicio), no aportando nada que desvirtúe la existencia en el ordenamiento jurídico de normativas de interés colectivo y nacional como las mencionadas anteriormente y que aparentemente justificarían la medida adoptada por el Ejecutivo Nacional impugnada”,* por lo que siendo un hecho notorio la crisis habitacional existente en el país, afirma que *“... los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido”*.

De lo anterior, deduce el órgano judicial que “...resulta evidente que la intención del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela al decretar la adquisición forzosa de los bienes de la sociedad mercantil propiedad de las empresas recurrentes, es destinarlos a la utilidad pública que exige la institución de la expropiación”, por lo que concluye que “...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora (falso supuesto de derecho, que «no existe ninguna relación entre la fundamentación jurídica del Decreto Expropiatorio y la supuesta causa de utilidad pública o social invocada», errada apreciación de la normativa jurídica aplicable, error de derecho, falso supuesto de hecho, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, vicio de incompetencia, vicio de desviación de poder, violación del derecho de propiedad y al derecho a la libertad económica) aún así no existen elementos probatorios en lo absoluto que desvirtúen la situación antes mencionada, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos, donde de manera específica se observa que se encuentran involucrados derechos constitucionales de naturaleza colectiva, como lo constituye el derecho a la vivienda”. Consecuentemente, declara improcedente la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos del referido acto administrativo.

Similar es el caso de la decisión 196 del 26 de febrero de 2013. En la referida causa, la motivación de la Sala Político-Administrativa para desestimar una petición de medida cautelar también frente a un Decreto de Afectación con fines expropiatorios comienza afirmando, luego de señalar la voluntad de adquisición forzosa de una serie de bienes por parte “del Presidente de la República”, así como de aludir al fin de “uso y aprovechamiento social para el desarrollo de actividades comerciales de los trabajadores informales a beneficiarse con un asentamiento digno”, que “... resulta importante traer a colación lo relativo a la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos (...) resultando determinante al momento de otorgar o no la cautela solicitada, en virtud que aun cuando procedan los requisitos o extremos legales necesarios (fumus boni iuris y periculum in mora) para que esta se acuerde, igualmente

deben ser ponderados los intereses generales, observando el impacto que pueda generar tal otorgamiento en la esfera de los derechos de terceros ajenos a la controversia...". De seguidas, el órgano judicial acota que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que puede ser legalmente limitado dada su trascendencia sobre el interés general, para luego afirmar que "...en esta etapa inicial del juicio (...) no debería prevalecer un interés particular, especialmente si persigue fines lucrativos, frente a un interés general que repercute en la esfera de la colectividad".

A continuación, el órgano judicial alude al derecho al trabajo de una colectividad específica, para de ello deducir que "...se presume que estando frente a un interés superior el cual debe prevalecer sobre el interés particular, el derecho de propiedad debe ceder frente a la necesidad de la disposición inmediata de un espacio estratégico que permita mejorar las condiciones de trabajo de los pequeños comerciantes". Luego de hacer otras consideraciones generales, constata la Sala Político-Administrativa -nuevamente- "...la intención del Presidente de la República" de destinar una serie de bienes a la utilidad pública, por lo que "...preliminarmente (...) salvo mejor apreciación en la definitiva, considera que los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido".

De allí, concluye el Tribunal que "...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora -relativas a los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, inconstitucionalidad de la norma aplicada, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, incompetencia, infracción del derecho a la propiedad y a la libertad económica-, aún así no existen alegatos ni elementos probatorios que de manera concreta desvirtúen la utilidad pública envuelta en el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos...", así como que "...no se observa que alguno de los argumentos y denuncias esgrimidas por la parte actora haya logrado en esta Sala la presunción de la falta de asidero fáctico y jurídico de la

utilidad pública constituida por la satisfacción del derecho al trabajo que se persigue mediante la ejecución de la obra...".

Por su parte, en la sentencia 77 del 30 de enero de 2013, en la cual la Sala Político-Administrativa emite fallo interlocutorio respecto de una demanda por responsabilidad contractual interpuesta por un ente estatal contra un sujeto derecho privado no estatal, al momento de pronunciarse sobre el periculum in mora en la solicitud de medida cautelar planteada por la parte actora (es decir, la Administración actuando bajo la forma del Derecho Privado), el órgano judicial hace referencia al interés público, el cual se habría visto afectado por el presunto incumplimiento de la parte demandada en devolver una cantidad de dinero recibida como anticipo, por lo cual *"...debe tomarse en cuenta el daño que la demora en devolver esos recursos destinados a la referida construcción de soluciones habitacionales causará a misiones que como la nombrada requieren atención inmediata y en las que cada día de retardo afecta especialmente a la población venezolana que requiere esas viviendas"*. Con fundamento en ello, el Tribunal considera satisfecho el requisito del *periculum in mora*.

También al momento de examinar ese mismo requisito del *periculum in mora*, en la sentencia 101 del 6 de febrero de 2013, dictada con ocasión de una solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte actora (esta vez una empresa del Estado) contra una empresa particular, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa destaca que ese requisito se verifica *"...por el hecho de que el incumplimiento que dio origen a la rescisión del contrato celebrado entre C.A. LA ELECTRICIDAD DE CARACAS y la sociedad mercantil INVERSORA CERRO AZUL, C.A., supone la exigencia del cumplimiento de las fianzas objeto de ejecución, máxime cuando tal situación conlleva por lo menos a retrasar la obra de servicio público, objeto de la referida convención contractual, lo cual constituye per se un daño de difícil reparación por la definitiva, dada la utilidad pública y el interés social que detentan las obras vinculadas al sistema eléctrico en todo el territorio nacional, circunstancia que configura el segundo de los requisitos exigidos..."*.

Igualmente vinculado con el tema del análisis del *periculum in mora* como requisito para acordar una medida cautelar (solicitada también en este caso por una empresa del Estado), el referido Tribunal, en la decisión 83 del 6 de febrero de 2013, señala que: *"...tratándose el juicio bajo análisis de presuntas obligaciones insolutas que, a decir de la demandante fueron canceladas a favor de la sociedad mercantil Inproyect Construcciones y Electricificaciones C.A. y los gastos en que deberá incurrir para reparar el daño causado por la mencionada sociedad mercantil, con cargo a fondos correspondientes a la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), la Sala considera que la posibilidad de que la ejecución del presente fallo quede ilusoria, causaría en virtud de los montos demandados, un perjuicio irreparable a la demandante, en detrimento de las finalidades públicas que sus bienes están destinados a satisfacer, por lo que se considera, en el presente caso, satisfecho el requisito bajo análisis"*.

Un caso especialmente llamativo es el contenido en la sentencia 702 del 26 de junio de 2013. Se trató de una demanda de nulidad de una Resolución Ministerial, respecto de la cual se alegaron una serie de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad. En la oportunidad de pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de efectos del acto normativo, la Sala Político-Administrativa comienza acotando que *"...el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular..."*. Seguidamente el órgano jurisdiccional expresa que: *"...cualquier pronunciamiento al respecto, dirigido a la suspensión total del referido acto incidirá sobre la esfera de los derechos e intereses de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa (padres, madres, representantes, estudiantes, docentes, trabajadoras, trabajadores administrativos, obreros, obreras, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas a las instituciones educativas) y es por ello que, la valoración que debe efectuar este Máximo Tribunal sobre la medida requerida, ha de hacerse ponderando los intereses involucrados"*.

A continuación, el Tribunal pasa a describir la Resolución Ministerial cuya conformidad a Derecho se cuestiona, para señalar al respecto que se trata de una medida de concreción de normas de rango legal *“...sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente”*. Seguidamente, el texto de la decisión continúa describiendo el contenido de la Resolución impugnada, para concluir que: *“...el eventual otorgamiento de la medida requerida prima facie, afectaría la esfera de los derechos y de las garantías de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa, antes mencionados, pues podría reducir, como fue indicado, la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la Ley Orgánica de Educación”*. Con el fin de fundamentar tal aseveración, el órgano judicial señala *“...sin que ello implique prejuzgar sobre la decisión de fondo”*, que los órganos previstos en la normativa cuestionada son instancias previstas en la Ley Orgánica de Educación *“...a los fines de profundizar la participación organizada y en consecuencia, democratizar el Sistema Educativo como uno de los postulados materiales de la Constitución de 1999, exponente de la democracia participativa y protagónica que se erige, conforme con la doctrina del Constitucionalismo Latinoamericano sobre la base fundamental de los acuerdos entre los ciudadanos, el consenso y la representación”*, por lo cual concluye preliminarmente que *“...la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento”*.

De seguidas, la sentencia continúa señalando: *“En el presente recurso de nulidad los actores adujeron que el acto recurrido adolece de los siguientes vicios: violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del*

alumnado y personal docente, y finalmente que el acto impugnado es inaplicable”, para señalar al respecto que: “En el presente caso, al igual que en el fallo parcialmente transcrito, se reitera, en esta fase cautelar y sin que ello implique un pronunciamiento sobre la decisión de fondo: 1.- Que el acto recurrido se encuentra fundamentado en disposiciones de orden constitucional y legal. 2.- Que la propia Ley Orgánica de Educación en su artículo 21 establece expresamente la organización del estudiantado bajo la modalidad de los Consejos Estudiantiles «sin menoscabo de otras formas organizativas» con la finalidad de que actúen junto con la comunidad educativa en los diferentes ámbitos, programas, proyectos educativos y comunitarios. 3.- Que por cuanto la Ley Orgánica de Educación establece la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en ese instrumento jurídico, ello permite suponer que los aludidos Consejos Educativos serían la concreción reglamentaria de las disposiciones de aquella Ley Orgánica, sin los cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicho texto legal e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente. 4.- Que el eventual otorgamiento de la medida requerida prima facie, afectaría la esfera de derechos y garantías de todos los miembros que integran la comunidad educativa, pues podría reducir, la eficacia de los mecanismos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela debe prevalecer. En virtud de que no se configuró el periculum in mora, en atención a los intereses en juego, esta Sala concluye que es improcedente la suspensión de efectos solicitada”.

Curiosamente, la motivación antes referida se limita a reproducir un fallo previo que también se pronunció sobre una solicitud de medida de suspensión de efectos de la aludida Resolución, el 471 de fecha 16 de mayo de 2013, agregando únicamente lo transcrito en el párrafo anterior (que en realidad reitera lo ya expuesto) y la misma se repite textualmente para desestimar otra petición cautelar, esta vez en la decisión 703 del mismo día, 26 de junio de 2013, aun cuando de la narrativa de la decisión se evidencia que los alegatos presentados para

fundamentar la solicitud de medida cautelar sólo coincidían parcialmente.

Por su parte, en la decisión 239 del 28 de febrero de 2013, la Sala Político-Administrativa, para fundamentar su decisión en un pronunciamiento cautelar favorable a un Instituto Autónomo Nacional en lo atinente a nombrar a la propia parte actora como depositaria del bien embargado (propiedad de la parte demandada, un ente privado no estatal), sostiene: *“...es evidente para la Sala que la solicitud del accionante Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), al representar el interés general y ciertas gravedades en juego, como lo sería la posible paralización de la obra pública, se confronta con el interés particular de la contratista, Proyectos y Construcciones Primo 2020, C.A., intereses en juego que deben ser ponderados por el Juez Contencioso Administrativo, al momento de decidir, lo que lleva a esta Sala, a darle preeminencia al interés general sobre el particular, todo lo cual, justifica la asignación de la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de los bienes muebles objeto de la medida cautelar de embargo preventivo decretada en el presente fallo, así como de aquellos que se sigan ejecutando, al Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública de eminente contenido social (...); pese a que es el Juez Ejecutor de Medidas (comisionado) quien debe nombrar al depositario o guardador de los bienes a embargar, se declara como guardador a la parte ejecutante”*.

Para finalizar esta reseña, hay que referirse a la sentencia 129 del 7 de febrero de 2013. Se trata de un caso en el cual la Sala Político-Administrativa, aun afirmando expresamente haber constatado una actuación contraria a Derecho ejecutada por la Administración (ocupación previa de un inmueble sometido a un proceso expropiatorio realizada sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social), mantiene la eficacia de una medida cautelar acordada judicialmente y que había sido objeto de apelación por los afectados. Para justificar tal proceder, en la sentencia

se comienza invocando la presencia del interés general en los siguientes términos:

“Así, aunque en el caso bajo examen observa la Sala que el a quo decretó la medida de ocupación previa del inmueble propiedad de los apelantes sin antes haber ordenado la constitución de la Comisión de Avalúos prevista en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social -requisito formal esencial para su procedencia-, dada la naturaleza cautelar de tal providencia judicial se impone ponderar, en el presente caso, los intereses en juego a efectos de resguardar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, se advierte que la ocupación previa de autos fue dictada con el objeto de adelantar los trabajos de construcción de un desarrollo habitacional para las familias de bajos recursos en el Estado Lara, obra esta que como se determinó anteriormente, a tenor de lo previsto en el artículo 14 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no requería de la declaratoria previa de utilidad pública; de manera que al contrastar el incuestionable fin de interés público que persigue la obra a construir con el interés particular de los propietarios del inmueble expropiado orientado a que se efectúe un nuevo avalúo al referido bien conforme a la Ley en el que se refleje su valor cierto y justo; esta Sala, haciendo una ponderación del interés general involucrado en el presente asunto y en aras de resguardar los derechos de las partes, considera que la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada.

En consecuencia, se mantienen los efectos de la referida medida y a los fines de garantizar los derechos que de ella se derivan a favor de los propietarios del inmueble, se ordena al a quo realizar las actuaciones conducentes para la conformación de la Comisión de Avalúos (...), a cuyos efectos se concede un lapso de diez (10) días continuos, contados a partir de la fecha del recibo del presente expediente”.

II. EL TRASCENDENTE ROL DEL INTERÉS GENERAL EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, Y POR TANTO, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Un lector desprevenido podría tener la impresión de que en los extractos incluidos en el apartado anterior se evidencia la motivación de las sentencias, y que el interés general ha sido invocado como complemento de la argumentación contenida en las mismas. No obstante, una revisión algo más detenida de los textos demostrará que en realidad no se trata más que de pretendidos y falaces razonamientos, que descansan en la superficial invocación de la existencia de un interés general involucrado en el caso, como medio de soslayar la necesaria revisión de los supuestos jurídicos y fácticos de cada causa concreta, es decir, como mecanismo para eludir la fundamental exigencia de la motivación de los fallos judiciales.

No obstante, antes de realizar tal tarea, conviene enmarcar siquiera brevemente el análisis que se hará en su correspondiente soporte teórico, que no es otro que el tratamiento que al tema del interés general o público se le ha dado en la reciente doctrina iberoamericana, sobre todo en lo que se refiere a la labor judicial de identificación y constatación de la presencia de ese tipo de interés y su incidencia en la sentencia que haya de dictarse respecto a la juridicidad o no de la actividad administrativa cuestionada, incluso en sede cautelar. Por supuesto, que lo que aquí se expone no es más que una reseña doctrinaria sin pretensiones de exhaustividad, pero que consideramos resulta suficiente como marco preliminar para luego contrastarlo con el examen jurisprudencial que se hará en el apartado siguiente.

En ese sentido, hay que comenzar señalando, siguiendo a la doctrina, que el interés general, al cual está llamado a servir la Administración, y que en última instancia es el título legiti-

mador del actuar de ésta y justificación de la potestad de autotutela administrativa⁵, no es una noción que pueda invocarse indiscriminadamente, sino que, aceptando las dificultades inherentes a su definición, puede y debe concretarse en cada supuesto en que se plantea un conflicto de intereses entre el ciudadano y la Administración, de lo contrario, pierde su esencia y razón de ser⁶. El interés general es pues, el resultado de ponderar la trascendencia y utilidad de cada variable presente en esa colisión entre la comunidad política y el particular, conflicto muchas veces innegable salvo en el supuesto de un régimen de democracia ideal perfecta (e irrealizable) o en el de una autocracia en la cual el dictador pretende representar a todos⁷.

El interés general proyecta así los valores superiores del ordenamiento jurídico y los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho⁸, en atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos⁹. El mismo está estrechamente vinculado tanto a su conformidad con ese ordenamiento, como a la protección y defensa de los derechos constitucionales de la persona¹⁰, y a la vez de toda la ciudadanía, no de una parte de la colectividad, incluso siendo ésta mayoritaria¹¹.

Ahora bien, pretender sostener que en toda situación en la cual interviene la Administración, prevalece el interés general

5 NIETO, *op. cit.*, p. 2.251. Para este tema véase especialmente la reciente obra de: RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, pp. 34 y ss. Véase también: ESCOLA, *op. cit.*, pp. 150-155 y 226-228.

6 Y es como señala la doctrina: “...el interés público carece de contenido concreto, deja de ser tal, transformándose en una mera apariencia, con la que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder. La simple invocación del interés público no sirve para nada” (Ibidem, p. 245).

7 NIETO, *op. cit.*, pp. 2.202-2.204.

8 Y de Justicia agregaríamos en el caso venezolano, aunque tal cláusula en realidad parecer estar implícita en las anteriores.

9 RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 40.

10 Ibidem, p. 90. En similar sentido: MEILÁN GIL, *op. cit.*, pp. 186-194.

11 RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, pp. 67 y 149.

sobre el particular, no es del todo acertado. En primer lugar, porque esa postura parte de la existencia de una frontal oposición entre ambos intereses así como de una superioridad intrínseca del primero en todos los supuestos, lo cual implica asumir una previa posición conceptual, y lo cierto es que la Administración también está llamada a proteger los intereses particulares en los casos en que éstos requieran tutela y promoción. Y en segundo término, y lo que es quizá más relevante, porque en la mayoría de las hipótesis lo que procede es una ponderación entre cada interés en juego¹². Y esa ponderación corresponderá en última instancia al juez contencioso-administrativo, mediante la correspondiente decisión dictada en el proceso, al controlar la que previamente debió haber hecho la Administración¹³, decisión respecto de la cual no opera ninguna presunción a favor de esta última, pues aquí no rige el principio de legitimidad del acto administrativo, mucho menos en el supuesto de que la decisión administrativa restringa derechos¹⁴.

De allí que existen una serie de técnicas de control judicial de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indetermi-

12 NIETO, *op. cit.*, p. 2.208. Agrega significativamente el autor: *“En definitiva, habrá casos ciertamente en que se declare la prevalencia del interés general; pero no ya como la aplicación automática de un dogma, sino como resultado de una ponderación concreta que debe ser argumentada en cada caso. Por así decirlo, cuando los intereses generales se consideren inmanentes, la sumisión de ellos a los intereses particulares es sólo «en principio» como una presunción que puede ser destruida en casos concretos como resultado de la ponderación que han realizado a posteriori los tribunales”* (Ibídem, p. 2.209).

13 Ibídem, pp. 2.211- 2.219.

14 Al respecto se ha afirmado que: *“...el Tribunal exige a la Administración que prueba la existencia del interés general por ella invocado, sobre todo cuando se trata de actos que afectan a la propiedad, libertad e igualdad; de la misma manera que exige también una motivación suficiente cuando es la Ley la que impone el requisito de la presencia de un interés general. En el Derecho alemán, por su parte, los Tribunales han declarado que no es correcto definir administrativamente un interés general sin seguir para ello el procedimiento debido, cuya ausencia o irregularidad arrastra la nulidad del acto administrativo que se apoye en la invocación de un interés general»* (Ibídem, p. 2.241). Véase también en similar sentido: RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 181.

nados, pues no es cierto que cualquier apreciación de lo que es el interés general o público por parte de la Administración deba tenerse por válida¹⁵. Y en ese sentido, la Administración está obligada a motivar y justificar el empleo de sus potestades en función del interés general “...de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta...”¹⁶.

Y ello no es sino una consecuencia lógica de la implantación del Estado de Derecho y de una de sus derivaciones, como lo es el principio de juridicidad. Si por el contrario, se aceptara como un dogma indiscutible que la Administración *siempre actúa* en procura del interés general, y *no que siempre debería actuar* en atención al mismo, entonces una técnica de control tan fundamental como lo es la desviación de poder resultaría nugatoria, y bajo el manto de la supuesta protección del interés general se podrían cometer cualquier cantidad de desviaciones o abusos sin que mediara una posible protección judicial

15 Cfr. por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control Judicial de la Administración*. 5º edición. Editorial Civitas. Madrid, 2000, pp. 224-226. Sobre las técnicas de control judicial de la actividad administrativa en relación con el interés general, véase: NIETO, *op. cit.*, pp. 2.239-2.249, y de forma resumida: ESCOLA, *op. cit.*, pp. 60-62.

16 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 228. Véase también: SAINZ MORENO, Fernando: “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 8. Civitas, Madrid, 1976, p. 63 y ss. En similar sentido, destaca ESCOLA, *op. cit.*, p. 145: “De tal modo, los actos administrativos no pueden fundarse ni justificarse en la invocación de cualquier tipo o clase de interés público, o en la existencia de un interés público no definido, difuso o general, sino que debe hacerse, sobre la base, en cada oportunidad, de la gestión de un interés público concreto...”.

frente a éstos¹⁷. Sería regresar a los tiempos del Absolutismo y de la razón de Estado¹⁸.

En consecuencia, ese interés público o general a que está llamada a servir la Administración no solo es que *no se presume*¹⁹, sino que –si se quiere mantener la existencia del Estado

- 17 Y es que como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 223, con la técnica de la desviación de poder dentro del elenco de medios de control judicial de la actividad administrativa: “...no se podrá pretender vincular o subordinar la propiedad a un fin egoísta o antisocial, o a un capricho de cualquier gestor público, por muchos que sean los votos con que haya sido elegido; no se podrán intervenir empresas con fines de represalia personal contra el empresario, o porque no pague los impuestos, o por cualquier otra razón caprichosa que se le ocurra a cualquier administrador”. Y más adelante agrega: “Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o su imaginación puedan sugerirles” (Ibídem, p. 224). Véase también en la misma obra la p. 237 y ss. En similar sentido se ha señalado: “En el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, intelectual, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa” (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 31), para añadirse de seguidas: “...nada más alejado al interés general que esas versiones unilaterales, estáticas, profundamente ideológicas, que confunden el aparato público con una organización al servicio en cada momento de los que mandan, del gobierno de turno” (Ibídem, p. 35). Análoga orientación sostiene ESCOLA, *op. cit.*, pp. 29-32, 41 y 59-60. De hecho, ese último autor distingue entre la finalidad alegada por la Administración, y la finalidad real de la actividad administrativa, lo que denota la importancia del control judicial de la Administración así como del vicio de desviación de poder (pp. 145-146).
- 18 La siguiente afirmación es harto elocuente: “...cuando no es menester concretar el interés general al que ha de servir objetivamente la Administración, ésta vuelve sobre sus fueros perdidos y recupera el halo de abstracción e infinitud, de ilimitación y opacidad, que tenía en el Antiguo Régimen” (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 36).
- 19 Véase: MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 176. El mismo autor agrega: “Desde esta interpretación constitucional no goza de una presunción indiscriminada de que su actuación es conforme al interés general. El interés general –o el público– no es un manto que cubre cualquier actuación de las Administraciones Públicas. La apelación al interés general requiere que sea justificado, motivado, probado por la Administración” (Ibídem, p. 183).

de Derecho y evitar el regreso de los regímenes autoritarios— requiere ser motivado y demostrado, especialmente en caso de ventilarse en una controversia judicial, evidencia que deberá partir del análisis de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto²⁰, que ha de plasmarse en el contenido del acto administrativo o de la actuación correspondiente, y que es susceptible de control jurisdiccional²¹.

Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables a la hipótesis en la que el juez contencioso-administrativo debe considerar la procedencia o no de acordar tutela cautelar y evidencia que en la controversia puede estar involucrado el interés general, lo cual será frecuente en el proceso administrativo, dada la índole de los asuntos involucrados y el objeto de las pretensiones. Pero esa presencia del interés general no se da por sentada, y ni siquiera se infiere automáticamente,

20 Como se destaca en la siguiente afirmación: *"...el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder"*. (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p 15). Véase también en la misma obra las pp. 39-40, 43, 60, 61, 155, 183, 187-188 y 192.

21 Especialmente gráficas son las siguientes afirmaciones: *"...si estamos convencidos (...) de que el fundamento de la posición jurídica especial que acompaña a la Administración Pública en su quehacer ordinario reside en el interés general, habrá que concluir que la propia Administración debe razonar el interés general presente para usar los poderes y potestades que forman parte de su régimen jurídico. De lo contrario, se estaría presumiendo, sin justificación, la existencia de un interés público general cada vez que la Administración Pública se dispone a actuar"* (Ibidem, p. 155); *"...cuando el interés general se utiliza en abstracto, sin motivación, estamos en el reino de la arbitrariedad, en el reino de la irracionalidad, en el reino del autoritarismo. Una Administración que apela al interés general como si fuera un concepto en blanco es una Administración que elude el control, que actúa consciente de su omnipotencia, que busca la impunidad"* (Ibidem, p. 156); *"En el caso del poder judicial ha de quedar claro (...), que el juicio que hace acerca del interés general en el caso concreto se refiere única y exclusivamente, y no es poco, a determinar si la actuación administrativa ha sido o no realizada de acuerdo con el interés general que vincula a la Administración normalmente por mor de la norma administrativa de la que trae causa"* (Ibidem, p. 157). En similar sentido véase: MEILÁN GIL, *op. cit.*, pp. 184 y 197.

por el simple acaecimiento de cualquier actuación administrativa cuyos efectos el particular esté solicitando que cesen, se modifiquen o se retrotraigan. Y es que de considerarse que la mera existencia de la actividad de la Administración implica que ésta ha actuado protegiendo el interés general y, sobre todo, que por tanto frente a este último deben ceder en todos los casos los intereses particulares, aparte de que como ya se vio sería objetable incluso desde el punto de vista conceptual, implicaría dejar sin posibilidad de éxito cualquier petición de tutela cautelar frente a la Administración, lo cual habrá desecharse por resultar contrario al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y, en última instancia, por manifiestamente absurdo e inicuo.

Por ello, si bien la doctrina es unánime al darle importancia al elemento del interés general como variable a considerar al momento de pronunciarse sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo, bien sea para acordar o para negar la medida²², se está refiriendo no al genérico interés al cual está llamado a servir toda la actividad administrativa según el artículo 141 constitucional en el caso venezolano²³, sino a un interés evidenciado sobre la base del examen pormenorizado de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, partiendo del examen detallado de las actas del expediente.

Y será precisamente ese examen particularizado el que constituirá la motivación de la sentencia en cuanto —entre otras exigencias ínsitas a la necesaria racionalidad del pronunciamiento judicial— a la ponderación de ese interés general frente

22 Sobre ello se volverá más adelante.

23 Sea dicho de paso, a diferencia de la Constitución Española que se refiere al servicio de los intereses generales, el artículo 141 de la venezolana enfatiza que la Administración está *al servicio de los ciudadanos*, con lo cual es obvio además que la noción del interés general que maneja es la moderna, no el etéreo interés de la Administración sino el que redundaba en beneficio de toda la colectividad, con sujeción a una serie de principios y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

al interés particular o a los derechos subjetivos afectados²⁴. Y ello, además, sin que en todos los casos deba dársele prevalencia automática a ese interés general²⁵, incluso habiéndose constatado realmente su presencia, sino que habrá también de revisarse la situación existente. De allí que será el resultado de tal ejercicio de ponderación, también debidamente motivado y justificado (pues si no en realidad ninguna ponderación puede invocarse), el que determinará, conjuntamente con el análisis

24 Y es que la relación entre racionalidad, argumentación, motivación y ponderación es especialmente marcada, sobre todo en el ámbito judicial, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 2000, pp. 48-103.

25 Y es que, como apunta RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 70: “...la suspensión del acto administrativo tampoco se puede construir exclusivamente sobre los daños causado por la ejecución del acto. En ambos casos, la consideración fundamental del interés general aconseja soluciones distintas, más equilibradas, más razonables, en las que el juez o tribunal administrativo en última instancia (...) puede, y debe, controlar jurídicamente el sometimiento de toda actividad administrativa a los fines de interés general que fundan el entero quehacer del aparato público”, para luego agregar: “...en el caso de derechos subjetivos o intereses legítimos, la superioridad del interés general es relativa y deberá acreditarse en el caso concreto (...) el juez o tribunal puede conocer jurídicamente acerca del alcance y funcionalidad de la concreta causa de utilidad pública o interés social esgrimida por la Administración para privar del derecho de propiedad a la persona o personas que sea menester. Estamos en supuesto de supremacía relativa, que se presupone, de la que se parte a priori pero que, efectivamente, puede ser destruida en el juicio concreto” (Ibídem, p. 182). En similar sentido, expone MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 196, que: “En la confrontación de estos (los intereses generales) con los intereses particulares es preciso un «plus». Para impedir la suspensión no basta con alegar su repercusión en el interés general. Ha de motivarse que de ella se seguiría un daño grave, más específico que la no ejecutividad del acto en general”. De forma análoga, se destaca al examinarse los requisitos de procedencia de la suspensión de efectos del acto administrativo: “Por último, es necesario que la suspensión no contravenga las exigencias del interés público. No se trata del interés público genérico, que se presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera muy difícilmente podría decretarse la suspensión de la ejecución. Cuando se establece que la suspensión no puede decretarse frente al interés público prevalente -y esto interesa resaltarlo muy bien- se está pensando en algo mucho más concreto. Se está pensando en que en aquel supuesto en que se plantea la suspensión, el interés público está exigiendo precisamente el cumplimiento del acto” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis S.A. Bogotá, p. 261).

de los otros requisitos de procedencia de la tutela cautelar solicitada, si se acuerda o no lo pedido por la parte en atención a los intereses en conflicto, incluido el interés de la colectividad. Y en ese sentido, ese interés general podrá entonces reforzar una decisión favorable o desfavorable al otorgamiento de la medida preventiva, sea que la misma se esté solicitando frente a una actuación administrativa concreta (actuación formal unilateral o bilateral, inactividad o actuaciones materiales), o incluso en el supuesto de que sea la Administración actuando como parte en juicio quien solicite el pronunciamiento cautelar judicial frente a otra Administración personificada o bien frente al particular.

Por consiguiente, será censurable que el Juez contencioso-administrativo, actuando contrariamente a los postulados antes expuestos, otorgue o niegue tutela cautelar al ciudadano frente a la Administración sin realizar el correspondiente análisis que debe reflejarse en una adecuada motivación de la decisión, como también lo será ante la hipótesis de que el órgano judicial, partiendo de que la Administración está llamada a servir a los intereses de la ciudadanía, presuma que la primera ha actuado en procura de ese interés en el caso concreto sin considerar los argumentos jurídicos y las circunstancias demostradas en el proceso judicial, y mucho más, que de tal presunción infundada procure extraer efectos jurídico-procesales, bien sea para negar medidas cautelares que afectarían la actuación de la Administración o bien con el fin de acordar tutela preventiva a favor de ésta, sin el correspondiente análisis.

Sobre el particular, la doctrina española y la nacional han dejado bastante claro las líneas generales respecto de cómo opera la ponderación del interés general que debe hacer el juez contencioso-administrativo al momento de pronunciarse sobre una solicitud de tutela cautelar, enfatizando que debe huirse de consideraciones apriorísticas y centrarse en el estudio del caso concreto, analizando conjuntamente todos los requisitos de procedencia. En el caso español, vale la pena referir con

detenimiento uno de los más recientes trabajos monográficos destinados al estudio de la tutela cautelar, en el cual, sobre el punto se afirma lo siguiente:

“También en lo que respecta a la definición de los intereses que deben prevalecer en la adopción de las medidas cautelares, la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mejor aliada. Por eso, como ha manifestado tantas veces el Tribunal Supremo: «hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes». El mismo criterio de flexibilidad ha llevado igualmente al Tribunal Supremo a relativizar el significado mismo del periculum in mora, como pone de manifiesto la regla acuñada por la jurisprudencia, según la cual: «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión»”²⁶.

Para de seguidas, pronunciarse respecto a la interacción de los tres requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el proceso administrativo, en estos términos:

“Por último, la cuestión de qué interés deba prevalecer en cada caso concreto, como ya se ha dicho, no puede resolverse a priori, pero sí cabe hacer algunas consideraciones generales al respecto. En primer lugar, en los supuestos en los que concurran el periculum in mora y el fumus boni iuris y, por tanto, la medida cautelar sea necesaria para evitar la frustración del derecho a obtener tutela judicial efectiva de quien, en principio, parece tener razón, un interés general o de terceros capaz de justificar la denegación

26 CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España*. En: Damsky, Isaac Augusto (h), López Olvera, Miguel Alejandro y Pérez Cruz, Xóchitl Raquel G. (coords.): *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*, México, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009, p. 153, Documento en línea: <http://www.amtcaeum.com.mx/archivos/Libros/medidascautelarias/4.pdf>. (consulta julio de 2013).

de la tutela cautelar sólo será aquel que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, y, por tanto, aquel que se identifique con derechos y valores constitucionales, como podrían ser la salud, la seguridad, la educación, etcétera. En segundo lugar, y por lo que respecta a los intereses de terceros, equiparados por los artículos 130.2 y 136.1 de la Ley a los intereses generales a efectos de denegar la tutela cautelar, entiendo que si los terceros no son parte en el proceso, para que el perjuicio grave a sus derechos pueda impedir el otorgamiento de las medidas cautelares tendría que tratarse de derechos que, por su entidad, fuesen equiparables a intereses generales o de la colectividad, ya que, de no ser así, difícilmente podrían oponerse al derecho a la tutela judicial efectiva de quien solicita la tutela cautelar derechos o intereses individuales de terceros que no son parte en el proceso” 27.

Por su parte, existe una posición contraria, la cual se orienta a rechazar la prevalencia del interés general como argumento que pueda conducir a la desestimación de una solicitud de tutela cautelar en la hipótesis de que esta evidencie el cumplimiento de los otros requisitos para su procedencia, especialmente el del *fumus boni iuris*. En ese sentido se señala:

“Por lo demás, es meridianamente claro que el principal interés público está en “asegurar la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que le son inherentes” (...) primacía que, en la economía constitucional, está muy por encima de las simples conveniencias gestoras de la Administración. Recordemos de nuevo que el derecho a la tutela cautelar como incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva es un inequívoco (y esencial, por cierto) derecho fundamental (..) La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción –cautelar o definitiva, el caso es idéntico– el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es más que un ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que

27 Ibidem , p. 156.

intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy totalitario, para el cual la famosa cláusula salutaris, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba o condicionaba la efectividad de éstos al principio supremo salus publica suprema lex est. Hoy esa supuesta cláusula implícita de relativización general de todos los derechos no existe, es incompatible con la idea misma del Estado de Derecho y se opone frontalmente de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva” 28.

En todo caso, dejando de lado la polémica respecto a los matices que definen la presencia y prevalencia o no del interés general frente a los otros requisitos en el análisis de procedencia de la tutela cautelar contencioso-administrativa, lo que no se discute es que en todo caso será el interés general evidenciado en el caso concreto, y por tanto debidamente motivado (y no un etéreo y omnipresente interés general que acompaña a la actividad administrativa), el que, cabalmente ponderado o contrastado frente a los derechos e intereses individuales en juego, caso por caso, puede incidir de forma más o menos relevante –según la posición que se adopte– en el otorgamiento o la negativa de tutela cautelar frente a la Administración. Y en ese mismo sentido, la doctrina nacional (nos limitamos aquí a citar algunas referencias dada la abundancia de trabajos sobre el particular) ya se pronunciaba de forma similar en la última década del pasado siglo, al expresar lo siguiente respecto a la necesaria ponderación del interés general al momento del análisis de la procedencia de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo:

“Se trata, no obstante, de un criterio complementario que, por una parte, debe observarse dentro del contexto de las otras dos condiciones tradicionales, el periculum in mora y el fumus boni iuris

28 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Segunda Edición Ampliada. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995, p. 216. Véanse también las pp. 232-234.

*(especialmente esta última, condición con carácter preferencial de principio) y, por otra parte, que debe interpretarse (o reinterpretarse) secundum constitutionem, como bien ha destacado la doctrina moderna, cuestión que entre otras consecuencias significa (...) que no cualquier interés general es el que ha de impedir la suspensión (mucho menos el interés que teóricamente se presume presente en toda actuación administrativa) sino un interés general concretizado y de cierta gravedad. La ponderación de intereses, por lo demás, técnicamente debe analizarse como un requisito independiente y con naturaleza propia, y no dentro del periculum in mora..."*²⁹.

Para concluir en que:

*"Lo correcto no es negar la existencia de un requisito por la presencia del otro, sino proceder a su correcta ponderación, para determinar cuál debe prevalecer, todo, por supuesto, en concordancia con la valoración de los niveles de fumus boni iuris"*³⁰.

Aún de forma más enfática, siguiendo la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA y rechazando justamente la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo considere un genérico interés general como impedimento apriorístico para otorgar tutela cautelar a favor del ciudadano, se señalaba acertadamente que:

*"...siendo la protección de los derechos constitucionales un cometido primordial del Estado de Derecho, resulta inaceptable que un supuesto interés general impida la realización de uno de los derechos esenciales que insuflan a dicho Estado de Derecho"*³¹.

Para agregar de seguidas:

29 ORTIZ ÁLVAREZ, Luis: *La protección cautelar en el Contencioso-administrativo*. Colección tratados y estudios de Derecho Comparado N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 472-473.

30 *Ibidem*, p. 473, nota al pie 652.

31 CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, p. 281.

“Lo cierto es que, en todo caso, nunca podría un interés colectivo genérico, es decir, el simple interés general que determina toda la actuación de la Administración, el que por sí mismo constituya un obstáculo para la emisión de medidas cautelares a pesar de que se cumplan las condiciones requeridas para su emisión (...) Así pues, de la misma manera que el interés general no legitima ni le da validez a un acto administrativo contrario a Derecho (...) tampoco podría ser el interés general obstáculo para que, de cumplirse los requisitos pertinentes, cautelarmente el juez proteja los derechos del particular que a su sede acude demandando la anulación de aquél”³².

Y es que, como ya se señaló, el interés general también incluye —y de hecho modernamente para muchos está básicamente constituido por— la protección de los derechos constitucionales de la persona y el apego del actuar administrativo al ordenamiento jurídico. De allí que, más recientemente, se ha señalado de forma bastante concluyente, luego de plantear las dos tesis existentes en cuanto a la interacción de la presencia de un interés general con relación a los otros dos requisitos de la tutela cautelar en el proceso administrativo, lo siguiente:

“En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto”³³.

32 Ibídem, p. 282.

33 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela*. Documento en línea: http://www.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/VICTOR_HERNANDEZ.pdf, p 19.

“En tanto, otro sector de la doctrina científica, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el individual, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; en tanto, que si fallan o son débiles algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar”³⁴.

De la anterior reseña puede concluirse que el interés general –comenzando por el hecho de que como todo concepto jurídico indeterminado este requiere de una verdadera concreción o determinación para cada caso particular– no puede invocarse de manera ritual o a título de lugar común como pretendida justificación de cualquier actuación de la Administración. Justamente la finalidad de éste es precisamente la contraria, es decir, permitir verificar y contrastar racionalmente si el Poder está persiguiendo el propósito para el cual el ordenamiento jurídico le asigna la potestad. Y ese interés general entonces no es otro que el que se evidenciará del examen del supuesto concreto, así como esa ponderación no podrá tampoco ser otra que el contraste resultante entre las diversas variables presentes en una causa, que en última instancia implicará pronunciarse sobre la afectación del interés de la colectividad frente a los derechos ventilados en el juicio, ardua tarea que, inevitablemente, requiere de un análisis pormenorizado de lo que está en juego en cada causa, así como un compromiso del juez en realizar adecuadamente su delicada misión, muy alejada del uso de lugares comunes para soslayar la realización de tan difícil labor.

34 Ibídem, p. 20.

Sentada esta premisa, procede entonces pasar al análisis jurisprudencial de las decisiones parcialmente transcritas en el primer apartado, retomando su texto, sin que pretendamos que con lo que aquí se expondrá resulta agotado el examen desde el punto de vista de la coherencia argumentativa -y mucho menos de fondo- que puede hacerse de cada sentencia en particular.

Revisemos pues -nuevamente- los fallos de la Sala Político-Administrativa antes identificados, pero ahora bajo el didáctico prisma del marco conceptual antes descrito.

III. LA RITUAL INVOCACIÓN DEL INTERÉS GENERAL COMO SUSTITUTO DE LA MOTIVACIÓN

En la sentencia 98 del 6 de febrero de 2013, en la cual se resuelve la petición cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo que declara la afectación de un inmueble con fines expropiatorios, la Sala Político-Administrativa comienza señalando que los demandantes demostraron su condición de propietarios del bien, pero que no aportan *“nada que desvirtúe la existencia en el ordenamiento jurídico de normativas de interés colectivo y nacional como las mencionadas anteriormente (se refiere a la legislación sectorial en materia de vivienda y hábitat y de ordenación de empresas del sector siderúrgico de Guayana) y que aparentemente justificarían la medida adoptada por el Ejecutivo Nacional impugnada”*(paréntesis añadido). Es indiscutible, en efecto, que los demandantes no aportan nada para demostrar la inexistencia de tales normas, sencillamente porque ese no es el thema decidendum ni mucho menos el objeto de la pretensión, que se centra en objetar la conformidad a Derecho de un Decreto Presidencial de expropiación de una serie de inmuebles, por lo que los demandantes no cuestionan la validez (mucho menos la existencia) de disposiciones de rango legal, sino la violación de normas constitucionales

y legales que presentaría un acto administrativo. Por tanto, la existencia de tales normas no justificaría la medida adoptada por el Ejecutivo, como falsamente pretende argumentar el órgano judicial, pues no es tal legislación la que se impugna, sino –se insiste– un Decreto Presidencial, acto administrativo particular y concreto.

Adicionalmente, el órgano judicial afirma que, ante la crisis habitacional existente en el país “...*los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido*”, en un razonamiento genérico que no toma en cuenta los alegatos del caso concreto, y que, en realidad, permitiría sostener que todos los inmuebles existentes en Venezuela son idóneos para alcanzar un fin de utilidad social vinculado con la satisfacción del derecho a la vivienda, toda vez que la crisis habitacional también es general. Este razonamiento *ad absurdum* evidencia la escasez de coherencia argumentativa producto de la genérica invocación a un fin de utilidad pública o social.

La siguiente argumentación del fallo es igualmente inconsistente. Comienza señalando la Sala Político-Administrativa que “...*resulta evidente que la intención del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela al decretar la adquisición forzosa de los bienes...*” (la redacción es bastante elocuente en cuanto a recordarnos que debería haber diferencia entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes, aunque así no parece entenderlo el órgano judicial) para destinarlos a la utilidad pública que exige la expropiación, por lo que concluye que “...*a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora (falso supuesto de derecho, que «no existe ninguna relación entre la fundamentación jurídica del Decreto Expropiatorio y la supuesta causa de utilidad pública o social invocada», errada apreciación de la normativa jurídica aplicable, error de derecho, falso supuesto de hecho, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, vicio de incompetencia, vicio de desviación de poder, violación del derecho de propiedad y al derecho a*

la libertad económica) aún así no existen elementos probatorios en lo absoluto que desvirtúen la situación antes mencionada, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos, donde de manera específica se observa que se encuentran involucrados derechos constitucionales de naturaleza colectiva, como lo constituye el derecho a la vivienda”.

En realidad, lo único que afirma la Sala Político-Administrativa en el párrafo anterior es que el Decreto Presidencial tuvo como fin el cumplimiento de una finalidad pública (conclusión a la que llegó sirviéndose únicamente de la alusión a la existencia de una serie de leyes y al déficit habitacional existente en el país y no a un análisis del Decreto y de su contexto), mientras que el verdadero examen que debió hacerse, es decir, el atinente a verificar (en esta hipótesis preliminarmente) el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho en relación con la existencia o no de una serie de vicios del acto administrativo cuestionado (incompetencia, desviación de poder, violación del debido proceso y de los derechos de propiedad y libertad económica), no se hizo. Por ello, no se entiende a cuál ponderación de los intereses generales está refiriéndose el órgano judicial, pues para ponderar deben existir dos elementos en pugna o en conflicto³⁵, y lo cierto es que en el caso concreto, el órgano judicial jamás tomó en cuenta, y mucho menos analizó, los argumentos expuestos por la parte demandante. Por ello, la invocación final respecto a “*derechos constitucionales de naturaleza colectiva*”, refiriéndose al derecho a la vivienda, caracterización bastante discutible sea dicho de paso, pues no se trata de un derecho transpersonal, no es más que un nueva expresión retórica y vacía de contenido, salvo que se quiera interpretar como que la existencia del derecho a la vivienda justifica el ejercicio de la actividad ablatoria de la Administración sobre los ciudadanos con fines de adquirir inmuebles, con prescin-

35 Sobre el tema véase: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, *in totum*.

dencia incluso de las exigencias constitucionales y legales, lo cual evidentemente debe rechazarse³⁶.

En esa misma orientación, en la sentencia 196 del 26 de febrero de 2013, la motivación que emplea la Sala Político-Administrativa para desestimar una medida cautelar frente a otro Decreto de Afectación también con fines expropiatorios comienza afirmando, luego de señalar la voluntad de adquisición forzosa de una serie de bienes por parte “*del Presidente de la República*” (se repite lo del gobierno de las leyes por oposición al gobierno de los hombres), así como de aludir al fin de uso y aprovechamiento social de las actividades de los comerciantes informales (lo cual poca relación tiene con lo debatido en la causa), hace referencia de nuevo a la ponderación de los interés públicos generales y colectivos (la carencia de precisión terminológica es una característica común en la redacción de los fallos del Tribunal), como elemento que debe considerarse, aun cuando procediera otorgar la medida al cumplirse los extremos legales, interés necesario para determinar el impacto de la eventual medida sobre los terceros.

De tal afirmación cabría esperar de seguidas un examen pormenorizado de esos intereses generales presentes en el caso concreto. No obstante, luego de una alusión a la posibilidad legal de restringir el derecho de propiedad, la Sala Político-Administrativa insiste en la supuesta preponderancia del interés general sobre el interés particular (especialmente si este persigue fines lucrativos, según señala), para concluir en que la propiedad debe ceder frente a la necesidad de disposición de

36 Vale aquí la pena referir lo señalado por la doctrina española al respecto, la cual apunta: “...en el caso de derechos subjetivos o intereses legítimos, la superioridad del interés general es relativa y deberá acreditarse en el caso concreto (...) el juez o tribunal puede conocer jurídicamente acerca del alcance y funcionalidad de la concreta causa de utilidad pública o interés social esgrimida por la Administración para privar del derecho de propiedad a la persona o personas que sea menester. Estamos en supuesto de supremacía relativa, que se presupone, de la que se parte a priori pero que, efectivamente, puede ser destruida en el juicio concreto” (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 182).

un “espacio estratégico”. A ello se añade la insistencia en la intención del Presidente de la República de destinar los bienes a la utilidad pública, por lo que “...preliminarmente (...) salvo mejor apreciación en la definitiva, considera que los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido”. De allí concluye que, al igual que en el caso anterior, “...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora -relativas a los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, inconstitucionalidad de la norma aplicada, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, incompetencia, infracción del derecho a la propiedad y a la libertad económica-, aún así no existen alegatos ni elementos probatorios que de manera concreta desvirtúen la utilidad pública envuelta en el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos...”, así como que “...no se observa que alguno de los argumentos y denuncias esgrimidas por la parte actora haya logrado en esta Sala la presunción de la falta de asidero fáctico y jurídico de la utilidad pública constituida por la satisfacción del derecho al trabajo que se persigue mediante la ejecución de la obra...”.

Una vez más, la carencia de argumentación jurídica –y por tanto de motivación– resulta ostensible, puesto que el órgano judicial en ningún momento examina, siquiera superficialmente, la procedencia o no de los vicios denunciados por los demandantes y que afectarían la validez del acto administrativo impugnado, sino que se limita a invocar un interés general (en este caso representado por la *causa expropiandi* de utilidad pública) que no se toma el trabajo de explicitar, y mucho menos de ponderar realmente.

Por su parte, en la sentencia 77 del 30 de enero de 2013, en la cual, como señalamos, se emite pronunciamiento interlocutorio respecto de una demanda por responsabilidad contractual interpuesta por un ente estatal contra un particular, la Sala Político-Administrativa considera satisfecho el requisito

del *periculum in mora* o peligro en la mora a los fines de acordar la medida cautelar solicitada por la Administración, y una vez más el órgano judicial se limita hace referencia al interés público, el cual se habría visto afectado por el presunto incumplimiento de la parte demandada en devolver una cantidad de dinero recibida como anticipo. De tal argumento hipotético (por cuanto ninguna referencia hay a que las circunstancias del caso concreto así lo comprueban, por lo cual aquí sí se está adelantando indebidamente opinión sobre el mérito de la causa), el Tribunal infiere que se producirá un año dada la demora en la devolución de los recursos destinados a la construcción de vivienda.

En este supuesto pues, aparte de la censurable confusión entre dos requisitos distintos, como lo son el *periculum in mora* (que se circunscribe al peligro de daño a la parte, no a los hipotéticos terceros) y la eventual afectación del interés general, la única conclusión posible es que, en criterio de la Sala Político-Administrativa, en el caso de las pretensiones de condena interpuestas por el Estado, en cualquiera de sus personificaciones, incluso bajo el Derecho Privado, es que siempre habrá *periculum in mora* a favor de la demandante, puesto que se está partiendo de que cualquier obligación pecuniaria reclamada por la Administración (reclamada, esto es, no constatada judicialmente puesto que se trata de un examen en sede cautelar), no pagada oportunamente, genera daños a la colectividad.

Extrapolando tal criterio a la generalidad de las hipótesis, lo cual no solo es perfectamente posible sino que parece ser la única conclusión lógica habida cuenta de la también generalidad del razonamiento, el resultado es que cualquier medida cautelar que solicite la Administración en el marco de un proceso judicial que tenga por objeto una pretensión de condena al pago de una cantidad de dinero, siempre que esté actuando la República, los Estados o los Institutos Autónomos o Estatales, procederá otorgar la tutela cautelar, habida cuenta de que conforme a lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 92

del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, basta con que se cumpla alguno de los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil³⁷, y hoy en día por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no de forma concurrente como se exige al particular, para que automáticamente proceda acordarse la medida cautelar pedida³⁸. La negativa consecuencia de este criterio sobre la regla de la igualdad procesal, como derivación del derecho constitucional a la igualdad de trato, y también de la garantía constitucional del debido proceso, salta a la vista.

Una posición similar se observa, en relación con ese mismo requisito del *periculum in mora* o peligro en la mora, en la sentencia 101 del 6 de febrero de 2013, dictada con ocasión de una solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte actora (una empresa del Estado) contra un particular, en la cual el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana destaca que éste se verifica pues el incumplimiento contractual (el adelanto de opinión resulta también ostensible ya que no se refiere a un presunto incumplimiento aunque ello no parece preocupar al Tribunal), determina un retraso en las obras mediante las cuales se prestaría un servicio público, lo cual es entonces un daño de difícil reparación por la definitiva “...dada la utilidad pública y el interés social que detentan las obras vinculadas al sistema eléctrico en todo el territorio nacional, circunstancia que configura el segundo de los requisitos exigidos...”. Además de reiterarse lo señalado en los párrafos precedentes, parece obvio también constatar cómo el órgano judicial confunde dos elementos distintos, a saber, el *periculum in mora*, es decir, el

37 G.O. 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008. Artículo 92. *Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.*

38 Véase nuestros comentarios a la disposición en: Las demandas contra los entes públicos. En: Manual de práctica forense. Contencioso administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 77-78.

eventual daño de difícil reparación que sufriría el solicitante de la medida cautelar si esta no se acuerda, con la ponderación del interés general, siendo que se trata de dos elementos diversos, de acuerdo con lo ya antes referido, al igual que como la propia Sala Político-Administrativa ha sostenido y se evidencia del tratamiento que le otorga el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Aún más genérico, si se quiere, y por tanto más censurable, es el pretendido razonamiento expuesto por ese mismo órgano judicial en la decisión 83 del 6 de febrero de 2013, al referir que el presunto incumplimiento obligacional de un particular respecto a una empresa del Estado, permite considerar la posibilidad de que resulte ilusoria la ejecución del fallo y, por tanto, el perjuicio irreparable a la demandante “...*en detrimento de las finalidades públicas que sus bienes están destinados a satisfacer, por lo que se considera, en el presente caso, satisfecho el requisito bajo análisis*” (se refiere una vez más al *periculum in mora* aunque lo confunde con la afectación del interés general). En otras palabras, con esta decisión se establece como criterio apriorístico que cualquier presunto incumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales determina per se y sin motivación adicional, la existencia del *periculum in mora* como requisito para acordar la tutela cautelar a favor de cualquier ente estatal, público o privado, visto que los bienes de tales entidades están destinados a satisfacer necesidades públicas. Se trata de una afirmación, aparte de igualmente riesgosa como la sostenida en la sentencia antes inmediatamente referida, notablemente falaz, pues parte de sostener que todos los bienes del patrimonio público están destinados a cubrir directamente necesidades también públicas, sin distinguir ni el tipo de bien, patrimonial o demanial, ni su finalidad para el caso concreto (uso público o privado, destinado o no a la prestación de un servicio público).

Un caso especialmente llamativo es el contenido en la sentencia 702 del 26 de junio de 2013. Se trató de una demanda de nulidad de una Resolución Ministerial, respecto de la cual se

alegaron una serie de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad. Al momento de pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de efectos del acto normativo, la Sala Político-Administrativa comienza anunciando la orientación de su decisión al expresar que *"...el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular..."*. En ese mismo orden de ideas, el órgano jurisdiccional destaca que cualquier decisión que tome sobre la solicitud de suspensión de efectos incidiría sobre los derechos e intereses de toda la comunidad educativa, por lo cual habrá de ponderar todos los intereses involucrados.

De seguidas, la Sala Político-Administrativa describe el contenido de la normativa impugnada, para señalar luego que su falta de aplicación reduciría la eficacia de la normativa legal en materia de Educación e impediría el desarrollo de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente, así como limitaría la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la referida legislación, visto que los órganos incluidos en la normativa impugnada están destinados a tal fin. De ello cual concluye que *"...la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento"*.

En cuanto a los argumentos concretos presentados por la parte actora para cuestionar la validez del acto, a saber *"...violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, y finalmente que el acto impugnado es inaplicable"*, el órgano judicial se limita a reiterar lo ya expuesto, en cuanto a que el acto en cues-

ción se fundamenta en disposiciones de rango constitucional y legal y que el mismo desarrolla estas últimas en lo atinente a las formas de participación por lo que su no aplicación limitaría los efectos de las normas que desarrolla. De ello concluye que no están cumplidas las exigencias de ley para acordar la tutela solicitada.

Curiosamente, la motivación antes referida se limita a reproducir un fallo previo, el 471 de fecha 16 de mayo de 2013, agregando únicamente lo transcrito en el párrafo anterior (que en realidad reitera lo ya expuesto) y la misma se repite textualmente para desestimar otra petición cautelar, esta vez en la decisión 703 del mismo día, 26 de junio de 2013, aun cuando de la narrativa de la decisión se evidencia que los alegatos presentados para fundamentar la solicitud de medida cautelar sólo coincidían parcialmente³⁹.

Al respecto, resulta oportuno transcribir lo que expusimos sobre la fundamentación de estas decisiones en un previo trabajo:

39 Sin necesidad de dar una lectura detenida al fallo 703, puede evidenciarse que la coincidencia es parcial, pues en el resumen de tales alegatos señala la propia Sala Político-Administrativa: *“En el presente recurso de nulidad la representación judicial de la accionante adujo que el acto recurrido adolece de los siguientes vicios: incompetencia y usurpación de funciones, violación de los artículos 2, 3, 102, 103, 104 y 106 de la Constitución de 1999 y del derecho a la no discriminación, prescindencia del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), violación del derecho de los padres, madres, representantes y responsables de participar en la educación de sus hijos, vulneración al ejercicio de la patria potestad y del régimen progresivo de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, inaplicabilidad del acto impugnado, violación a la Ley Orgánica de Educación, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, abuso de poder y desviación de poder”*. Sobre estas decisiones, véanse nuestros breves comentarios en: *“Consejos educativos e interés general: Una misma sentencia para tres peticiones cautelares”*. En: *Anuario de Derecho Público de la Universidad Monteávila* (en prensa). Más recientemente, similar proceder del mismo órgano judicial respecto a otra pretensión de nulidad de la mencionada Resolución al momento de pronunciarse sobre la solicitud cautelar de suspensión de efectos, puede verse en la decisión 849 del 17 de julio de 2013.

“¿Cuál fue entonces la motivación en el caso de las decisiones ya referidas, con relación a argumentos tales como: violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, e inaplicabilidad del acto impugnado? (argumentos expuestos en el libelo de demanda respecto de la cual se pronunció cautelarmente la decisión 702); ¿o bien de la alegada incompetencia y usurpación de funciones, violación de los artículos 2, 3, 102, 103, 104 y 106 de la Constitución de 1999 y del derecho a la no discriminación, violación del derecho de los padres, madres, representantes y responsables de participar en la educación de sus hijos, vulneración al ejercicio de la patria potestad y del régimen progresivo de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, inaplicabilidad del acto impugnado, violación a la Ley Orgánica de Educación, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, abuso de poder y desviación de poder (alegatos contenidos en el caso de la pretensión resuelta cautelarmente por la sentencia 703)? Sencillamente ninguna. El máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana se limita a reproducir parcialmente el contenido de la decisión 471, que se pronunció respecto a una pretensión de nulidad cuyo basamento, como ya se señaló, se limita a alegar la violación de los artículos 139 y 140 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública, en el caso de dos pretensiones que, si bien tienen el mismo objeto, difieren en su fundamentación o causa de pedir, toda vez que en las dos últimas hipótesis existen una serie de argumentos adicionales atinentes tanto a vicios de inconstitucionalidad como de ilegalidad que no fueron examinados, luego de haberse señalado tras un superficial análisis que no se demostró el periculum in mora sobre la base de que no se evidenció el inminente acaecimiento de un daño de imposible o difícil reparación (lo cual es bastante discutible pero no es el caso abundar en esta ocasión)”⁴⁰.

40 Cfr. *Ibidem*.

En esa misma oportunidad, en cuanto a la decisión original, señalamos:

“Esa es la pretendida motivación de la decisión 471, de la cual se evidencia claramente que la Sala Político-Administrativa en ningún momento consideró el único argumento expuesto por la parte actora para sustentar su pretensión de nulidad, a saber, la nulidad absoluta (expresamente prevista en el artículo 140 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública) de la Resolución en referencia habida cuenta de la falta de cumplimiento en su trámite de aprobación del procedimiento de consulta pública exigido en los artículos 139 y 140 eiusdem. Por el contrario, el órgano judicial se limitó a parafrasear el acto cuya juridicidad se pone en tela de juicio y a señalar algo obvio, a saber, que la referida Resolución pretende desarrollar la legislación vigente, como si ello evidenciara per se la conformidad a Derecho de tal regulación sub-legal, y como si bajo la excusa del ejercicio de la potestad reglamentaria se pudieran afectar indiscriminadamente otros intereses generales, como lo son el mantenimiento de la juridicidad de los actos normativos y el respeto a los derechos del ciudadano. Esa argumentación, emanada del máximo órgano de la Justicia Administrativa venezolana, nos regresa a los tiempos previos a la existencia del Estado de Derecho, al invocarse una genérica “razón de Estado” que siempre beneficia al colectivo, sin más. Una vez más, se invita al lector a revisar el texto de la citada decisión”⁴¹.

Pasando a otro fallo, si se revisa con cierto detenimiento la decisión 239 del 28 de febrero de 2013, la Sala Político-Administrativa invoca como justificación para *nombrar a la propia parte actora como depositaria del bien embargado* (propiedad de la parte demandada, un ente privado), que la parte demandante, visto que representa el interés general y ciertas gravidades en juego⁴², como lo sería la posible paralización de la obra pública, procede a darle preeminencia a ese interés general

41 Cfr. *Ibidem*.

42 La expresión reproduce la defectuosa redacción -por genérica- del artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

sobre el interés particular del contratista demandado y por tanto le asigna la guarda, custodia, conservación, administración, defensa (sic) y manejo de los bienes objeto de la medida cautelar de embargo a la parte demandante, con la finalidad de que se garantice la continuidad de la obra pública.

Visto que este es en realidad el único caso en las sentencias aquí referidas en el cual el órgano judicial parece hacer alusión a las circunstancias concretas, es conveniente aclarar que en realidad se trata de referencias notablemente superficiales, siempre vinculadas con la etérea invocación de un interés general presente en la causa. En ese sentido, a los fines de justificar la designación de la Administración demandante como Depositaria Judicial de los bienes embargados, contraria expresamente al contenido del artículo 545 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia comienza describiendo los sujetos y el objeto de la causa principal en la cual se está acordando medida preventiva de embargo, a saber, una demanda contentiva de dos pretensiones, una de condena al pago de cantidades de dinero, y subsidiariamente otra de condena al cumplimiento de un contrato de obras suscrito entre las partes, obra vinculada con la construcciones de inmuebles destinados a vivienda, de lo cual concluye la Sala Político-Administrativa que la obra se inscribe en la ejecución de las políticas de viviendas adelantadas por el Ejecutivo Nacional de conformidad con la legislación sectorial aplicable.

En ese sentido, el órgano judicial invoca la declaratoria de utilidad pública que hace tal legislación respecto a la construcción de viviendas de interés social, y lo concatena con la consagración constitucional del derecho a una vivienda digna y adecuada y con servicios básicos, así como con la descripción que de tal derecho ha realizado la jurisprudencia constitucional, para concluir que *“...es evidente para la Sala que la solicitud del accionante (...) al representar el interés general y ciertas gravedades en juego, como lo sería la posible paralización de la obra pública, se confronta con el interés particular de la contratista (...) intereses en juego*

que deben ser ponderados por el Juez Contencioso Administrativo, al momento de decidir, lo que lleva a esta Sala, a darle preeminencia al interés general sobre el particular, todo lo cual, justifica la asignación de la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de los bienes muebles objeto de la medida cautelar de embargo preventivo decretada en el presente fallo, así como de aquellos que se sigan ejecutando, al Instituto (...), con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública de eminente contenido social (...); pese a que es el Juez Ejecutor de Medidas (comisionado) quien debe nombrar al depositario o guardador de los bienes a embargar, se declara como guardador a la parte ejecutante”.

Como puede verse, en el texto de la decisión no se razona realmente de forma concreta y específica cómo, a la luz del examen de las circunstancias fácticas y jurídicas evidenciadas en la causa, el interés general determinaba la necesidad jurídica de obviar la regulación procesal y ordenar (sin tener además la competencia para ello pues la ostenta es el órgano ejecutor de la medida, como lo confiesa expresamente la decisión) la designación –manifiestamente contraria a expresa reglas procesales y a la propia lógica del instituto adjetivo del depósito judicial– de la parte demandante como depositaria de los bienes preventivamente embargados, que no son otros que las maquinarias, vehículos automotores y equipos destinado a la construcción de las viviendas⁴³.

43 La descripción de los bienes sobre los cuales primeramente recaerá la medida se encuentra en la propia sentencia, lo que también resulta por decir lo menos irregular, ya que, tratándose de una medida de embargo, la regla es que ella se decreta hasta cubrir una determinada cantidad de dinero, y es al momento de la ejecución cuando se decide sobre qué bienes en específico recaerá la misma, lo que entre otras cosas permite que el afectado por la providencia cautelar pueda ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la ejecución basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad de la medida preventiva, como por ejemplo, señalando que los bienes sobre los que se está acordando la misma le generan un perjuicio innecesario para garantizar la finalidad de la tutela acordada (véanse los artículos 586 y 597 del Código de Procedimiento Civil). De allí que lo que en realidad se está dictando en este caso mas parece una medida de secuestro, que sí recae sobre un bien específico, pero que debe responder

Pero es que además, del párrafo antes transcrito se evidencia que tal designación se realiza “...con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública...”, lo que parece implicar que la desposesión forzosa no se hace con el propósito de poner en resguardo tales bienes a fin de que los mismos resulten una garantía en cuanto a que un hipotético fallo favorable a la parte demandante y solicitante de la medida de embargo pueda resultar cabalmente ejecutado, sino con el destino de que tales bienes se sigan utilizando, ahora por la parte actora, para la construcción de la obra pública cuyo cumplimiento se está reclamando judicialmente. Ello implicaría entonces la absoluta desnaturalización de la medida cautelar y la violación de disposiciones expresas (artículo 541.4° del Código de Procedimiento Civil), así como lo que es más grave, la desposesión ilegítima (lo cual es además inconstitucional por violatorio del derecho a la propiedad) de un bien amparada en una decisión judicial que en realidad está diseñada para un fin totalmente distinto.

Por último, en la sentencia 129 del 7 de febrero de 2013, como ya se destacó, la Sala Político-Administrativa, aun afirmando expresamente haber constatado una actuación contraria a Derecho por parte de la Administración (ocupación previa de un inmueble realizada sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social)⁴⁴, desestima la apelación (más allá de que

como regla general a que ese bien sea el objeto material de la pretensión u objeto litigioso (véase el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil), lo que no sería aplicable en la causa en referencia ya que en ella se trata de una demanda contentiva de pretensiones de condena respecto a una prestación genérica (pago de una cantidad de dinero) y subsidiariamente al cumplimiento de un contrato, por lo que en ella no se está discutiendo la titularidad de un bien específico.

44 En el caso concreto, la ocupación previa fue acordada por un juez de instancia sin cumplir los requisitos de Ley, y ante la apelación interpuesta contra la decisión interlocutoria, la Sala Político-Administrativa se pronunció como alzada. La sentencia, aunque declara parcialmente con lugar la apelación, mantiene los efectos de la medida decretada por el juez de primera instancia y respecto de la cual se había ejercido el recurso, lo cual es notablemente contradictorio.

formalmente la declara parcialmente con lugar) interpuesta por los afectados de una medida cautelar de ocupación previa de un inmueble en un proceso de expropiación, sobre la base de una genérica invocación de los intereses en juego. En ese sentido, la decisión se limita a traer a colación –de forma genérica– la finalidad de tal ocupación previa para adelantar la construcción de inmuebles destinados a viviendas, de lo cual concluye, visto el *“incuestionable fin de interés público que persigue la obra”*, que *“la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada”*, por lo que mantiene la eficacia de la referida medida, decretada por el Juez de Primera Instancia, y, a los fines de garantizar los derechos a favor de los propietarios del inmueble (lo cual es bastante paradójico pues precisamente los requisitos de la ocupación previa vulnerados por la decisión apelada tienen como fin proteger los derechos de los propietarios del bien a expropiar), ordena realizar el avalúo por el órgano competente.

Ante tal proceder, se evidencia que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa *afirma expresamente que incluso una actuación de la Administración manifiestamente ilegal y violatoria de los derechos constitucionales del ciudadano, siempre que la misma persiga un fin de interés público, resulta inmune al control jurisdiccional*⁴⁵. A ello cabe añadir que la invocación del interés público o general no pasa de ser más que una alusión

45 Es notorio que la Sala Político-Administrativa no hizo siquiera el esfuerzo por invocar los principios de las nulidades en materia de Derecho Administrativo ni se refirió a la finalidad y requisitos de la ocupación previa en la Expropiación para justificar su fallo, probablemente porque hubiera quedado aún más evidente que las exigencias pautadas por la Ley en este caso distan de ser meras formalidades, sino que constituyen garantías patrimoniales esenciales cuya violación ineludiblemente acarrea la vulneración del derecho de propiedad del afectado, mucho más en el caso del justiprecio. De allí que en la propia decisión se considera que la exigencia incumplida es *“requisito formal esencial”* y aún así, la Sala no duda en obviarlo en última instancia, al mantener la eficacia la medida cautelar y ordenar en la misma sentencia –contradiciéndose– que se realice lo que no es otra cosa que un presupuesto *previo* esencial para la procedencia de ésta.

ritual, sin que medie análisis del caso concreto en el cual se pondere la existencia real de ese interés general frente a los eventuales derechos o intereses conculcados, cuya protección también forma parte del interés general aunque eso parezca ignorarlo esta tendencia jurisprudencial (y que en este caso esos sí están debidamente probados así como también está demostrada su inconstitucional vulneración como lo acepta la propia decisión). De ahí que la única conclusión posible es que actualmente la Administración Pública venezolana se encuentra prácticamente inmune a control jurisdiccional (y por consiguiente el ciudadano se encuentra en indefensión), puesto que un genérico y evanescente interés general (invocado además paradójicamente no por la Administración, sino por el juez contencioso-administrativo, quien debería más bien controlar la presencia real o no de éste y su eventual alusión infundada, abusiva o desviada) justifica cualquier ilegalidad cometida⁴⁶.

En realidad, frente a esta última decisión, resulta difícil –el tiempo dirá si es imposible o no– encontrar un ejemplo más patente de cómo la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa expresamente acepta que en lugar de darle cumplimiento a su cometido constitucional, contraría el contenido del artículo 259 de la Carta Fundamental, al negarse expresamente a ejercer su rol de contralora de la juridicidad de las actuaciones de la Administración y defensora de los derechos e intereses legítimos del ciudadano frente a tales contradicciones a Derecho, y en su lugar erigirse como defensora a ultranza de la Administración.

46 Esta violación al principio de universalidad del contencioso-administrativo y el consiguiente regreso a la vieja doctrina de los actos excluidos de control jurisdiccional, basada ahora no en la naturaleza del acto sino en su pretendida finalidad, ha sido advertida previamente en algunas sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo por CARRASCO, Rosnell Vladimir: *Los actos administrativos de contenido ambiental. Una nueva categoría de actos revestidos de inmunidad jurisdiccional* (inédito).

¿Y qué decir sobre la motivación? Exigencia de racionalidad en un Estado de Derecho, requerida para cualquier actuación que adopte el Poder Público, pero mucho más si se trata de las decisiones judiciales⁴⁷, una lectura detallada de los anteriores fallos nos revela que la misma en realidad es mera apariencia, pues conforme al Código de Procedimiento Civil y a los principios generales del Derecho, la motivación se refiere a una decisión con *arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas*. Pues bien, si la genérica y vacía invocación del interés general (que no ponderación, pues ella exigiría un real contraste entre el interés general evidenciado con los derechos e intereses en juego, y por ende implicaría entonces un análisis del caso concreto ausente en la labor jurisdiccional de la Sala Político-Administrativa) sustituye a la argumentación racional (que en estos casos tendría que centrarse en el examen de los alegatos y en la valoración de las pruebas), que también debe hacerse en sede de tutela cautelar, entonces no tiene sentido hablar de argumentación, ni de motivación, y mucho menos de justificación racional de la sentencia, que se limita a amparar y a tratar –sin lograrlo realmente– de darle una apariencia de juridicidad *a posteriori*, a cualquier decisión administrativa que afecte negativamente la esfera jurídica del ciudadano, o al menos, a las que hemos descrito en las páginas precedentes⁴⁸.

A ello parece haber quedado reducida la labor de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la actualidad, regresándonos a etapas superadas en la evolu-

47 Al punto que el Tribunal Constitucional español –por ejemplo– ha señalado que la exigencia de la motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho y con la legitimidad de la función jurisdiccional (RUBIO LLORENTE, Francisco y otros: *Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1995, p. 3).

48 Situación especialmente indeseable, pues como bien se ha sostenido: “...el peligro surge cuando la arbitrariedad se cobija bajo el manto de una legalidad formal y tan solo aparente, pues entonces resulta más difícil detectarla y combatirla...” (ESCOLA, op. cit., p 57).

ción de la civilización y de las relaciones entre el ciudadano y el Poder, eras en las cuales bastaba la invocación del interés general que encarnaba la Administración –cualquiera que esta fuera– para que necesariamente cedieran los derechos de la persona. Justamente el advenimiento y la consolidación del Estado de Derecho pusieron fin a este tipo de prácticas.

Lo más preocupante en este análisis es que nos lleva a concluir –se insiste– en que tal proceder proviene en la actualidad no de la propia Administración, sino de quien estaría llamada a controlarla en virtud de expresos mandatos constitucionales. De allí la gravedad y los riesgos de esta nueva tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa, que debería abandonarse de inmediato dadas sus inicuas consecuencias sobre el Estado de Derecho, aunque dudamos que ello suceda. Antes bien, no es difícil avizorar que el próximo paso que dará ese Tribunal será el de intentar trasladar ese tipo de pretendido razonamiento a los fallos de fondo, como mecanismo adicional para justificar –al menos en la apariencia– cualquier actuación administrativa ahora bajo el manto del supuesto interés general existente, negando una vez más con ello sus cometidos constitucionales⁴⁹. De ser así, habrá de continuarse esta crónica como medio de dejar claro cuáles son los fines de la jurisdicción contencioso-administrativa en un verdadero Estado de Derecho, con el propósito de contrastarlos con la realidad venezolana.

Culminamos en esta oportunidad con la siguiente afirmación doctrinaria, que nos parece muy pertinente como advertencia y nos reitera la gravedad de la situación actual del contencioso-administrativo venezolano:

49 Hay que tomar en cuenta que esta tendencia –como las demás– tiene como último propósito el favorecer a la Administración. Evidencia de ello –y no simple coincidencia– es que en todas las sentencias reseñadas, la parte que resultó gananciosa con la dispositiva sobre la tutela cautelar fue la Administración, sea porque se negara una medida cautelar frente a su actuación, o bien porque se le otorgara una providencia por ella pedida.

“Una sociedad en la que los funcionarios y los empleados de la administración pública no se cuidan de aplicar con toda dedicación el ordenamiento jurídico, en la que los legisladores no trepiden en violar con las leyes que sancionan los mandatos constitucionales y en la que los jueces no se dedican a restaurar con sus sentencias aquella vigencia, y en la que los administrados renuncian de antemano por temor, por comodidad o pereza, o por interés, a la lucha por el derecho, está irremisiblemente condenada al fracaso y a la disolución”⁵⁰.

50 ESCOLA, *op. cit.*, pp. 230-231.