

LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés bello

Prólogo

Jesús González Pérez

**Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense
de Madrid**

Vadell Hermanos Editores

2ª ed.

Caracas, 1998

INDICE GENERAL

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE LAS REGLAS GENERALES DEL PROCESO Y LOS PRINCIPIOS DE LA TUTELA CAUTELAR

I. EL PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- 1.1. Definición de proceso
- 1.2. Clases de procesos
- 1.3. Funciones del proceso

II. EL PROCESO CAUTELAR

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES

- 3.1. Concepto de medidas cautelares
- 3.2. Características de las medidas cautelares
- 3.3. Clases de medidas cautelares

IV. FUNDAMENTOS DE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

- 4.1. El *Fumus boni iuris*
- 4.2. El *Periculum in mora*
- 4.3. La valoración de los intereses generales y particulares que se encuentran en contraposición
- 4.4. La caución o fianza
- 4.5. Presupuestos aplicables en nuestro criterio

SEGUNDA PARTE LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

V. LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL DERECHO COMPARADO

- 5.1. Derecho alemán

5.1.1. El sistema de justicia administrativa consagra cinco clases de procesos contencioso-administrativos

5.1.2. La garantía de la tutela judicial que consagra el artículo 19.IV de la Grundgesetz

5.2. Derecho español

5.3. Derecho francés

5.3.1. Constat d'Urgence

5.3.2. Sursis à exécution

5.3.3. Référé administratif

5.4. Derecho italiano

5.5. Derecho comunitario

5.5.1. Proceso de anulación

5.5.2. Proceso de inacción u omisión

5.5.3. Proceso por incumplimiento

5.5.4. Proceso de responsabilidad

5.5.5. Potestad cautelar del juez nacional como juez comunitario

TERCERA PARTE

LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

VI. LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL DERECHO VENEZOLANO

6.1. Situación actual de la tutela judicial cautelar

6.2. Las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos generales

6.2.1. Proceso contencioso administrativo de anulación

6.2.1.1. Contra actos administrativos de efectos particulares

6.2.1.2. Contra actos de efectos generales

6.2.1.3. Contra actos bilaterales

6.2.2. Proceso contencioso de demandas

6.2.3. Proceso de carencia, negativa o abstención

6.2.4. Proceso de interpretación

6.3. Las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos especiales

6.3.1. Proceso contencioso tributario

6.3.1.1. Proceso contencioso tributario de anulación

6.3.1.2. Proceso de repetición de pago

6.3.1.3. Proceso de amparo tributario

6.3.1.4. Proceso o juicio ejecutivo

6.3.2. Proceso contencioso funcional

6.3.3. Proceso contencioso electoral

6.4. Tendencias de la tutela judicial cautelar

VII. EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA CAUTELAR

7.1. La tutela cautelar de amparo frente a la Administración

7.1.1. La acción autónoma de amparo constitucional contra la Administración

7.1.2. El recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo

7.2. La tutela cautelar de amparo contra actos normativos

7.2.1. La acción autónoma de amparo constitucional contra normas

7.2.2. El recurso de inconstitucionalidad con pretensión cautelar de amparo

VIII. EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

8.1. En la primera instancia del proceso contencioso administrativo

8.1.1. Legitimación activa

8.1.2. Legitimación pasiva

8.1.3. Órgano competente para conocer del proceso

8.1.4. Oportunidad para solicitar la medida cautelar

8.1.5. Alegatos de las partes

8.1.6. Pruebas de los presupuestos procesales

8.1.7. Decisión del tribunal

8.1.7.1. Sin tramitación del proceso cautelar

8.1.7.2. Con tramitación del proceso cautelar

8.1.8. Efectos de la decisión cautelar

8.1.9. Recursos contra la decisión cautelar

8.1.10. Ejecución de la decisión cautelar

8.2. En la segunda instancia o en la casación del proceso contencioso administrativo

8.2.1. Efectos del recurso

8.2.2. Potestad cautelar del juez de apelación o de casación

IX. CONSIDERACIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

PRÓLOGO

Hace 33 años vengo impartiendo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, un curso de Doctorado dedicado siempre al estudio monográfico de algún tema de Justicia Administrativa que ofrezca especial interés. Por él han pasado muy destacados estudiantes procedentes de las universidades de América de lengua española. Víctor Rafael Hernández-Mendible es uno de ellos.

Apasionado por la sumisión de la Administración pública al Derecho, ha sentido una especial predilección por aquellos aspectos del Ordenamiento jurídico en que más imperiosa resultaba su modificación para responder a las exigencias constitucionales de una tutela judicial efectiva. Lo que ha conducido al que, sin duda alguna, hoy por hoy, ofrece uno de los más graves obstáculos a la eficacia de la sentencia que obtenga el ciudadano después del calvario que supone el proceso administrativo: las medidas cautelares.

No es por puro azar por lo que se han multiplicado últimamente los trabajos sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo. Ni es una de tantas modas intelectuales de las que a veces dominan en una ciencia determinada, como ocurrió no hace mucho en el Derecho Procesal con el tema de los intereses difusos. Responde a una necesidad acuciante en un mundo en que los procesos se eternizan, arbitrar una serie de medidas que garanticen la eficacia de la sentencia que al fin llegue a dictarse.

Es indudable que los problemas que plantean las vigentes regulaciones de las medidas cautelares no son exclusivos del proceso administrativo, sino que se dan en todos los órdenes procesales, como puso de relieve Héctor Quiroga Cubillos al comentar la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares¹. Pero es en el proceso administrativo,

¹ Trabajo que publicó en Colombia con el título *Procesos y medidas cautelares*, (1ª ed., 1981; 2ª ed., 1991).

en la desigual contienda que siempre éste supone entre el simple ciudadano y las Administraciones públicas investidas de excepcionales prerrogativas, donde la insuficiente regulación del proceso cautelar conduce las más de las veces a una denegación de Justicia.

Esto explica que sea el campo del proceso administrativo donde se ha agudizado la preocupación por la tutela cautelar, ante la grave situación de inferioridad en que se encuentra el ciudadano que tiene que acudir al juez administrativo en demanda de justicia frente a unas actuaciones legitimadas, las más de las veces por actos investidos de presunción de legalidad e inmediatamente obligatorios y ejecutivos.

Son muchos los trabajos que han visto la luz centrados en el tema. Y las ponencias que sobre él han presentado y presentan los juristas hispano-americanos que acuden a nuestra Universidad Complutense, algunas de las cuales se han convertido, después de una laboriosa tarea de investigación, en brillantes tesis doctorales, que obtuvieron la máxima calificación, como la de Juan Manuel Campo Cabal, titulada *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, más tarde publicada en Colombia en 1989.

Víctor Rafael Hernández-Mendible, en esta línea de preocupación por perfeccionar este eficacísimo instrumento de la tutela judicial que son las medidas cautelares, se ha enfrentado con las deficiencias que ofrece su regulación en los Ordenamientos europeos y venezolano, a fin de proponer aquellas reformas que estima más urgentes.

Las medidas cautelares no pueden limitarse, como tradicionalmente ha ocurrido en nuestras legislaciones sobre el contencioso-administrativo, a la suspensión de la ejecución del acto administrativo o disposición general frente a las que se formula la pretensión procesal. El órgano jurisdiccional debe poder adoptar cuantas medidas sean adecuadas y oportunas para que la sentencia que en su día se dicte no sea inútil.

La suspensión de la ejecución sigue siendo, sin duda, la medida más general para enervar la prerrogativa de la ejecutividad, aunque carezca de eficacia para categorías

importantes de actos. De aquí que Hernández-Mendible, dedique una parte importante de su trabajo a poner de manifiesto las deficiencias que esta tradicional medida ofrece, para después extenderse al examen de aquellos otros tipos de medidas que es necesario introducir.

Este logrado trabajo, con todo, es más un punto de partida que de llegada. No es que las conclusiones a que llega, muy meditadas y perfectamente valoradas, no constituyan un instrumento de trabajo valioso para todos los que, en planos muy distintos, tenemos proyectada nuestra actividad en el proceso administrativo, que indudablemente lo es. Sino que, por las sugerencias que ofrece dentro de un plan de trabajo perfectamente trazado, permiten concebir grandes esperanzas sobre las metas que pueda alcanzar su autor, siguiendo la línea de investigación iniciada, en la que este trabajo supone un jalón importante.

Jesús González Pérez