



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo**

**"La Ejecución Provisional de las Sentencias Contencioso-
Administrativo".**

Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho
Administrativo

Autor: Gisleno Eugenio Castro Tato
Tutor: Jesús Olivo Valverde

Caracas, septiembre de 2015

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo

“La Ejecución Provisional de las Sentencias Contencioso-Administrativo”.

Autor: Gisleno Eugenio Castro Tato

Tutor: Prof. Jesús Olivo Valverde

RESUMEN

El propósito de este trabajo es el análisis de la existencia de la ejecución provisional de las sentencias y su posible aplicación dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, con la finalidad de efectuar una serie de consideraciones procedimentales referentes a su consagración y los requisitos de procedencia para su adopción en aras de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados y, tratar de evitar los mecanismos dilatorios de la Administración en la ejecución de las decisiones judiciales. Para ello se establecieron los siguientes objetivos específicos: a) examinar el alcance y existencia del derecho a la tutela judicial efectiva b) examinar los fundamentos constitucionales y legales que habilitan la admisión de la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativa; c) analizar su naturaleza jurídica; d) la legitimación y; d) plantear soluciones respecto a quién sería el órgano jurisdiccional competente para estimar su procedencia; e) los requisitos de procedencia, f) la confrontación de intereses y la necesaria proporcionalidad de la decisión al momento de estimar la misma, para finalizar con g) los límites de la ejecución provisional y h) unas reflexiones finales sobre el tema. La metodología empleada fue la técnica de carácter cualitativo. El nivel de análisis del estudio fue concebido dentro de la modalidad de investigación documental, fundamentada en la lectura de textos, leyes y la jurisprudencia. Finalmente, se concluyó que es indispensable la adopción en nuestro sistema de la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativas.

Descriptores: Derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución Provisional. Estado de Derecho. Derecho a la ejecución de los fallos. Potestades del juez contencioso administrativo. Principio de legalidad. Ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativas. Privilegios y prerrogativas procesales de la República.

ÍNDICE DE CONTENIDO

- I. Introducción.
- II. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el ámbito de la ejecución de sentencias ¿Realidad o ficción jurídica?-
 - III. La ejecución provisional de las sentencias.
 - IV. Naturaleza Jurídica.
 - iv.i) Ejecución anticipada del fondo.
 - iv.ii) Medida cautelar.
 - iv.iii) Teoría mixta.
 - V. Legitimación.
 - VI. Órgano jurisdiccional competente.
 - vi.i) Tribunal *ad quo*.
 - vi.ii) Tribunal *ad quem*.
 - VII. Requisitos de procedencia.
 - vii.i) Fumus boni iuris.
 - vii.ii) Periculum in mora.
 - vii.iii) Caución.
 - VIII. Proporcionalidad de la decisión
 - viii.i) Presunción de legalidad vs. presunción de validez de la decisión judicial.
 - viii.ii) Presunción de validez de la decisión judicial vs. prerrogativas procesales (principio de inembargabilidad).
 - IX. Límites de la ejecución provisional.
 - X. Reflexiones finales.
 - XI. Bibliografía.

I. Introducción.

No podría comenzar este trabajo sin mencionar las palabras de Tomás Font i Llovet, las cuales tienen plena adopción en nuestro derecho patrio cuando expresó: “*La historia de la ejecución de las sentencias contencioso administrativas es la historia de un lamento*”¹, otra frase no podría ilustrar de mejor manera y de una forma tan descriptiva lo que ocurre en una realidad jurídica que poco a poco se torna lamentable.

En Venezuela, no nos mantenemos ajenos a este problema sino que el mismo se acrecienta, en atención a la incipiente disfuncionalidad de los jueces contencioso administrativos de ejercitar plenamente sus facultades jurisdiccionales consagradas incluso a nivel constitucional -artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-.

A ello se suma, el descrédito por parte de los particulares de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que con posterioridad a la poca probabilidad existente en contar con una decisión favorable se le añade el hecho de tener que soportar los múltiples artificios de la Administración para evitar la ejecución del fallo judicial².

Al examinar este escenario inicial, se observa con preocupación que el actual problema no deriva de determinar cuál es el procedimiento más eficaz

¹ Font i Llovet, Tomás; Prólogo del libro de Isaac Martín Delgado: *Función Jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Edit. Marcial Pons, 2005, pp.9.

² Dentro de estas modalidades de evasión de la ejecución deben destacarse entre otras: i) la negativa abierta a la ejecución, ii) inercia administrativa, iii) y el auxilio de los órganos no administrativos (parlamento); en este sentido, puede consultarse Tomás Ramón Fernández, en “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de inclumplimientos (...), *Revista de Administración Pública* 73, 1974, pp.151 y ss.

por el cual debe sustanciarse la ejecución de las decisiones contenciosos administrativas³, sino en la búsqueda de mecanismos que aseguren la forma de garantizar el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

En atención a lo expuesto, debemos destacar que el presente trabajo procura formular la búsqueda de una solución que garantice el desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva, o en su defecto que aminore la situación actual de inseguridad jurídica que existe en cabeza de los administrados, en aras de salvaguardar el principio a la seguridad jurídica⁴.

De esta forma, la posibilidad de solicitar y que sea acordada la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativas, no responde a un invento anárquico producto de horas de inflexión preceptiva en la búsqueda de algún punto controvertido, sino en la necesidad de satisfacer la seguridad y el respeto de un derecho consensual de las partes en el proceso⁵.

Problemas como el descrito, son los que incitan la formulación de la existencia de una ejecución provisional de las sentencias dentro del contencioso administrativo, como un mecanismo de contrapeso a la desigualdad procesal entre las partes en el contencioso administrativo y, que progresivamente vaya desmoronándose los cimientos de un protecciónismo

³ Es de acotar, que la discusión sobre cuál es el procedimiento más idóneo para la ejecución de las sentencias contenciosas administrativa fue objeto de análisis de diversos artículos en atención a la coexistencia de diversos procedimientos contenidos en su momento en la Ley Orgánica de Régimen Municipal o la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entre otras; hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁴ A los efectos del presente trabajo, debe entenderse a la seguridad jurídica como la expectativa plausible no solo de obtener una decisión determinada conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos, sino que el órgano jurisdiccional competente para ello cumpla con sus deberes constitucionales de salvaguardar los derechos de las partes en el marco del procedimiento jurisdiccional.

⁵ Si bien no es el objeto del presente trabajo, debe llamar la atención que si bien la demora en la ejecución, en principio ocasiona un perjuicio al ejecutante, pueden existir diversos supuestos en que la inacción en la ejecución puede causar un gravamen al sujeto ejecutado (vgr. Intereses moratorios, indexación, entre otros conceptos que pueden ser evitados de ordenarse la ejecución de manera oportuna).

estatal (vgr. principios de autotutela, el principio de legalidad presupuestaria y el principio de inembargabilidad de los bienes públicos, entre otros).

Ante esta incipiente realidad debemos abordar con urgencia la posibilidad de acordar la ejecución provisional de los fallos judiciales como un mecanismo de solución a los problemas planteados, los cuales han sido resueltos con satisfacción en nuestro ordenamiento jurídico a través del amparo constitucional donde la apelación se plantea en solo efecto devolutivo y no suspensivo, ante lo cual, previa contemplación de un correcto régimen de garantías, no resultan menoscabados los derechos constitucionales de la contraparte.

De esta manera, el presente trabajo abordará la ejecución provisional como un mecanismo de garantía para la eficacia real y futura de una sentencia que aún no es firme⁶, con la finalidad de garantizar la efectividad del fallo pronunciado por un tribunal competente aun cuando el medio recursivo establecido contra ésta sea en ambos efectos, y siempre que de ésta no se deriven situaciones irreparables o de perjuicios de imposible reparación para la contraparte del procedimiento judicial.

En consecuencia, el presente trabajo, constituye un análisis de tal situación, basado en la reformulación de ciertas críticas, a los efectos de crear un medio alternativo que garantice de manera efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva, y en el cual dicho derecho no quede en una mera

⁶ Íñigo Martínez de Pinsón Aparicio: *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso administrativo*; Edit. Civitas, 1999, p. 60.

expresión lingüística de necesaria colocación en los textos doctrinales y los fallos jurisprudenciales⁷.

Este cuestionamiento sobre la existencia de una presunta ficción jurídica o la efectividad de un derecho constitucional, continuará seguida de un análisis sobre el contenido del derecho a la ejecución de los fallos y la posibilidad de solicitar una ejecución provisional de la decisión, su legitimación, el orden competencial para conocer de la misma y los requisitos de procedencia, para seguir con un análisis ulterior sobre la proporcionalidad a la que debe atender el juez contencioso en cada caso determinado con la finalidad de determinar si resulta posible constatar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la posible infructuosidad en la ejecución del fallo por el transcurso del tiempo, o por la improcedencia de la reparación integral de la pretensión.

⁷ Al efecto impresiona el hecho de que luego de casi tres décadas desde que se empezaron a producir verdaderos avances jurisprudenciales dentro de la jurisdicción contencioso patria, hayamos permanecido en un limbo jurisprudencial en cuanto al avance y la ruptura de ciertos paradigmas legislativos, en pocas palabras, pareciera que nos invadió el miedo innovador, sin el cual pocos son los frutos que podemos obtener del mundo jurídico ya que el legislador en muchas oportunidades permanece atento y observante de los posibles efectos políticos que pueda tener la aprobación de una determinada ley o la incidencia de un determinado acto legislativo, por dicha razón deja abierta o sin concreción en reiteradas ocasiones posibles avances jurídicos que eran asumidos por el juez, por cuento este no tenía o no debe tener una corresponsabilidad política, en virtud del principio de autonomía e independencia que rige sus funciones. Aunado a ello, debe anotarse la exacerbada acumulación de expedientes que reposan en los archivos judiciales de nuestro país, lo que sumado a la carencia de jueces especializados en la materia no coadyuvan al fortalecimiento y necesario desposeimiento de ese medio perturbador y proceder a desaplicar normas claramente inconstitucionales y proceder a realizar verdaderos avances en determinadas materias, como lo podrían ser la necesaria reinterpretación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos. En este sentido, interesa destacar lo dispuesto en sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 22-11-90 (caso: E.L. Fuentes Madriz y otros –Mochima II-), la cual fue una de las primeras sentencias que reflexionaba sobre el conflicto que se genera entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la inejecución de los fallos contra la Administración, y en la cual se señaló: "... En este problema –ejecución de sentencia- se conjugan aspectos constitucionales y procesales. En efecto, en primer término, en la garantía de la defensa judicial de los derechos, a que se contrae el artículo 68 de la Constitución, se halla implícito el derecho a la ejecución de las sentencias, como forma de hacer efectiva esa tutela. (...) El reconocimiento de tal derecho resulta, por otra parte, fundamental para el Estado de Derecho. En este orden de ideas, el mismo Tribunal Constitucional citado, ha dicho: '...(omissis) difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes (omissis). Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones firmes' (Sentencia de fecha 7-6-84, vid. Op.cit., pág. 55). De manera pues, que en el deber de sujetar el ejercicio de sus atribuciones a la Constitución y las leyes, que el artículo 117 del mismo Texto Constitucional, impone al Poder Público, y en el deber general de cumplir y obedecer la Constitución y las leyes, y las órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público' (artículo 52 eiusdem), y en el derecho a la defensa judicial a que se refiere el artículo 68 eiusdem, se encuentra el fundamento del derecho de los ciudadanos de lograr la ejecución de las sentencias dictadas en contra de los entes del Estado, como un derecho fundamental dentro de la estructura del Estado de Derecho..." .

Encaminados en esta postura debemos analizar y desentrañar la ponderación de los intereses en conflicto cuando una determinada ejecución provisional pueda ocasionar daños de difícil reparación para la contraparte, todo ello para finalizar sobre sus límites y unas reflexiones sobre la necesidad del presente trabajo.

II. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el ámbito de la ejecución de sentencias ¿Realidad o ficción jurídica?-.

La incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho actual es incommensurable tanto en el plano material como en el plano formal, dado que el grado de protección ha variado consistentemente hasta incluir dentro de éste a una serie de derechos que son necesarios e indispensables para garantizar la existencia de éste.

Así pues, la propia jurisprudencia patria ha admitido no solo su compleja estructura sino la necesidad de su consagración y protección en el proceso, el cual abarca desde el inicio con el derecho de acceso de los particulares de interponer sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales hasta su etapa final con la efectiva ejecución de la decisión emitida por los tribunales competentes.

En efecto, cabe destacar la sentencia n.º 2089/2007 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual cónsono con lo señalado por el Tribunal Constitucional Español expuso respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, que éste:

“... no se agota en un simple contenido o núcleo esencial, sino que por el contrario, abarca un complejo número de derechos dentro del proceso, los cuales pueden ejercer o no las partes dentro del mismo, constituyéndose asimismo de obligatorio resguardo y acatamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, so pena de resultar vulnerados este mismo derecho u otro cúmulo de derechos de los cuales gocen las partes.

Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende a grandes rasgos, i) el derecho de acción de los particulares de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de su pretensión, ii) el derecho a la defensa y al debido proceso en el marco del procedimiento judicial, iii) el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, iv) el derecho al ejercicio de los medios impugnativos que establezca el ordenamiento jurídico y v) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

No obstante ello, asimismo dentro de éstos debe destacarse que el derecho a la defensa, el cual tiene una vinculación inmediata y directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro del cual suele incluirse el derecho al ejercicio de los medios impugnatorios, no agota su contenido en el derecho a ser oído por los órganos jurisdiccionales competentes, sino que el mismo conlleva una serie de incidencias procesales que complementan su contenido, los cuales pueden resultar vulnerados en diversas fases procedimentales del proceso, destacando entre ellos:

1. Derecho a ser notificado de todo procedimiento que lo afecte en sus derechos o intereses;
2. Derecho a ser oído y hacerse parte en cualquier momento en un procedimiento;
3. Derecho a tener acceso al expediente, examinarlo y copiarlo;
4. Derecho a presentar pruebas y alegatos;
5. Derecho al acceso de las pruebas;
6. Derecho a que el acto agravante indique los motivos de hecho y de derecho en que se funda;
7. Derecho a ser notificado de todo acto que afecte sus derechos o intereses;
8. Derecho a ser informado sobre los medios jurídicos de defensa contra el acto que lo perjudique;
9. Derecho a recurrir del acto o fallo que ocasione gravamen (con las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley);

10. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa;
11. Garantía en materia probatoria según la cual serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso...”.

Esta multiplicidad de derechos que lo conforman y que son necesarios en su complejidad para garantizar su existencia⁸, conllevan a que dicho derecho no sólo sea un objeto de protección directa sino un principio general en la labor interpretativa del juez constitucional de ponderar su aplicación ante la confrontación con otros derechos o principios constitucionales.

Tal afirmación no solo tiene una incidencia directa en el principio *pro actione* sino que también establece una obligación directa e indirecta para el juez de velar por su resguardo, ya que el Estado se encuentra compelido a su protección reforzada, en atención a la existencia de un Estado de Derecho y de Justicia, y a la reserva exclusiva de la administración de justicia.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia y la doctrina son conformes en el ámbito y núcleo de protección, es de destacar que dicha teorización no se compadece con la efectiva satisfacción y resguardo de dicho derecho constitucional, ya que no podemos dejar de observar como pocos términos son tan utilizados por los textos de las sentencias de los diversos tribunales nacionales como: justicia y derecho a la tutela judicial efectiva⁹, sin que ello se constituya en una efectiva protección de lo enunciado¹⁰.

⁸ En un sentido similar a la referida afirmación expuesta cabe exponer lo señalado por Jesús González Pérez en El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, cuando expone “Preferimos partir de una concepción amplia del derecho a la tutela efectiva, en el que se comprendan –y serán concreción del mismo– todos los que se establecen en el artículo 24. El apartado 2 de este artículo no reconoce derechos distintos al de la tutela jurisdiccional efectiva, sino que viene a especificar una serie de “derechos” que son concreciones o manifestaciones de aquel derecho fundamental” (cfr. Jesús González Pérez: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ediciones Civitas, p. 58, 2001).

⁹ A este respecto, es de reflexionar que en una búsqueda en la página del Tribunal Supremo de Justicia, el término “tutela judicial efectiva” apareció mencionado 27.251 veces –fecha de la búsqueda 21 de septiembre de 2015- sin

En este orden de ideas, se aprecia que no basta con propugnar en un fallo, que el Estado se consagra como un Estado Social de Derecho y Justicia, en el cual se garantice plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando en la realidad jurídica y desmitificada se aprecia como tal enunciado en determinados casos queda en una expresión lingüística o en un ejercicio retórico de palabras altisonantes que no atiende a la realidad fáctica-jurídica de un sistema que no propugna el valor superior de la justicia, sino que se encuentra en un resguardo cotidiano y exacerbado por parte de los operados de justicia de los intereses de la República, a través del principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, el principio de inembargabilidad de los bienes públicos o en el principio de legalidad presupuestaria, entre la multiplicidad de causas existentes, como fueron reseñadas con anterioridad.

Así pues, debemos destacar con asombro y preocupación, como el administrado siguiendo las enseñanzas del profesor González Pérez “... *tiene conciencia de no contar con garantías eficaces frente a unas administraciones públicas cada día más arbitrarias...*”¹¹, ya que, sumado al problema de la arbitrariedad tenemos que añadir la inacción o la falta de diligencia de los jueces en ejecutar sus propias decisiones.

embargo, cabe destacar que los recientes trabajos realizados por la doctrina nacional, el porcentaje de eficacia en la protección de dicho derecho es escaso, cuando una de las partes en el proceso es la Administración Pública.

¹⁰ Un reflejo de lo expuesto, lo constituyen los increíbles datos estadísticos reflejados en la obra conjunta de Antonio Canova y otros, *El TSJ al servicio de la Revolución –La toma, los números y los criterios del TSJ Venezolano (2004-2013)*, en la cual se deja constancia de manera dramática que entre los años 2003 y 2013, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, quien es la cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa, solo dictó 9 sentencias que acordaron un pleno restablecimiento que equivale a 0,75% y 42 sentencias con lugar y 67 parcialmente con lugar lo que equivale al 3,50% y 5,59% del total de demandas de nulidad, dicho dato se ve igualmente reflejados en las demandas patrimoniales ya que solo 7 fueron declaradas con lugar lo que equivale a un 1,92% y 82 sentencias parcialmente con lugar (22,58%), tales números son un reflejo de los inconvenientes anotados y que objetivamente reseñan las dificultades que implica la instauración de una demanda en el contencioso administrativo y el efectivo resarcimiento de los derechos constitucionales (Véase Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega y Giuseppe Graterol Stefanelli: *El TSJ al servicio de la Revolución –La toma, los números y los criterios del TSJ Venezolano (2004-2013)*, Editorial Galipán, 1014, pp. 121-179, 219-220).

¹¹ Jesús González Pérez: *La situación actual de la justicia administrativa*, citado por Martínez de Pinsón Aparicio, Íñigo; op. cit., p. 19-20.

En este sentido, debemos destacar una frase de Tomás Ramón Fernández cuando expresó que “... las deficiencias del sistema de ejecución de sentencias muchas veces no son producto de una mala legislación sino del escaso afán de los Tribunales por hacer cumplir sus decisiones”.¹²

Aquí, subyace uno de los principales problemas sino el principal entre muchos inconvenientes que se suscitan en el procedimiento contencioso administrativo a diferencia del proceso civil, donde el juez no repara en sus potestades y ejecuta la decisión dictada de la manera más expedita, conforme impulsen el proceso, en atención al principio de igualdad procesal, tal como se señala en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, el cual pareciera desaparecer dentro del contencioso administrativo, a pesar de que el mismo tiene una recepción constitucional en el propio artículo 21 del Texto Constitucional.

Así, se denota como lejos de encontrar una justificación unitaria en los privilegios de la Administración¹³, observamos que en la actualidad el problema central se patentiza en la falta de ejecución por parte de los órganos jurisdiccionales de los medios coercitivos que posee para el ejercicio de sus funciones; ya que si bien la Administración posee dichos privilegios los cuales deben ser reinterpretados sino anulados muchos de ellos, a la luz del derecho actual, la obligación de ejecutar las decisiones jurisdiccional

¹² Tomás Ramón Fernández: “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974, p. 151 y ss.

¹³ Al respecto, resulta relevante señalar que éstos –privilegios- fueron concebidos en un inicio como una defensa para asegurar y evitar el entorpecimiento de las funciones públicas realizadas por el Estado, en virtud de propender a la satisfacción y beneficio del conglomerado social sobre el individuo en sus actuaciones Adicional, sin embargo existe otra teoría expuesta por García de Enterría quien sostiene que existen ciertos privilegios que son más bien técnicas utilizadas por la Administración para el control de sus servidores, expresivas de la confianza que hacia éstos mantiene. (Vid. Ernesto Pedraz Penalva: *Privilegios de las Administración Públicas en el proceso civil*; Edit. Civitas, 1993, pp.104-106, parafraseando a E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*; Edit. Civitas 1988. p.592).

corresponde a los jueces tal como lo establece el artículo 253 del Texto Constitucional, cuando expresamente dispone: “... corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

Al respecto, es interesante destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha dicho reiteradamente no solo por los tribunales venezolanos sino por los extranjeros, no se agota en el ejercicio del derecho de acción, el ejercicio de las pruebas, la garantía al debido proceso, entre otras, sino fundamentalmente el derecho a la ejecución del fallo, ya que el sentido de excitar el ejercicio de los órganos jurisdiccionales no se garantiza de manera absoluta con el reconocimiento del derecho subjetivo invocado sino en la efectiva satisfacción de éste mediante la ejecución de los fallos.

En congruencia con lo expuesto, es ilustrativo señalar lo indicado por Jesús González Pérez sobre el despliegue de los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando expone:

“El derecho, por tanto, despliega sus efectos en tres momentos distintos:

- En el acceso a la Justicia.
- En el proceso ya iniciado.
- Y, una vez dictada sentencia, en el momento culminante de la ejecución y plena efectividad de los pronunciamientos¹⁴.

Así pues, poco sirve para una parte obtener el simple reconocimiento de un derecho en un juicio monitorio sino se puede ejecutar el mismo en el

¹⁴ Jesús González Pérez, op. cit., p. 59

proceso¹⁵ de la misma forma en que fue decidida, ya que es la ejecución de la sentencia la que culmina el último estado procesal de la tutela judicial efectiva¹⁶.

Al efecto, resulta interesante destacar la tesis expuesta por José Ignacio Morillo-Velarde Pérez¹⁷, cuando señala que la ejecución administrativa es clave desde dos perspectivas, a saber son: i) El derecho a la tutela judicial efectiva y la cláusula del Estado Social de Derecho, y ii) la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto de los Poderes Públicos.

En el caso Venezolano, resulta realmente interesante dado que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 2 consagra que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”, y dicha cláusula contempla dos valores fundamentales los cuales son la justicia y la igualdad, las cuales deben ser interpretadas a su vez con el principio de legalidad y el principio de responsabilidad, consagrado en el

¹⁵ En este mismo sentido, señala Jesús González Pérez que: “La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido” (Cfr. Jesús González Pérez, op. cit., p. 337).

¹⁶ Al efecto, cabe señalarse que la ejecución tratada en el presente proyecto se trata de la ejecución en su género, y no en cuanto a la especificidad de ésta y a la posibilidad de la ejecución *in natura* o subsidiaria, o el análisis sobre la temporalidad, los cuales no son elementos menores, en virtud de que cual distaste temporal o material entre la decisión y la ejecución no solo pueden menoscabar el derecho parcialmente sino que pueden hacer nugatoria el previo reconocimiento jurisdiccionalmente acordado.

¹⁷ Al efecto, véase José Ignacio Morillo-Velarde Pérez: “¿Es Procedente el Embargo de los Bienes de la Administración en Ejecución Forzosa de Sentencia Condenatoria recaída en Recurso Contencioso-Administrativo? (Comentario a la STC 67/1984, de 7 de junio)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 43, Julio-Septiembre 1984.

artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Este sometimiento pleno debe ser adminiculado con los poderes del juez contencioso administrativo –artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁸–, en virtud que el juez puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, y dentro de ella se encuentra efectivamente el deber de ejecución de sus fallos judiciales y la satisfacción y la protección no sólo de los derechos constitucionales del accionante sino la incolumidad del fallo y, el respecto del principio de autonomía y separación de los Poderes Públicos, de cumplir y hacer cumplir sus actos en el marco de la legalidad y constitucionalidad.

Dentro de este punto cabe acotar que si bien la ejecución debe ser *in natura*, ello no obsta para que puedan coexistir otros medios de ejecución subsidiaria, con el acuerdo de voluntad de las partes, lo cual excluye de inicio a que éste sea establecido de manera arbitraria por la Administración, ya que el juez contencioso administrativo como lo establece el artículo 259 del Texto Constitucional, tiene plenas facultades de disposición, a saber en una acción de abstención o carencia, en caso de que la Administración no dictar el acto correspondiente en el lapso indicado puede la sentencia substituirse en el acto y constituirse como un título habilitatorio.

¹⁸ Artículo 259.– La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condurar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Igualmente, cabe señalar que la omisión, la demora en la ejecución o la inejecución del fallo fundamentada en la existencia de privilegios y prerrogativas de los derechos constitucionales, implica una vulneración y supresión de un derecho constitucional, y la afectación del principio de supremacía constitucional, establecido en el artículo 7 del Texto Constitucional, cuando esta sea ejercida de manera arbitraria con la finalidad de eludir los efectos de la decisión jurisdiccional.

De esta manera, cabe reflexionar que la realidad debe anteponerse a la ficción y por ende protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva sin procederse a una afectación de su núcleo esencial¹⁹, ya que si bien existe un dislate entre las premisas argumentativas de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa y las conclusiones de las mismas, ello no obsta para que desde nuestro foro se busquen los mecanismos para lucha contra la inacción de los órganos jurisdiccionales, como es la ejecución provisional que permitiría acometer de una transitiva ese paso a la realidad y que las declaraciones judiciales no se constituyan en meros elementos filantrópicos que carecen de una eficacia en el proceso.

III. La ejecución provisional de las sentencias.

Debemos comenzar este capítulo, destacando que la obligación

¹⁹ Respecto al núcleo esencial de los derechos fundamentales y su contenido, cabe destacar sentencia de la Sala Constitucional n.º 403/2006, en la cual señaló: "En este sentido, se observa que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.

Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

constitucional de la ejecución de las sentencias por parte del Poder Judicial no deviene de una simple potestad sino de un auténtico deber constitucional que se adminicula con el derecho a la tutela judicial efectiva, en razón de ello, la ejecución de los fallos dictados contra la Administración Pública no puede someterse a los designios o a la voluntad dilatoria de la Administración sino al auténtico ejercicio de un derecho constitucional de la parte y un deber constitucional del Poder Judicial.

Esta conclusión se ve reforzada no solo con la cláusula expresa que expone “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”, sino que ella encuentra una imbricación en la interpretación de los principios y valores superiores establecidos en el orden constitucional, siendo el principio de seguridad jurídica uno de ellos.

En este sentido, resulta esclarecedora la Exposición de Motivos del Texto Constitucional, en la cual se le reconoce expresamente valor constitucional a la seguridad jurídica, cuando se expone:

“Todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la legitimidad jurídica necesarias para el funcionamiento de la sociedad democrática”.

De esta manera, la seguridad jurídica en el ámbito judicial se concibe en una expectativa de derecho en la obtención de una determinada decisión y que la misma sea cabalmente cumplida en los mismos términos en que fue sentenciada, por tal razón cualquier acto u omisión de la Administración Pública, el Poder Judicial o un tercero que impida el cumplimiento de la decisión, no solo afecta el

derecho a la tutela judicial efectiva sino que implica una confrontación una violación a la seguridad jurídica, debiendo recordar que tal valor, así como los principios y reglas constitucional se encuentran amparados y en un posición de supremacía respecto al resto del ordenamiento jurídico por el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁰.

El establecimiento del derecho a la ejecución de la sentencia, y a su deber constitucional por parte de los jueces constitucionales, derivado ello de los artículos 253 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conllevan de manera coetánea al examen de la ejecución provisional atendiendo a su naturaleza y como debe ser entendida ésta en el proceso, no sin antes hacer unas breves disquisiciones sobre la misma.

Así pues, el análisis de la ejecución provisional como su terminología lo expresa atiende a una medida temporal que no se constituye como una ejecución irreversible del fallo, ya que esta tiene como efecto una doble protección, en primer lugar para el solicitante-afectado, en el sentido de que este podrá obtener los efectos de la ejecución del fallo anticipados en el tiempo, es decir, antes de que el juicio culmine.

Tal formulación no debe verse como anómala o excepcional, ya que las apelaciones en un sólo efecto no suspenden los efectos del fallo de primera instancia y por ende pueden permiten la ejecución inmediata tales decisiones, si la parte así lo solicitare o en su defecto fuere ordenado por el tribunal respectivo, como sucede en la acción de amparo constitucional.

²⁰ El principio de supremacía constitucional, contenido en el artículo 7, reconoce al Texto Constitucional no solo un carácter de supremacía respecto al resto del ordenamiento jurídico, sino el abandono de la tesis de que la Constitución es una norma programática que requiere de un desarrollo ulterior, por la tesis de que es una norma de ejecución directa e inmediata. Al efecto, el mencionado artículo señala: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

Y en segundo lugar, tiene un efecto garantista para el ejecutado, dado que este no se encuentra suspendido en una indeterminación respecto al momento de la ejecución y a su vez ésta –ejecución provisional– puede estar garantizada con una caución si la misma pudiese generar un gravamen irreparable al ejecutado, garantía la cual no obtendría respecto de la ejecución definitiva por ser reconocido el derecho a favor del solicitante y solo restaría el imperativo deber de cumplimiento del fallo en los términos expuestos por la decisión.

En tales términos, la ejecución provisional lejos de considerarse un gravamen o la irrupción de una institución contradictoria con la ejecución de las sentencias, tienen una finalidad garantista del derecho a la ejecución y de que el objeto de la ejecución no desaparezca en el tiempo o deba ser sustituida la ejecución *in natura*²¹ por una ejecución subsidiaria, la cual si bien no se encuentra prohibida y está expresamente consagrada en el Código de Procedimiento Civil, su aplicación es posible si así lo ha determinado el juez dado la imposibilidad de la primera.

²¹ Igualmente, es conveniente referir que el pronunciamiento sobre la ejecución *in natura del fallo* o la ejecución subsidiaria, en primer lugar, es una potestad exclusiva del Tribunal competente de la ejecución ya que la regla es la primera de ellas, mientras que la segunda es la excepción que no solo requiere de una solicitud y un convenimiento de las partes, sino que sumado a lo anterior debe prevenir una motivación justificada del fallo sobre una ejecución parcial o alternativa, tal como así lo ha entendido el legislador, siempre que esta –*in natura*– sea sustituida por razones atendibles a las establecidas en el ordenamiento jurídico (Vid. Artículos 527, 529, 530 y 531 del Código de Procedimiento Civil), sin embargo, en dichos supuestos la ejecución alternativa, siempre es supletoria, por supuestos previamente establecidos o cuando haya existido un previo acuerdo de voluntad entre las partes (ex artículo 525 del Código de Procedimiento Civil) asegurando por lo tanto el legislador, la ejecución *in natura del fallo* jurisdiccional previamente producido, de manera de garantizar la dualidad de procesos -cognoscitivo y ejecutivo- y las garantías constitucionales como elementos constitucionales del derecho de acción, en virtud que es el derecho a la ejecución de las sentencias, el fin último del derecho a la tutela judicial, como mecanismo de medición de la efectividad de una correcta administración de justicia, y como oposición a que la ineficacia de un derecho que se circunscriba a una mera declaración de intención carente de alcance práctico que propendería los mecanismos de autotutela de los particulares al no ver satisfechos la consagración de sus derechos e intereses jurisdiccionalmente tutelables (artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como consecuencia de ello, se garantiza un contrapeso a dicho ejercicio y al poder de los jueces ejecutores, los cuales pueden hacer uso de la fuerza pública si fuese necesario (Vid. Artículo 528 del Código de Procedimiento Civil, artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de manera de evitar un fraude a la justicia y a las posibles contradicciones o actuaciones arbitrarias, lo cual es cónsono con el principio de la seguridad jurídica de la contraparte, en el sentido de que conoce de antemano cuales son los límites de la ejecución y el grado de incidencia que tiene ésta en su patrimonio.

Determinadas estas breves consideraciones preliminares, cabría seguidamente preguntarse cuál es el fundamento legal para ello, y cuáles son los requisitos de procedencia para determinar la resolución de la ejecución provisional del fallo y en consecuencia, bajo cuales supuestos resulta el otorgamiento de ésta.

En primer lugar, se aprecia que la posibilidad de la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativas tienen su fundamento en el propio texto constitucional, tal como se ha expuesto precedentemente, a lo cual de manera individualizada cabe señalar i) el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 26 del Texto Constitucional, ii) el derecho a la ejecución de las sentencias, contenido en el artículo 253 *eiusdem* y iii) finalmente en el artículo 259 *eiusdem*, que establecen los poderes del juez contencioso administrativo.

De tal manera, podemos desmembrar los argumentos individualizados de cada uno, en los siguientes términos:

- i. Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- se aprecia que este derecho comprende el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales y a “obtener con prontitud sus decisiones judiciales”, esta prontitud no solo abarca la emisión de la decisión sino la efectiva ejecución de la misma, ya que el derecho no se garantiza únicamente con el dictamen sino con la restitución del derecho o el reconocimiento del mismo, por lo que, de una interpretación progresiva cabe afirmar que el derecho a la ejecución provisional de las sentencias es necesaria en ciertos supuestos para la restitución de

los derechos, dado que la espera del transcurso definitivo del proceso puede hacer nugatorio los derechos constitucionales protegidos con la decisión de primera instancia²².

- ii. Asimismo, en relación al derecho a la ejecución de sentencias en su especificidad, está contemplado en el artículo 253 del Texto Constitucional, como una conducta imperativa del Poder Judicial cuando señala que este debe "... ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias", esta disposición si bien pudiera atender a la ejecución de sentencias firmes cabe señalar que pueden ser ejecuciones anticipadas del fallo cuando la apelación no tenga un efecto suspensivo o sea acordada esta de manera provisional mediante una medida cautelar, por lo que en tales supuestos el juez tiene un imperativo constitucional de ejecutar sus fallos, más aun cuando puedan subsistir razones de necesidad o de urgencia que deba valorar en su justa medida previa a la resolución estimatoria de la pretensión de ejecución, más aun cuando la propia norma no establece una limitación a que dichas sentencias sean firmes.
- iii. Por último, cabe señalar a grandes rasgos el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sin antes aclarar que el fundamento constitucional conforme a lo mencionado *ut-supra* se origina en la consagración de la República como un Estado de Derecho y de Justicia, y en el principio de seguridad jurídica, en virtud que el mencionado artículo consagra los plenos y efectos poderes de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando

²² Al efecto, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es claro en su contenido cuando señala que el Estado garantizará una justicia sin dilaciones indebidas, tal condicionante debe ser interpretado conjuntamente con el derecho a la ejecución del fallo, ya que la no adopción de las medidas necesarias para garantizar la ejecución efectiva del fallo, dentro de la cual cabe inscribir la ejecución provisional de este haría nugatoria la subsistencia de dicho derecho. En una opinión favorable, cabe referir lo expuesto por Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins, en su obra Ejecución de Sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo e Inembargabilidad de los Bienes Públicos quienes señalan que: "La falta de adopción de medidas o la tardanza en llevarlas a efecto que supongan una demora en la ejecución del fallo judicial, puede suponer que además de infringir el derecho a la tutela judicial en su manifestación del derecho a la ejecución de las sentencias, se pueda incurrir, asimismo, en la vulneración derecho al proceso sin dilaciones indebidas" (Cfr. Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins, Ejecución de Sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo e Inembargabilidad de los Bienes Públicos, Edit. Lex Nova, 2007, p. 133).

no solo se señala su competencia sino que se indica expresamente que los tribunales contencioso administrativos pueden "... disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". En consecuencia, el mecanismo de la ejecución provisional de las sentencias contencioso es perfectamente reconocible como una medida necesaria que pretende garantizar el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas, ya que para poder procederse a la ejecución debe existir como condición necesaria e indispensable un pronunciamiento previo que haya declarado la lesividad de los actos o de las omisiones de la Administración Pública.

Como breve acápite de esta fundamentación y la constitucionalización del contencioso administrativo, así como de la interpretación progresiva a la que debe ser sometida la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conviene citar la reflexión señalada por Allan Brewer Carías quien expone:

"... un sistema de Jurisdicción Contencioso Administrativa no es sólo una construcción abstracta destinada a la satisfacción intelectual de sus autores, sino que está destinado a la satisfacción de las exigencias de la cláusula constitucional del Estado de Derecho y de Justicia.

Por otra parte, la existencia de un escrutinio permanente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa no deja de producir efectos positivos, en la medida en que se constriñe al juez administrativo a consolidar o restablecer una legitimidad que se le cuestiona, a justificar en actos su propia existencia, dar pruebas de su real independencia y procurarse por la eficacia de la justicia que administra..."²³.

²³ Al efecto, consúltese Allan R. Brewer Carias, "Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso Administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y

Esta reflexión con la consecuente fundamentación constitucional habilitan la procedencia de la ejecución provisional de las sentencias, sin embargo, cabe añadir, la fundamentación legal que habilita su ejercicio y su reflexión sobre la necesidad de su instauración efectiva, no sólo como un mecanismo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica sino como una sublevación del principio de independencia del juez respecto a la Administración Pública, constituyéndose de esta forma en un garante de un autentico control subjetivo de la jurisdicción.

En atención a ello, cabe señalar las diferentes normas contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en su conjunto permitirían su admisibilidad en nuestro sistema, comenzando por el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual contempla los principios de actuación de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, los cuales a saber son: i) justicia gratuita, ii) accesibilidad, iii) imparcialidad, iv) idoneidad, v) transparencia, vi) autonomía, vii) independencia, viii) responsabilidad, ix) brevedad, x) oralidad, xi) publicidad, xii) gratuidad, xiii) celeridad e xiv) inmediación.

En este punto, cabe resaltar tres principios de los catorce señalados que son la idoneidad, la brevedad y la celeridad, ello en virtud que el proceso contencioso administrativo debe ser idóneo para la satisfacción de los derechos constitucionales de las partes, es decir que las medidas sean capaces de contribuir a la eficacia del proceso y, dentro de este punto, cabe prestar especial atención al derecho a la tutela judicial efectiva.

contencioso administrativos (1976-2011)", en *El contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídico Venezolana, 2011, p. 90.

Por otra parte, cabe señalar preliminarmente que la celeridad o la brevedad, no deben entenderse como un sacrificio un menoscabo de la justicia y la protección de los derechos de la contraparte mediante la supresión de fases sino que ante la existencia de una decisión judicial pueda el particular requerir la ejecución provisional de esta ante la infructuosidad de la protección de sus derechos constitucionales aduciendo de manera motivada los fundamentos que justifican la petición (vgr. Ejecución de una decisión que acuerda la nulidad en primera instancia de una orden de demolición en materia urbanística, o la ejecución de una sentencia que acuerda un beneficio de jubilación de un ciudadanos que carezca de recursos o presente una situación delicada de salud que amerite la protección inmediata de su derecho constitucional a la salud).

De esta forma, la celeridad y la brevedad son coetáneas y necesarias para garantizar la idoneidad y la protección del derecho a la tutela judicial efectiva u otros derechos, dado que la procedencia de la misma no se funda solo en una probabilidad de la afectación de sus derechos constitucionales sino en un juicio efectivo de procedencia de la afectación de su esfera jurídica, por lo que existe como bien se expondrá una protección reforzada no solo para el juez de acordar la misma sino de las partes por los presuntos perjuicios que se deriven de la ejecución.

Cabe de igual manera resaltar, que acogiéndonos a la teoría de la vinculación positiva, el juez contencioso administrativo aun cuando no contenga una norma expresa que establezca la ejecución provisional, como existe en el sistema jurídico español, es de señalar que el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, expresamente señala que:

“El Juez Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aun de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la satisfacción fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa”.

Del contenido de esta norma capital para la fundamentación de la posibilidad de la ejecución provisional de las decisiones, cabe señalar en primer lugar, que el legislador no limitó los poderes del juez contencioso para sus potestades cautelares sino que por el contrario indica expresamente que posee las “más amplias potestades cautelares”; asimismo, no establece un catálogo expreso de medidas que niegan la existencia de su procedencia o una prohibición que límite su posibilidad y por último, se establece la facultad para que aun de oficio pueda acordar las medidas necesarias para la satisfacción práctica concreta, en razón de lo cual, el análisis no derivaría desde la posibilidad de su solicitud, ya que ella tiene su fundamento no solo en las propias normas constitucionales –artículos 7, 26, 49, 253, 257 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- sino también en los principios legales que habilitan al juez contencioso administrativo para suministrar la tutela que considere conveniente para la protección de los derechos de las partes.

Asimismo, cabe argumentar sobre la existencia de la misma, el propio artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; que señala los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, ya que en estas se establecen a grandes rasgos que “... podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la

apariencia de buen derecho (...) siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

En este caso, es de destacar que la solicitud de ejecución provisional no prejuzga sobre el fondo de la causa –alzada– sino que por el contrario se funda en la decisión definitiva de primera instancia, es decir el examen no vacía de contenido la acción sino que esta se fundamenta en una valoración previa dictada por otro juez competente para la resolución del proceso en primera instancia, y como tal su procedencia se basa en una protección reforzada que se constituye no ya en una apariencia de buen derecho sino la declaración efectiva de la existencia y la consecuente violación de los derechos invocados.

Finalmente, cabe señalar que las propias disposiciones sobre la “Ejecución de la Sentencia” contenidas en los artículos 107 al 111 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales al igual que el artículo 253 del Texto Constitucional, no niegan en principio la existencia de la ejecución provisional de la sentencia, lo cual constituye una razón fundamental para su admisibilidad, salvo que los ejecutados sean los institutos autónomos, entes públicos o empresas en las cuales tengan participación decisiva, en cuyo caso el artículo 109 *eiusdem*, si establece un categórico que es el carácter definitivamente firme de la sentencia; sin embargo en los demás supuestos no existe una restricción ya que el artículo 107 *eiusdem*, no señala tal limitación cuando expone “La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal”, por lo que, al no establecerse una limitación salvo los supuestos señalados en el propio artículo 109, la parte podrán peticionar la misma y el acordar ésta de constatarse los presupuestos de procedencia.

Asimismo, cabe destacar la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1124/2000, en la cual si bien no efectuó un pronunciamiento sobre el alcance de la ejecución provisional o su aplicación dentro de una determinada competencia, es de resaltar que la misma estableció expresamente el derecho a la ejecución provisional es parte del sistema constitucional, cuando en sentencia de la Sala, se señaló que: "... el derecho constitucional al debido proceso comprende el derecho a la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia...".

IV. Naturaleza Jurídica.

Vista la admisibilidad constitucional, legal y jurisprudencial de la ejecución provisional, cabe seguidamente acometer el estudio de la naturaleza jurídica, ante lo cual debemos hacer una breve reflexión desde dos aspectos, en primer lugar, determinar si la naturaleza es administrativa o judicial, y en segundo lugar, determinar que naturaleza tienen los fallos que acuerden la ejecución provisional de la sentencia.

En atención a ello, se observa que el primer cuestionamiento no admite cuestionamiento dentro del derecho patrio, dado que conforme el artículo 253 del Texto Constitucional así como de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe concluir que la naturaleza de la ejecución de sentencia es jurisdiccional y no administrativa. Al efecto, el primero de los artículos dispone:

"La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias...”.

La mencionada disposición es clarificadora al establecer que es una función propiamente jurisdiccional del Poder Judicial y no una potestad discrecional de la Administración, por ende su cumplimiento es imperativo no solo en cuanto al ejercicio de las facultades jurisdiccionales sino en los poderes de sustitución del juez –artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela– si la Administración no cumple con dicha sentencia²⁴.

Otro argumento a favor de la judicialización de la naturaleza de la ejecución deriva en que la omisión de cumplimiento del fallo o la reedición de un acto, no es consecuencial al ejercicio de un nueva acción contencioso administrativa sino producto de una incidencia en el procedimiento de ejecución de sentencia, dado su carácter imperativo y necesario y, no voluntario por parte de la administración.

Partiendo en consecuencia, de la judicialización de la ejecución, cabe referir que la discusión sobre la naturaleza jurídica de la ejecución provisional de la sentencia, no resulta una discusión etérea sino por el contrario, nos permite establecer unos parámetros necesarios para entender y determinar con precisión la regulación y el procedimiento que deben ser aplicadas a la misma.

²⁴ Respecto a dicha controversia, cabe señalar que en su momento la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, así como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunciaron sobre los poderes ejecutivos del juez contencioso administrativo cuando se pronunciaron sobre la constitucionalidad del artículo 79 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, al pretender la norma limitar los poderes del juez contencioso administrativo, en este sentido, cabe referir las sentencias nros. 558/2003, 2507/2003 y 695/2007, entre otras.

Incluso en legislaciones como la Española, donde existe una norma expresa donde se contempla la existencia de la ejecución provisional no existe una uniformidad en cuanto a su naturaleza²⁵, la cual en su estudio en el derecho venezolano, la hemos dividido en tres, que a saber son: i) ejecución anticipada, ii) naturaleza cautelar y finalmente iii) una teoría mixta.

iv.i) Ejecución anticipada del fondo.

La ejecución anticipada del fallo²⁶ conlleva a admitir que la ejecución provisional es una auténtica medida ejecutiva la cual se inicia antes de que la sentencia adquiera firmeza, no obstante, respecto a dicha medida cabe señalar que a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se estableció una norma expresa que atribuyera tal facultad, aunque como se expuso previamente en los fundamentos jurídicos no niega su existencia, sino que por el contrario de una interpretación hermenéutica de la norma conlleva afirmar la posibilidad de solicitud de aquella.

No obstante lo anterior, se aprecia que la ejecución anticipada del fallo se encuentra plenamente acogida en la ejecución de las decisiones sometidas a la apelación en un solo efecto, ya que en dichos supuestos la

²⁵ Cabe destacar en este aspecto que la doctrina española no es uniforme al respecto, así pues, mientras Iñigo Martínez de Pinsón afirma que la ejecución provisional tiene naturaleza cautelar, Lluís Caballol Angelats expone que esta es una medida ejecutiva. A dicha discusión también se suman otras opiniones como Chiovenda, Calamandrei, Costa y Forno quienes afirman que esta es una medida cautelar, en razón de ello, se recomienda para un estudio más extenso de la doctrina comparada deben destacarse los trabajos de Lluís Caballol Angelats: *La Ejecución Provisional en el Proceso Civil*, J.M. Bosch Editor, 1993, pp. 83-103, así como Iñigo Martínez de Pinsón Aparicio: *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 59-60).

²⁶ Cabe destacar que si bien puede existir una discusión sobre cuál es la terminología correcta sobre la ejecución provisional en cuanto a la decisión y a los efectos, conviene en la presente oportunidad suscribir en cuanto a los efectos se refiere a la ejecución anticipada propuesta por Lancelotti y Fenech, reseñados por Lluís Caballol Angelats, op. cit., p. 60; ya que realmente lo que se pretende con la ejecución provisional es la anticipación de los efectos del fallos, pero de manera provisional, como se señalará cuando se aborde el estudio de la teoría mixta.

apelación no tiene un efecto suspensivo y en tales casos, si existe una ejecución anticipada, en aras de propender a una protección inmediata de las violaciones constitucionales constatadas como ocurre en el caso de la acción de amparo constitucional, o en los supuestos señalados en los artículos 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativas, los cuales son:

1. Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos.
2. Vías de hecho.
3. Abstención.

Fuera de estos supuestos, la apelación tiene un efecto suspensivo, por lo que no podríamos afirmar dentro del contencioso administrativo venezolano que se trate de una medida ejecutiva, ya que para fundamentar su existencia es necesario que la sentencia no pueda ser ejecutada de manera inmediata sino que tenga que ser solicitada su ejecución provisional.

iv.ii) Medida cautelar.

Ante ello, surge como contraposición la teoría de la medida cautelar, ya que el juez para determinar su procedencia debe analizar una serie de requisitos que la equiparan a ésta, en cuanto al análisis previo y posterior motivación de los efectos que esta pueda causar, y al carácter de reversibilidad de la medida acordada.

En el caso venezolano, podría perfectamente adoptarse esta teoría ya que al no estar establecido un procedimiento específico, la norma que faculta su procedencia puede encontrarse encuadrada no solo en los artículos 26, 253, 257 y 259 del Texto Constitucional sino a su vez, en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Por ende, si bien como se afirma en el presente trabajo, nos adscribimos plenamente que las normas procedimentales que autorizarían su ejercicio sería una autentica tutela cautelar, que se fundamenta en una protección reforzada derivada de una declaratoria judicial estimatoria de la pretensión y la necesaria urgencia en la protección anticipada y provisional de la ejecución de la sentencia contencioso administrativa, no es menos cierto que el efecto suspensivo de la apelación hace reflexionar en cuanto a los efectos de la revocatoria o confirmatoria de la apelación sobre la medida cautelar, por la pendencia de un proceso principal, ya que en la ejecución provisional existe una homogeneidad entre la pretensión de condena acordada y la pretensión de ejecución provisional que harían reflexionar sobre si, ciertamente, podríamos afirmar que esta es una tutela cautelar.

En relación a ello, la Sala Político Administrativa mediante decisión n.º 362/2014, ha señalado que: “Lo expresado tiene estrecha vinculación con dos de las características más importantes de toda pretensión cautelar, a saber: la instrumentalidad y la homogeneidad. Así, mientras la instrumentalidad se refiere a que la medida que se dicte con ocasión a un proceso o juicio principal, esté destinada a asegurar un resultado (por lo que sólo debe dictarse cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en consideración las circunstancias del caso); la homogeneidad alude a que dicha pretensión cautelar, si bien debe tender a

garantizar la futura ejecución de la sentencia, no debe ser idéntica a la pretensión principal, puesto que de evidenciarse esa identificación con el derecho sustantivo reclamado, se incurría en la ejecución adelantada de la sentencia de mérito y así la medida en vez de cautelar o preventiva sería ejecutiva”.

En este orden de ideas, si bien consideramos que tanto los requisitos de procedencia como el procedimiento aplicable para su tramitación y oposición debe ser el establecido por las medidas cautelares, sin que ello, obste para que la Sala Político Administrativa en el ejercicio de sus facultades pueda establecer un procedimiento especial, conforme a lo señalado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁷; es de destacar que su examen atiende al estudio de los efectos de la decisión de la apelación.

iv.iii) Teoría mixta.

Ante tal cuestionamiento, cabe señalar que si bien existen algunas diferencias entre la naturaleza cautelar y ejecutiva de la ejecución provisional, en nuestro sistema es necesario una integración de las mismas, al no haber sido regulado expresamente su figura así como en atención a los efectos de la decisión y de los derechos de la contraparte en el proceso.

²⁷ Artículo 31.—Trámite procesal de las demandas. Las demandas ejercidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tramitarán conforme a lo previsto en esta Ley; supletoriamente, se aplicarán las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil. Cuando el ordenamiento jurídico no contemple un procedimiento especial, el Juez o Jueza podrá aplicar el que considere más conveniente para la realización de la justicia.

Por tal motivo, cabe señalar que si bien ostenta el carácter de temporalidad con la tutelar cautelar y no con la ejecución anticipada del fallo, es de resaltar los efectos de la decisión revocatoria, tienen una incidencia inmediata, en virtud que declarada la procedencia de la apelación y la revocatoria de la sentencia ejecutada provisionalmente, la situación jurídica de la ejecución se retrotrae en sus efectos al momento previo a aquella.

Sin embargo, si la sentencia es confirmatoria y la ejecución provisional es una ejecución *in natura*, existe una plena identidad entre ambas pretensiones, lo que excluye como se señaló precedente el elemento homogeneidad de las medidas cautelares, en consecuencia, en este supuesto, operó temporalmente y se constituyó mediante una posterior declaratoria judicial, dejando de ser sus efectos provisionales para considerarse en constitutivos.

Tal escenario, nos permite reflexionar efectivamente sobre la naturaleza de la mencionada medida, la cual tiene elementos de ambas y su análisis como su tramitación corresponde a la tutela cautelar, sin embargo si se atiende a la finalidad y a los efectos en nuestro sistema presenta el carácter de ser una medida ejecutiva aunque provisional, en atención a la temporalidad de esta en el tiempo hasta la decisión de alzada; por lo que podemos concluir que es una medida ejecutiva que se fundamenta en una sentencia sometida a una condición suspensiva, constituida por la decisión de alzada.

En atención a los fundamentos expuestos, consideramos que en nuestro derecho, debemos adscribirnos a una teoría mixta, ya que si bien se solicita y se acuerda como una tutela cautelar, su ejecución y homogeneidad

con la sentencia le otorgan el carácter de una medida ejecutiva sometida a una condición suspensiva.

V. Legitimación.

Determinada la admisibilidad de poder solicitar la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativo, cabe inmediatamente reflexionar sobre quién es el sujeto procesal que puede solicitar la misma.

En efecto, sobre este punto coexiste una plena identidad con las medidas cautelares es la condenatoria acordada en la sentencia objeto de ejecución, ya que, la legitimación activa la tiene la parte gananciosa de la sentencia quien es la que ostenta a su vez un interés jurídico actual en peticionar la misma y obtener la ejecución de esta en el proceso, tal como establece el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al efecto, el precitado artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, señala:

“Artículo 524 Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el Tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia”.

En consecuencia, el derecho para la solicitud de ejecución provisional de la sentencia contenciosa administrativa, le asiste a la parte gananciosa en primera instancia, dado que la ejecución provisional al igual que ocurre respecto a la decisión definitiva recae sobre la parte perdidosa del proceso, la cual es la parte compelida a la ejecución voluntaria del fallo.

Asimismo, cabe destacar que en esta diatriba procesal subsiste un autentico conflicto entre las partes por la primacía del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que en el fondo como se expondrá más adelante, mientras una invoca el derecho a la ejecución de la decisión a través de su ejecución provisional, la otra peticiona el derecho a la defensa y no la ejecución del fallo, cuando la apelación tenga un efecto suspensivo a través de la interposición de los medios impugnativos, por lo que, en consecuencia, la legitimación para solicitar la ejecución provisional la tiene la parte gananciosa de la sentencia de primera instancia, lo cual no niega la posibilidad de que el ejecutado a través de la oposición en la ejecución o a través de una solicitud cautelar de suspensión de efectos puedan revertir o enervar los efectos de la ejecución provisional.

VI. Órgano jurisdiccional competente.

Sobre este punto, cabe hacer una disquisición, diferenciando claramente entre el órgano jurisdiccional competente para la ejecución y el órgano jurisdiccional competente para la estimación de la ejecución, lo cual atiende principalmente a la competencia decisoria de uno y a la competencia expresa derivada de la interpretación concatenada de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y del Código de Procedimiento Civil.

vi.i)Tribunal *ad quo*.

La referida disquisición debe ser apreciada desde este primer supuesto, que es la competencia del juez *ad quo* para decretar la ejecución provisional; en este sentido, cabe señalar que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta de aplicación supletoria al proceso contencioso administrativo, conforme a lo señalado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se establece que aquel –juez- luego de emitida la sentencia carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto.

Al efecto, el referido artículo 252 *eiusdem*, dispone:

“Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado. Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”.

En este orden de ideas, se aprecia que luego de haber emitido la sentencia de primera instancia el juez carece de competencia para pronunciarse sobre la procedencia de la ejecución provisional del fallo, ya que ejercido los medios impugnativos los autos pasan al Tribunal *ad quem*, quien sería el competente para pronunciarse sobre la procedencia de la medida solicitada.

Tal conclusión resulta reforzada del contenido del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que señala: “Admitida la apelación, el juzgado que dictó la sentencia remitirá inmediatamente el expediente al tribunal de alzada...”, ya que de admitir la tesis contraria de una interpretación normativa, es decir, sin una norma que atribuya su competencia de manera expresa, estaríamos admitiendo que podría existir una dualidad de competencias en el mismo caso (c_1), por dos jueces distintos (j_1-j_2) en función de sus actuaciones, ya que, habiéndose ejercido el recurso de apelación el tribunal competente para conocer y decidir la misma sería el tribunal *ad quem*, es decir el juez de apelación (j_2), sin embargo si la parte gananciosa solicitará la ejecución provisional de admitirse la tesis del juez *ad quo*, sería el juez que dictó la sentencia el competente para conocer la misma (j_1).

Tal dislate procesal, podría ocasionar que tendría que sustanciarse en un cuaderno separado la ejecución provisional ante el juez de primera instancia (j_1) mientras que subirían las actas de la apelación contra la sentencia emitida al juez de alzada (j_2), lo que conllevaría a crear una situación de inseguridad jurídica y de disgregación de la causa ante dos tribunales diferentes en grado.

Los inconvenientes anotados no solo encuentran una dificultad práctica e instrumental sino jurídica, la cual se encuentra constatada en los artículos 252 del Código de Procedimiento Civil y 90 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como se señaló anteriormente.

vi.ii) Tribunal *ad quem*.

Congruente con lo señalado, muy personalmente nos inclinamos por que la competencia para conocer de la ejecución provisional recaiga en el tribunal *ad quem*, no solo porque existe una incompetencia material del tribunal *ad quo* (j_1), sino que aunado a ello, existe una razón de conveniencia de que sea el tribunal de alzada, el que conozca en su integridad la causa, en virtud que tal competencia resultaría reforzada en la constatación de los principios de celeridad e inmediación del tribunal *ad quem* (j_2), al concentrar la competencia para decidir previamente la ejecución provisional y el fondo de la causa, de estimar un efectivo daño en la dilación de la ejecución del fallo de primera instancia.

Determinada la competencia para conocer de la procedencia de la ejecución provisional, debemos diferenciarla inmediatamente de la competencia para conocer de la efectiva ejecución del fallo, ya que esta le corresponde al juez de primera instancia tal como fue dictada y en atención a lo señalado en el propio artículo 107 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este punto, cabe hacer un acápite excepcional de la ejecución de los fallos cuya apelación no tenga el efecto suspensivo, ya que en estos se concentra la ejecución en el tribunal *ad quo*, dado que el ejercicio de los recursos no suspende la ejecución de la decisión y la imperatividad constitucional de su ejecución recae en el propio tribunal sin que dentro de este se encuentre un juicio cognoscitivo de la causa, como si lo amerita la procedencia de la ejecución provisional, en razón de lo cual, se advierte que en este supuesto estamos en presencia de una ejecución anticipada del fallo

y no de una ejecución provisional²⁸ –, salvo que contra el fallo judicial sea peticionada alguna medida cautelar que pretenda la suspensión de ella, es decir que la sentencia objeto de ejecución anticipada sea suspendida por una tutela cautelar²⁹.

VII. Requisitos de procedencia.

Los requisitos de procedencia para acordar la ejecución provisional al ser peticionados como una medida cautelar, van a ser similares en cierto grado a los de dichas medidas, no obstante como se ha reseñado anteriormente, tienen una protección reforzada fundamentada en la decisión de primera instancia que habilita la precedente solicitud.

Estos requisitos no responden a un análisis objetivo, ya que la ejecución provisional aun cuando se deriva de una protección previa del derecho de ejecución ulterior, responden a un elemento casuístico que debe atender a las circunstancias de cada caso en particular, y a la reparabilidad o irreparabilidad que puede ocasionar la ejecución provisional, ya que esta puede ser decretada o no en función de éstos y a la necesidad de protección y el grado de entidad de los derechos involucrados³⁰.

²⁸ Es conveniente reiterar que la ejecución provisional por su naturaleza implica que la apelación tenga el efecto devolutivo, es decir solo se contempla la existencia de la misma cuando el ejercicio del recurso de apelación suspende los efectos de la decisión de primera instancia.

²⁹ Este escenario, que excede de los objetivos planteados en el presente trabajo, y en el cual contempla la coexistencia de la ejecución provisional y una medida cautelar que pretenda la suspensión de los efectos de la primera, se encuentra perfectamente tratado por Mariano Bacigalupo: *La Nueva Tutelar Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Marcial Pons, 1999, pp. 199-203.

³⁰ Sobre tal aspecto, cabe reseñar los diferentes extractos de la jurisprudencia extranjera –Española- que ha considerado que el derecho a la ejecución no es un derecho absoluto, y por ende el derecho a la ejecución provisional, ya que el "... derecho a la ejecución provisional de las sentencias, hemos afirmado que no se trata de un derecho absoluto, pues ni siquiera el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes –directamente derivado del artículo 24.1 CE (Constitución Española)- se presenta como un derecho absoluto –como, por otra parte, no lo es ningún derecho fundamental (STC 105/1997, de 2 de junio, FJ 4)-. Habiendo admitido al respecto este Tribunal que el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre que sean razonables y proporcionales respecto de fines constitucionalmente lícitos para el legislador (SSTC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5; 113/1989, de 22 de junio, FJ 3; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3; 176/2001, de 17 de

De esta forma, si bien puede admitirse el cuestionamiento de un derecho absoluto del derecho a la ejecución, por cuanto admite la ejecución subsidiaria del fallo ante su imposibilidad, es de referir como se ha tratado de exponer en el presente trabajo, que el derecho a la ejecución provisional, es una derivación del primero de estos, y que tiene como objeto evitar, de manera anticipada, los daños que puede ocasionar una dilación en la ejecución del fallo, como contrapeso a la dilación que puede suscitarse en el procedimiento.

En este punto, cabe señalar que el elemento tiempo es un factor fundamental no solo en la pretensión de la solicitud de ejecución provisional sino en el razonamiento judicial, ya que sobre este factor se determinara la eficacia de la tutela judicial obtenida en el marco de una determinada decisión judicial. Ante ello, debe destacar los vicios de la Administración y la utilización del proceso como un mecanismo dilatorio, cabe destacar la reflexión expuesta por el Profesor Antonio Canova, quien señala:

"Para nadie es un secreto que el proceso, como está planteado en la actualidad, sirve en buena parte de los casos como instrumento de la injusticia. Es utilizado inescrupulosamente por muchos accionantes que sólo esperan molestar y angustiar a sus oponentes y, a la vez, de él se valen muchos demandados, quienes ante una justa pretensión de su acreedor, sólo buscan extender y mantener viva por un tiempo mayor -aquél que dure el proceso- su situación de ilegalidad.

Favorece el proceso, en gran cantidad de veces, en efecto, a quienes han infringido el orden jurídico, a los deudores, sean de buena o, inclusive, de mala fe, ya que, pese a ello, pueden valerse del proceso y gozar del tiempo que dure el mismo -que por lo demás se esfuerzan en alargar, abusando claramente del derecho

septiembre, FJ 2)". (Cfr. José Garberi Llobregat. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Bosch, 2008, p. 223).

y burlándose de la administración de justicia- para mantener su estado de ilegalidad, en perjuicio de los derechos de la contraparte, de la víctima, que, siempre, debido al principio de "paz jurídica", debe esperar el reconocimiento judicial de aquéllos”³¹.

En similar consideración, el trabajo de García de Enterría³² ya avizoró tal problema a principios de los años noventa cuando señaló que:

“En un enorme número de casos, pues (yo me permito creer que quizá en la mayoría), el proceso se ha convertido en un instrumento de la injusticia, no de la justicia, aunque la expresión pueda sonar extrañamente. Es una perversión del sistema procesal, sin duda alguna.

Si recordamos ahora el principio proclamado por la máxima instancia judicial europea, es evidente que en nuestra patria dicho principio se encuentra en una escandalosa situación. Quien tiene razón suele estar gravado con penosísimas cargas procesales que perjudican con normalidad a su derecho y que favorecen correlativamente y de manera sustancial al deudor de mala fe o al incumplidor doloso de sus deberes. La duración excesiva de los procesos perjudica prácticamente siempre a quien tiene la razón”.

El tiempo no solo obra en la seguridad jurídica y en el retardo insostenible e injustificable del proceso sino que, hoy en día, toca en mayor medida el aspecto económico en atención a la derivada y continua crisis inflacionaria que acomete nuestro país, donde los justiciables no solo estiman la probabilidad de éxito en la demanda sino en el perjuicio económico de la demanda y la posibilidad de recuperar la inversión o la deuda acometida en el tiempo, con miras a posibles “arreglos” sobre el monto total pero una ganancia sobre el valor del dinero en la actualidad (vgr. Arreglo amigable vs. La tramitación de un juicio expropiatorio).

³¹ Antonio Canova González: “Una revolución en la concepción del proceso: la efectividad de la tutela y el principio de que no afecten a quien tiene la razón”, *Revista del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal* N° 1, enero-junio de 1999.

³² Eduardo García de Enterría: “La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares”, en *La Batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1992

No obstante lo anterior, y sumado al elemento tiempo cabe destacar que el elemento ponderativo que debe efectuar el juez contencioso administrativa para establecer su procedencia, en virtud que aun habiendo reunido los subsecuentes requisitos de procedencia, el examen de proporcionalidad del juez debe atender a los bienes y derechos constitucionalmente amenazados y a la necesidad y urgencia en su protección, salvo que la protección de aquellos pueda crear a su vez situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o de difícil reparación.

En este punto, debe destacarse lo expuesto por Garberi Llobregat, quien comentando la decisión del Tribunal Constitucional Español, y cuyas consideraciones podemos perfectamente trasladar al examen de proporcionalidad que debe efectuar el juez contencioso administrativa, indicó que:

“En tales supuestos hemos dicho que corresponde al Tribunal determinar, en atención a las circunstancias del caso, si el efecto obstativo de la ley sobre la ejecución de la sentencia puede encontrar o no justificación en una razón atendible, esto es, teniendo en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos. Y si la respuesta fuere afirmativa le compete ponderar, en segundo término, si el sacrificio del pronunciamiento contenido en el fallo guarda la debida proporción entre los intereses protegidos y en colisión o, por el contrario, resulta inútil, va más allá de lo necesario o implica un manifiesto desequilibrio o desproporción entre los intereses en juego. Fiscalización de la constitucionalidad de la ley mediante una ponderación de bienes e intereses en conflicto que ha de ser particularmente estricta para excluir, cuando la desproporción no sea manifiesta, que el legislador vaya más allá de sus legítimas opciones y, al hacerlo, incida indebidamente en situaciones tutelada por el art. 24.1,

quebrantado así elementos esenciales del Estado de Derecho...”.³³

Determinado como ha sido preliminarmente la relevancia los elementos de procedencia de los requisitos de la ejecución provisional, cabe adentrarnos en cada uno de estos, atendiendo a lo señalado en el propio artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual señala:

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

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

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

Si bien admitimos, que la naturaleza de la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativas, admite una teoría mixta en su consideración y recepción en el contencioso administrativo como una ejecución anticipada su forma de petición y su procedencia debe ser a través de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, sus presupuestos atienden a unos elementos particulares propios.

³³ Cfr. José Garberi Llobregat: op. cit., 2008, p. 224-225.

vii.i) *Fumus boni iuris.*

El *fumus boni iuris*, como se ha mencionado *ut-supra*, en el caso de la ejecución provisional ostenta una protección reforzada, ya que este no se basa en una presunción de la existencia y la pertenencia del derecho afectado sino en una declaración judicial que reconoce ambos elementos, es decir, la existencia de un derecho vulnerado y otorgada su protección y el reconocimiento del titular de ese derecho.

En este orden de ideas, el examen que debe efectuar el juez competente para la procedencia del mismo no se limita a un juicio de probabilidad o de verosimilitud del derecho amenazado sino a verificar si la protección de ese derecho tiene que ser expedida y protegida de manera inmediata, y si esa protección mediante la estimación y posterior orden de la ejecución provisional de la sentencia no generará un daño irreparable a la contraparte.

En congruencia con lo expuesto anterior, cabe destacar que la sola existencia de la sentencia estimatoria no es una causal de procedencia automática que genera el otorgamiento de la ejecución, en virtud que su estimación debe ir precedida por un análisis de proporcionalidad en cuanto a la efectiva y urgente protección del derecho, razón por la cual, cabe concluir que tal requisito es concurrente necesariamente con la inmediatez de la protección, es decir, la urgencia en su protección y el análisis de la reparabilidad que ocasiona la ejecución.

vii.ii) *Periculum in mora.*

La adopción de la medida como se señaló, no depende de una estimación automática de la validez de la sentencia, dado que si bien existe una protección reforzada del *fumus boni iuris* a través de una declaración judicial que reconoce la violación de un derecho, debe existir una necesaria urgencia en su protección, en virtud que en el análisis de la misma subsiste un análisis mucho más complejo que se expresa en la confrontación entre el principio de legalidad del acto y la presunción de validez de la decisión judicial así como, entre ésta última y los privilegios y prerrogativas procesales, como se expondrá posteriormente.

Tal análisis implica un nivel de complejidad y razonamiento exhaustivo, ya que el juez no solo tiene que medir los efectos de la ejecución sino si la misma puede exceder los límites en cuanto a que ésta sea irreparable, o si la reparabilidad puede ser asegurada mediante una caución previa, todo estos escenarios, se encuentran circunscritos al elemento urgencia, ya que ante la inexistencia del mismo decaen los supuestos de procedencia requeridos para la justificación de tan excepcional medida y la supresión temporal del efecto suspensivo de la apelación en ambos efectos³⁴.

³⁴ Cabe destacar respecto a la supresión de los efectos suspensivos de la ejecución, que la misma responde a un elemento temporal, ya que los efectos suspensivos de la apelación no desaparecen absolutamente sino a través del ejercicio de una cautela, que es la ejecución provisional, señala Gilberto Pérez del Blanco: *La Ejecución Forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, Edit. Del Blanco, 2003, p. 116, reseñado por Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins, op. cit. p. 322, que: "... no se trata de que los recursos pierdan sus efectos suspensivos, sino que adoptando determinadas cautelas se va a permitir la ejecución de las sentencias recurridas, con carácter provisional, con el fin de que no se vea dilatada la satisfacción de la pretensión objeto de ejecución, lo cual supone, asimismo, una prevención ante el posible uso de los recursos con ánimo fraudulento".

Asimismo, cabe destacar que la urgencia no solo aduce al elemento temporal en cuanto a la inmediatez de protección del derecho, sino también a la necesaria protección del derecho atendiendo a la posible supresión o ante la posibilidad de la invocatoria de unos privilegios y/o prerrogativas, que dilaten indefinidamente el proceso.

Ello denota la complejidad material y procesal que rodea a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que la Administración Pública entra al proceso en una situación protegida derivada del principio de autotutela³⁵, razón por la cual es necesario obtener un pronunciamiento judicial para denotar o demostrar la ilegalidad de su actuación aun cuando las mismas sean evidentemente inconstitucionales (vgr. Vías de hecho) y que esta inmutabilidad, sea suprimida con la finalidad de garantizar los efectos de la declaratoria judicial obtenida en primera instancia.

Esta opinión es mantenida, por Joaquín Huelín Martínez De Velasco, cuando señala que:

“... en los supuestos en que exista un pronunciamiento judicial que venga a declarar, mediante sentencia que no tenga firmeza, que un acto administrativo impugnado es disconforme con el ordenamiento jurídico vigente, anulando o declarando su nulidad, la presunción de validez del acto quedaría desvirtuada, por lo que mantener la eficacia de ese acto permitiendo que el mismo siga desplegando efectos sería desproporcionado, por lo que una vez declarada su invalidez el acto administrativo debía dejar de ser ejecutivo”³⁶.

³⁵ Sobre el tema de la autotutela administrativa véase: Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, op. cit., Tomo I, pp. 469 y ss.; Antonio Canova González: "Bases actuales del control de la Administración Pública (Algunos argumentos a favor de la abolición de los modelos históricos)", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, septiembre-diciembre 1997; y Luis Ortiz Álvarez, "El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones histórica y de tutela judicial efectiva)", en la misma *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1.

³⁶ Joaquín Huelin Martínez de Velasco: "La ejecución anticipada de las sentencias contencioso-administrativas condenatorias de la Administración", *Revista Jurídica de Navarra* n.º 17, enero-junio 1994, pp. 59-68, reseñado por Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins, op. Cit., 321.

Esta derivación de conflictos e ideologías hacen procedente que dentro de nuestro sistema contencioso administrativo, se establezca la necesidad procedural mediante la vía jurisprudencial o la reforma legislativa de establecerse un sistema de ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativa, ya que luego de existir una declaración de procedencia del derecho constitucional infringido existe un inversión de la carga a favor del administrado o una inversión del *status quo* –derivado de la declaratoria de ilegalidad del acto declarada por un juez-, o si se quiere abonar dentro de la terminología de las medidas cautelares existiría una presunción de buen derecho a favor del administrado, con base a una presunción sobre la veracidad del derecho reclamado sino reforzada por la declaratoria expresa de una decisión judicial que valoró en fondo la procedencia de la pretensión particular y una necesaria inmediatez en cuanto a su protección, que atentan contra desnaturalizar la protección del derecho.

Por ende, tal protección debe atender a los efectos de la decisión y los posibles daños que esta pueda acarrear, en cuyo caso, atendiendo a la entidad de los mismos y a la posibilidad de la restitución o no de los daños que puedan causarse el juez puede garantizar la existencia de aquella – ejecución provisional- con el establecimiento de una caución.

vii.iii) Caución.

En este presupuesto reposa un elemento esencial de análisis de la ejecución provisional, el cual si bien no es concurrente con los otros dos, ya que el juez puede estimar la ejecución provisional sin la necesidad de establecer una caución advirtiendo los efectos del fallo, es de destacar que la

confrontación entre el principio de legalidad del acto y el de validez de la decisión, así como la posible modificación de la sentencia de primera instancia, en atención a los efectos de la apelación sean confirmatorios o revocatorios, implican que la existencia de su establecimiento sean en muchos casos necesarios para garantizar los derechos de la contraparte en el proceso³⁷.

Su finalidad como señala Chinchilla Marín es "... asegurar preventivamente un eventual derecho de resarcimiento de daños a favor del demandado [en este caso, sería del ejecutado]. Funciona por ello, para CALAMANDREI, como cautela de la cautela o,-como dijo CHIOVENDA- como contracautela"³⁸.

La caución tiene un efecto preventivo de los daños que puedan ser causados por la revocatoria de la decisión que ha sido objeto de ejecución provisional, y la cual debe ser garantizada por el peticionante de la medida.

En cuanto al *quantum* de esta, es una facultad del juez que puede estar derivada de la estimación de la demanda o a los efectos patrimoniales que esta pueda generar, previa motivación y racionalidad entre ésta y el derecho reclamado de restitución, en cuyo caso, esta deber ser una garantía suficiente para evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar.

³⁷ Los efectos confirmatorios y/ o revocatorios del fallo no solo atienden a la posibilidad de acordar la ejecución provisional o al establecer una caución, sino que ello adquiere importancia en cuanto a los efectos, como señalan CHOLBI y MERINO, ya que si la sentencia fuere confirmatoria y la ejecución fue in natura, las actuaciones ejecutadas adquieren firmeza, mientras que si la sentencia es revocatoria, debe existir una incidencia sobre la reposición de la ejecución a la situación preexistente a la ejecución provisional y a la ejecución de los daños que se pudieron haber causado a través del ejercicio de la caución (Véase Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins, op. Cit. p. 326).

³⁸ Carmen Chinchilla Marín: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Edit. Civitas, 1991, p. 48

Finalmente, es de acotarse que de estimarse la procedencia de ésta, pasa a constituirse como un requisito concurrente a los previamente anotados, en consecuencia, será una carga procesal de la parte solicitante la consignación de la caución con carácter previo a que el juez ordene la ejecución provisional del fallo.

VIII. Proporcionalidad de la decisión.

La proporcionalidad de la decisión implica adentrarnos en la motivación judicial y el razonamiento que debe realizar el juez contencioso administrativo, al momento de estimar la procedencia de la ejecución provisional, como un mecanismo que permita contrarrestar los defectos del procedimiento, el uso fraudulento de los recursos o los múltiples mecanismos de evasión de las decisiones judiciales condenatorias.

Por tal motivo, el juez debe ser cauteloso en su decisión ya que si bien la ejecución provisional puede tener una función preventiva, ante estos desórdenes anotados, también puede ostentar una función preventiva de los daños que puedan ser causados a la ulterior ejecución de la decisión, no obstante en esta búsqueda existe una confrontación del derecho a la tutela judicial efectiva del apelante así como del ejecutante, dado que éste último a través de la solicitud de ejecución provisional de la sentencia estimatoria de su pretensión pretende enervar los efectos de manera temporal de la apelación, cuando esta es oída en ambos efectos.

En consecuencia, cabría hablar de esa ponderación, en el marco del proceso contencioso administrativo, de dos escenarios el primero es la confrontación entre el principio de legalidad del acto administrativo vs. el

principio de validez de la decisión judicial y en segundo lugar, el de presunción de validez de la decisión de primera instancia vs. las prerrogativas procesales.

viii.i) Presunción de legalidad vs. Presunción de validez de la decisión judicial.

La ejecución provisional como se ha expuesto implica un conflicto de derechos y a su vez, un conflicto de intereses entre las partes, ya que ambas partes invocan como parte de su pretensión el derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que el apelante invoca la aplicación del efecto suspensivo de la apelación en ambos efectos, la parte gananciosa de la sentencia estimatoria en primera instancia, pretende la ejecución provisional de la sentencia contencioso administrativa.

Así pues, la presunción de validez de la decisión judicial implica la superposición de esta sobre el principio de legalidad del acto, ya que sobre este pesa una sentencia condenatoria que invoca o declara la ilegalidad del acto impugnado, razón por la cual, en este punto la Administración no puede pretender mantener de manera indeterminada la legalidad del acto, ya que a diferencia de lo que ocurre con el acto anulado en primera instancia, la sentencia no tiene un cuestionamiento sobre su legalidad hasta que se decida la apelación, conservando su validez hasta dicho momento.

No obstante lo anterior, vista la referida confrontación la parte apelante puede a su vez invocar los efectos suspensivos de la apelación, sin embargo, cabe destacar que estos efectos suspensivos no pueden ni deben ser indefinidos en atención a la protección a la tutela judicial efectiva y más

aun cuando ha existido por un órgano jurisdiccional de un reconocimiento del derecho subjetivo lesionado objeto de reparación, por lo que la anticipación de los efectos del fallo a través de la tutela cautelar debe ser ponderada anticipando sus efectos, cuando exista un riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo o que los efectos de la demora en la satisfacción del derecho hagan nugatorio su ejercicio posterior, sea este por circunstancias económicas (inflación, deflación, balance comercial), ambientales o jurídicas.

Por ende, si bien no puede invocarse de manera automática que existe una inversión probatoria que se sustenta en la ilegalidad del acto en la decisión jurisdiccional fundamentada en una protección reforzada donde la legitimidad es dual –validez de la decisión e ilegalidad del acto administrativo-, tal dualidad si garantiza a la parte solicitante, que la carga probatoria del solicitante se traslade a la demostración de los daños y que éstos deben ser satisfechos de manera inmediata, siempre y cuando la ejecución provisional no implique situaciones que puedan crear perjuicios de imposible o de difícil reparación.

De esta manera, como se ha expuesto a lo largo del trabajo el análisis no se centra solo un control objetivo del acto sino en un control subjetivo de la afectación: i) del derecho del solicitante de la ejecución provisional, ii) del apelante que pretende invocar el efecto suspensivo y, iii) de los terceros que pudieran verse afectados por la ejecución provisional de la decisión (vgr. Vecinos en el marco de una acción de nulidad urbanística que permite la construcción de un centro empresarial en una urbanización residencial).

viii.ii) Presunción de validez de la decisión judicial vs. prerrogativas procesales (Inembargabilidad de los bienes públicos).

Delimitada la primera fase argumentativa de la proporcionalidad, se observa que el juez debe atender al argumento falaz respecto a que los privilegios de inembargabilidad y el principio de legalidad presupuestaria, impiden eficazmente que la Administración cumpla con sus fallos, no obstante tal argumento carece de validez, ya que el juez no solo cuenta con amplios poderes ejecutivos para hacer cumplir sus fallos, mediante la ejecución subsidiaria³⁹ o fiscalizar su cumplimiento, sino que a su vez puede imponer multas coercitivas y sucesivas –astreintes- hasta que se logre su cumplimiento, las cuales pueden recaer no solo en cabeza del funcionario obligado sino respecto al órgano administrativo.

El privilegio de inembargabilidad si bien existe, este debe ser interpretado de manera distinta a como lo efectúan los jueces contencioso administrativos en Venezuela, ya que existe una presunción *iuris tamtam* de que todos los bienes son inembargables y que debe probarse que un bien determinado para proceder a un embargo no está afecto a un servicio público, mientras que en Alemania la operación es a la inversa, ya que se parte de la base de que los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización, y la excepción es que la inembargabilidad cuando *i)* recaiga sobre bienes que sean indispensables para la satisfacción de la función pública y *b)* cuando su realización «contradiga un interés público», añadiéndose a lo anterior, que la calificación no la excepcionalidad no deviene de la señalización de la Administración sino de la determinación que

³⁹ Respecto a la ejecución subsidiaria podría oponerse un argumento de que la misma resulta atentatoria contra el derecho a la tutela judicial efectiva, no obstante si bien cabe admitir que la ejecución debe ser *in natura*, debe el juez analizar las circunstancias del caso y verificar en primer lugar que la ejecución *in natura* es imposible o de difícil consecución de manera motivada, razonada y justificada, para proceder a la ejecución subsidiaria, procurando una satisfacción equivalente a los derechos reconocidos por la decisión judicial.

efectúe el juez sobre ello.

En consecuencia, los jueces contencioso administrativos deben ponderar en su decisión sobre la ejecución provisional, que cuando la Administración alegue los privilegios y prerrogativas procesales como argumento contrario a la ejecución provisional, que la invocación de estos no son una negación de la ejecución sino una limitación temporal en algunos casos, para garantizar presuntivamente el interés colectivo, sin embargo cabe acotar como señaló el fallo del Tribunal Constitucional Español 67/1984, que “en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido prevista”⁴⁰.

Cabe destacar que en España a raíz de esta sentencia se afirmó que el Tribunal contencioso-administrativo goza de los mismos poderes que el juez civil ante la ejecución de las sentencias y deberá ejercerlos cuando sea necesario para dar cumplida satisfacción al fallo, si ésta no se obtuviere por el cumplimiento de la Administración de las obligaciones que le imponen el artículo 118 de la Constitución y 103 de la Ley de lo Contencioso, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil aplica supletoriamente.

No obstante lo anterior, y a pesar de la identidad de premisas que rodean a ambos sistema, la conclusión en nuestro sistema es diametralmente opuesta, dado que el *súmmum* de la situación en Venezuela,

⁴⁰ Vid. José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, en su artículo “¿ES PROCEDENTE EL EMBARGO DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN EN EJECUCIÓN FORZOSA DE SENTENCIA CONDENATORIA RECAIDA EN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO? (Comentario a la STC 67/1984, de 7 de junio)”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 43, Julio-Septiembre, 1984.

es su constante invocación y protección, incluso de manera oficiosa por los jueces⁴¹, lo cual resulta preocupante y peor aun desalentador para los particulares, que existe una diferencia tan abrumadora en cuanto a la interpretación de la progresividad de los derechos y el reconocimiento de ellos en el contencioso administrativo, ya que nuestros tribunales contencioso no solo siguen escudándose en los privilegios y prerrogativas de la Administración para eludir la ejecución de las sentencias⁴² –incluso firmes– sino también para la revisión de los fallos aún cuando no hayan sido ejercido los medios impugnativos a través de la consulta legal.

En este orden de ideas, llama la atención los argumentos que plantea la Administración para evadir la ejecución de los fallos dictados en su contra, basados en el principio de división de poderes, al considerar la ejecución como una indebida injerencia o la inalienabilidad de los bienes de la Administración, así como la posible irrupción de los servicios públicos o el riesgo en la afectación del “inmaculado” interés público sobre el interés particular, sin atender a la razón que subyace en la oposición a la ejecución que es evadir la decisión de los tribunales.

⁴¹ Un reflejo de la anterior situación lo constituye la extensión de los privilegios y prerrogativas a empresas que no poseían los mismos como ocurrió en el caso CAVIM, en el cual la Sala Constitucional mediante sentencia n.º 334, estableció que: “Al respecto, el citado criterio fue modificado por esta misma Sala Constitucional (Vid. sentencia n.º 1.331, de fecha 17 de diciembre de 2010, caso: Joel Marín contra el Instituto Municipal de Aseo Urbano IMAU), toda vez que en ella se señaló lo siguiente:

(...) las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, por lo que -se insiste- estas prerrogativas deben encontrarse reconocidas expresamente en la ley (...).

Sin embargo, aun cuando el criterio primigenio fue modificado por esta Sala Constitucional, de acuerdo a la sentencia n.º 1331, antes citada, la cual se mantiene en la actualidad, resulta imperativo estimar que en este caso concreto, es aplicable a dicha empresa las prerrogativas procesales de la República, toda vez que, conforme a las normas antes transcritas, la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM), cuenta como accionistas sólo a la República y organismos públicos, como se advirtiera en las líneas que anteceden, además de que la misma ejerce como actividad principal el desarrollo de las industrias militares, expresamente determinada como de utilidad pública, de importancia estratégica para la Nación y, en definitiva, rigurosamente relacionada con su seguridad y defensa”.

⁴² En este punto debe reflexionarse sobre lo establecido por el Tribunal Constitucional Español cuando respecto a la interpretación de dichos privilegios señaló que: “... los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los Jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello”.

Tales actuaciones revelan –lamentablemente– la vigencia de la célebre expresión de Jordana de Pozas⁴³ cuando afirmaba que “... incumplir la justicia por temor a algaradas o motines, difícilmente puede cohonestarse con la afirmación de que vivimos en un Estado de Derecho”.

Aunado a la mencionada reflexión, cabe hacer una analogía sobre ello y la violación del principio de buena fe procesal, no solo al sostener juicios innecesarios sino al interés de la reedición de actos a pesar de haber decretado previamente la nulidad de los mismos con la intención de evadir la tutela judicial. En este orden de ideas, cabe señalar lo expuesto por Joan Picó I Junoy quien señaló sobre ello que:

“En consecuencia, cuando exista una doctrina jurisprudencial bien definida, la Administración no puede pretender seguir manteniendo el acto impugnado que claramente lo contradiga, ya que ello supone una manifiesta vulneración de la buena fe procesal por lo que lo lógico y correcto desde una perspectiva jurídica –como destacó ya GONZÁLEZ PÉREZ en 1958- es que la Administración se allane a la pretensión del actor.

Igualmente innecesarios son todos aquellos procesos en los que la Administración contradice, sin justificación alguna, sus propios actos, y obliga por ello al ciudadano a acudir ante los tribunales para reponer sus derechos”.⁴⁴

Ante semejante complejidad, no debemos olvidar que la lucha se hace desde los espacios controvertidos y que el estado actual de inacción no encuentra paradójicamente un apoyo normativo sino que por el contrario, los principios y normas constitucionales fundamentan la premisa opuesta, que es la de respeto de un Estado de Derecho y de Justicia –artículo 2 de la

⁴³ Cfr. Jordana de Pozas: *Derecho administrativo*, Madrid, 1924, pág. 212, consultado en José Vicente Gimeno Sendra: “Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 27, Octubre-Diciembre, 1980.

⁴⁴ Al efecto, véase Joan Picó I Junoy: *El principio de la Buena Fé Procesal*, J.M. Bosch Editor, 2003, p. 234.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–, la primacía de las normas constitucionales y la existencia de una justicia sin formalismo inútiles –artículos 7, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela– y por ende la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecución de las sentencias –artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–, lo cual debe constituir una razón más que suficiente para que los jueces contencioso administrativos interpreten el derecho en su integralidad y en franca protección y progresión de los derechos constitucionales.

IX. Límites de la ejecución provisional.

Dentro de los límites cabe establecer los límites propios y consustanciales con el procedimiento y que no requieran de su solicitud, a saber cuando la sentencia contencioso administrativa pueda ser objeto de ejecución inmediata por no estar sometida la sentencia objeto de apelación a ser oída en ambos efectos, es decir, no puede pretenderse la ejecución provisional de una sentencia cuya apelación ostente solo el efecto devolutivo, ya que en este caso lo que opera es una ejecución anticipada del fallo como una medida ejecutiva.

En este orden de ideas, cabe reseñar que la ejecución provisional de la sentencia contencioso administrativa carece de efecto en las acciones que carezcan de contenido patrimonial o indemnizatorio, tramitadas por el procedimiento breve, las cuales son conforme el artículo 65, los:

1. Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos.

2. Vías de hecho.
3. Abstención.

Sumado a la anotada limitación, cabe destacar una de carácter temporal que versa respecto al lapso dentro del cual puede ser solicitada la ejecución provisional de la sentencia impugnada, ante ello, nos inclinamos por formular que si bien la misma, puede admitir críticas iniciales por el consecuente irrespeto de los jueces contencioso administrativo de someterse a los lapsos de decisión, sin embargo es de observar que la solicitud de ejecución provisional debe ser solicitada hasta la etapa de sentencia que conforme al procedimiento en segunda instancia regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁵, se encuentra contemplado en el artículo 93 *eiusdem*, es decir que la parte podrá solicitar la ejecución provisional hasta la culminación del lapso de contestación de la apelación, ya que finalizado este el juez podrá decidir inmediatamente la causa, en virtud de que el referido artículo establece un lapso de decisión y no de término para expedir la decisión.

Así pues, el referido lapso responde a una protección del derecho a la defensa de la contraparte, así como a la protección del principio de seguridad jurídica de conocer hasta que fase procesal puede ser solicitada de manera inmediata la ejecución provisional de la decisión de primera instancia, la cual puede tener una incidencia directa o indirecta en su esfera jurídica.

Sin embargo, habría que admitir un supuesto excepcional que excedería dicho lapso, cuando la sentencia de alzada no ha sido dictada en el lapso legamente establecido ni en la prórroga adicional de haberse

⁴⁵ El procedimiento de segunda instancia se encuentra regulado en el Capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en los artículos 87 al 94.

acordada la misma, todo ello en virtud de los posibles riesgos que generaría la demora en la emisión de la decisión y la protección de sus derechos constitucionales, que se generaron como consecuencia de la inacción del juez en la causa la cual no puede constituirse en un perjuicio a éste.

Igual consideración cabe realizarse cuando ninguna de las partes ha apelado de la decisión, y la causa se procede a consultar conforme a lo señalado en el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; razón por la cual en el precitado supuesto luego de haber transcurrido inútilmente el lapso de decisión de la consulta de la sentencia de primera instancia, podrá el particular solicitar la ejecución provisional del fallo para obtener la protección de sus derechos constitucionales.

Asimismo, consideramos otro supuesto el cual se encuentra delimitado a las apelaciones en un solo efecto, cuando la contraparte haya solicitado una medida cautelar de suspensión de efectos de la ejecución anticipada del fallo, en este supuesto, se suspende la limitación material y la parte gananciosa del proceso principal y ejecutada en la medida cautelar de suspensión de efectos de la ejecución anticipada podrá solicitar la ejecución provisional de la sentencia.

Finalmente, consideramos destacar la limitación material por excelencia, que es la imposibilidad de acordar la ejecución provisional cuando ésta pueda crear gravámenes irreparables a la contraparte en el proceso judicial.

X. Reflexiones finales.

Debemos comenzar las reflexiones del presente trabajo por afirmar que la incidencia directa de la ejecución de sentencia y el respeto del Estado de Derecho, es como lo señaló el Primer Ministro ROCARD del gobierno francés en una «Circular relativa al respeto de las decisiones del Juez administrativo» con fecha 13 de octubre, dirigida a todos los Ministros y Secretarios de Estado, cuando magistralmente indicó que “... «cualquier negativa a la ejecución de una decisión de la justicia administrativa, o cualquier retraso, o una ejecución incompleta o incorrecta son ofensas al Estado de Derecho». Recuerda que esa conducta es incluso onerosa para el Estado, que habrá de pagar intereses y multas coercitivas (como es sabido, introducidas por la Ley de 16 de julio de 1980)”⁴⁶.

Por tal motivo, debemos señalar que la ejecución de sentencia al contrario de lo que han supuesto y mantenidos los funcionarios de la Administración no es una facultad sino una autentica obligación de cumplir los fallos del Poder Judicial, para lo cual debe hacer uso de todos los medios que ostente para poder cumplir la decisión judicial en los mismos términos la condenatoria acordada dentro de los plazos establecidos para ello.

Así pues, la tutela judicial efectiva en el ámbito de la ejecución de la sentencia no comprende la diligencias jurisdiccionales del juez de ordenar la ejecución voluntaria y subsiguiente ejecución forzosa ante la infructuosidad de la primera, sino que la misma abarca y debe abarcar el control y la vigilancia efectiva del cumplimiento del fallo en los términos contemplados en el fallo definitivo, so pena de una supresión o menoscabo de los derechos

⁴⁶ Eduardo García de Enterría: “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares Positivas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 60, Octubre-Diciembre, 1988.

constitucionales del accionante.

De esta manera, debemos afirmar que la ejecución provisional de las sentencias, se funda en el principio general del Derecho de que el tiempo no afecte a quien tiene la razón, ya que al haberse obtenido una declaratoria de procedencia de la acción no solo existe una expectativa razonable de que dicho derecho existe sino un reconocimiento pleno de que el mismo no solo existe, sino que fue amenazada o vulnerado y adicionalmente a ello, se expidió una protección a su favor, por lo que en este supuesto la garantía versa en una protección reforzada del derecho que será ejercido a través de una medida cautelar que garantice no solo la ejecución provisional del fallo en ciertos supuestos sino que el transcurso del tiempo o su no ejecución no atente contra el reconocimiento y protección del derecho.

Sobre este aspecto ya se pronunció Canova⁴⁷, admitiendo su posibilidad y estableciendo que la regla general debería ser que la ejecución inmediata de las sentencias de primera instancia y no el efecto suspensivo de los medios impugnativos.

Tales considerandos no resulta por consecuencia del arbitrio de una afirmación baladí, sino que ellos se basan en la consagración de Venezuela como un Estado Social de Derecho y de Justicia –artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, y en la proposición de la ejecución provisional de las sentencias contencioso administrativa como un mecanismo de lucha del Estado de Derecho⁴⁸, contra la visión

⁴⁷ Antonio Canova González: “Una revolución en la concepción del proceso: la efectividad de la tutela y el principio de que no afecten a quien tiene la razón”, *Revista del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal* N° 1, enero-junio de 1999.

⁴⁸ Interesa señalar como una reflexión de la congruencia del Estado de Derecho y el cumplimiento de los fallos judiciales por parte de la Administración Pública, lo reseñado por Carmen Chinchilla Marín quien parafraseando a

actual de un Poder Judicial al cual se le pueden efectuar un innumerable número de reclamos que dista mucho de una objetividad y de la iconografía clásica de la justicia que deben ostentar los órganos jurisdiccionales de la República⁴⁹.

Resulta paradójico afirmar que el mal padecido por la justicia contencioso administrativo no es original ni autóctono de nuestra jurisdicción sino que es un problema que se ha presentado históricamente en otras latitudes, aun cuando estos inconvenientes han sido objeto de provechosos e innovadores avances que deberían ser objeto de reflexión por nuestros legisladores a la hora de estudiar posibles cambios legislativos, en este punto interesa destacar los señalados por cuando expone:

“En efecto, aunque la abierta oposición por parte de la Administración a ejecutar las sentencias administrativas no suele producirse en la actuación diaria de los Tribunales, no sucede lo mismo con la utilización de todo un conjunto de medidas indirectas que sabiamente «administradas» pueden ocasionar la frustración práctica de los efectos materiales de la cosa juzgada, generalmente por la vía de agotar la paciencia del ciudadano justiciable.

De entre todas estas corruptelas, cuantitativamente la más utilizada quizás lo sea la *inercia administrativa* o inactividad morosa de la Administración, la cual se manifiesta ya desde las primeras actuaciones del proceso declarativo y de manera especial con la obligación que la Administración tiene de remitir el expediente administrativo al Tribunal de

Hauriou señaló que “De la misma forma que, como escribiera HAURIOU, un juez administrativo que no puede constreñir a la Administración a ejecutar su sentencia no es un juez, un Estado en el que la Administración no cumple íntegramente los fallos judiciales no puede llamarse Estado de Derecho” (cfr. Carmen Chinchilla Marín: “La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: Il giudicio di ottemperanza”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 59, Julio-Septiembre, 1988).

⁴⁹ Un reflejo de la mencionada preocupación se compagina con la falta de autonomía e independencia judicial de los jueces, tal como lo expone Alejandro Nieto quien señala: “... el Poder Judicial no es independiente y en consecuencia no puede desarrollar su delicada función de contrapesar al Poder Ejecutivo limitando sus eventuales excesos; y por otro lado, los jueces no están suficientemente protegidos y, como son vulnerables, algunos de ellos ceden a la tentación de las prebendas políticas y profesionales y se convierten en dóciles instrumentos de ese Poder político que debían vigilar. (Cfr. Alejandro Nieto: *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Editorial Trotta, 2010, p. 116).

instancia, lo que sin duda ha obligado recientemente al legislador a arbitrar medidas más expeditivas en el procedimiento contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales, tales como la no suspensión del procedimiento por el retardo en el incumplimiento de dicha obligación (art. 8.º, 3, Ley de 28 de diciembre de 1978), el levantamiento del oportuno testimonio de particulares y la posibilidad de imposición de multa de 5.000 pesetas al funcionario negligente (art. 10, 4)⁵⁰.

No obstante ello, resulta reconfortante admitir que todos estos inconvenientes no resultan insalvables; sino que por el contrario, se han desmontado progresivamente por la doctrina y en alguna medida por la jurisprudencia, por lo que la formulación en el presente trabajo de una ejecución provisional con unos lineamientos procedimentales y materiales sobre tal institución atienden a una reflexión sobre su necesidad y operatividad dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, de manera de ir derribando el desfase y la asimetría temporal en cuanto a la equidistancia institucional de la interpretación de los privilegios y prerrogativas de la Administración.

⁵⁰ Véase José Vicente Gimeno Sendra, op. cit., *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 27, Octubre-Diciembre, 1980.

XI. Bibliografía.

- Arguello, Israel: *Ejecución Provisional de la Sentencia Judicial versus Ejecución Definitiva*, en “pergamo.pucp.edu.pe/.../Ejecucion_Provisional_vs_Ejecucion_Definitiva_o_Forzosa_-_Israel_Arguello.pdf”.
- Bacigalupo, Mariano: *La Nueva Tutelar Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Marcial Pons, 1999.
- Brewer Carias, Allan R.: “Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso Administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos (1976-2011)”, en *El contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídico Venezolana, 2011.
- Caballol Angelats, Lluís: *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M.Bosch Edit., 1993.
- Canova González, Antonio: “Una revolución en la concepción del proceso: la efectividad de la tutela y el principio de que no afecten a quien tiene la razón”, *Revista del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal* Nº 1, enero-junio de 1999.
- Canova González, Antonio: "Bases actuales del control de la Administración Pública (Algunos argumentos a favor de la abolición de los modelos históricos)", en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 1, Editorial Sherwood, Caracas, septiembre-diciembre 1997.
- Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis A.; Rodríguez Ortega, Rosa E. y Graterol Stefanelli; Giuseppe: *El TSJ al servicio de la Revolución –La toma, los números y los criterios del TSJ Venezolano (2004-2013)*, Editorial Galipán, 2014.

- Chinchilla Marín, Carmen: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, edit. Civitas, 1991.
- Chinchilla Marín, Carmen: “La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: Il giudicio di ottemperanza”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 59, Julio-Septiembre, 1988.
- Cholbi Cachá, Francisco Antonio y Merino Molins, Vicente, *Ejecución de Sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo e Inembargabilidad de los Bienes Públicos*, Edit. Lex Nova, 2007.
- Fernández, Tomás Ramón: “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974.
- Font i Llovet, Tomás *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.
- Garberí Llobregat, José: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, 2008.
- García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa*, edit. Civitas, 1992.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo*; Edit. Civitas 1988.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Edit. Thomson-Civitas, 2004.
- García de Enterría, Eduardo: *La batalla por las medidas cautelares*; Edit. Civitas, 1995.
- García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas Ediciones, Tercera Edición, 2004.

- García de Enterría, Eduardo: “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares Positivas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 60, Octubre-Diciembre, 1988.
- Gimeno Sendra, José Vicente: “Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 27, Octubre-Diciembre, 1980.
- González Pérez, Jesús: *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, 2001.
- González Rivas, Juan José: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional 1980-2005*, Edit. Thomson-Civitas, 2005.
- Hernández Marín, Rafael: *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, 1999.
- Hernández Marín, Rafael: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, 2005.
- Linares Quintana, Segundo: *Tratado de Interpretación Constitucional*, Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- Martín Delgado, Isaac: *Función Jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Edit. Marcial Pons, 2005.
- Martínez de Pinsón Aparicio, Íñigo: *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso administrativo*; Edit. Civitas, 1999.
- Montero Aroca, Juan; Ortells Ramos, Manuel y Juan-Luis Gómez Colomer: *Derecho Jurisdiccional*, J.M.Bosch Editor, S.A., Tomo II, 1991.
- Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio: “¿Es Procedente el Embargo de los Bienes de la Administración en Ejecución Forzosa de Sentencia

Condenatoria recaída en Recurso Contencioso-Administrativo? (Comentario a la STC 67/1984, de 7 de junio)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 43, Julio-Septiembre 1984.

- Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás Ramón: *El derecho y el revés*, Edit. Ariel, 1998.
- Nieto, Alejandro: *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Editorial Trotta, 2010.
- Ortiz Álvarez, Luis: *Jurisprudencia de medidas cautelares*, EJV, 1995.
- Ortiz Álvarez, Luis: "El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones histórica y de tutela judicial efectiva)", en la misma *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, septiembre-diciembre 1997.
- Pedraz Penalva, Ernesto: *Privilegios de las Administraciones Pùblicas en el proceso civil*, edit. Civitas, 1993.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *La Seguridad Jurídica*, edit. Ariel, 1994.
- Picó I Junoy, Joan: *El principio de la Buena Fé Procesal*, J.M. Bosch Editor, 2003, p. 234.