

Autotutela Administrativa y Tutela Cautelar

Carlos García Soto

SUMARIO

Introducción

I. Autotutela Administrativa

1. Noción

2. El problema de la supuesta “presunción de legalidad” del acto administrativo

3. Autotutela o autodefensa de segundo grado

II. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

1. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

1.1. Ejecutividad de los actos administrativos

1.2. Ejecutoriedad de los actos administrativos

1.2.1. El problema del fundamento de la ejecutoriedad

1.2.2. Límites a la ejecutoriedad

III. Tutela Cautelar

INTRODUCCIÓN

La especial posición jurídica de la Administración en el tráfico jurídico responde esencialmente al fin que pretende su actividad: el interés público. En el entendido de que a la Administración Pública corresponde de manera principal la función administrativa del Estado, el ordenamiento jurídico reconoce una posición calificada a la técnica fundamental a través de la cual la Administración expresa su voluntad jurídica: el acto administrativo. Por la naturaleza de los asuntos sobre los cuales la Administración debe decidir, los cuales son muchas veces a la vez urgentes e importantes, se dice que el acto administrativo es un título jurídico suficiente para actuar sobre la esfera jurídica de los administrados, sin que la Administración requiera para ello previa declaración judicial.

Conjugar este privilegio administrativo con los derechos de los administrados es, además, uno de los retos más importantes del Derecho Administrativo, en sus vertientes sustantiva y adjetiva. Porque el que la Administración pueda incidir sobre la esfera jurídica de los particulares sin previa autorización judicial, puede constituir al administrado destinatario del acto en una posición jurídica precaria. Para conjugar la necesidad de que la Administración cuente con la cobertura jurídica suficiente para actuar y la necesidad de que los derechos del administrado no se vean vulnerados sin protección judicial, el contencioso-administrativo, en Venezuela fundamentalmente a través de su jurisprudencia, ha diseñado un sistema de tutela cautelar a favor del administrado.

En última instancia, el problema de la autotutela se resuelve en la posición de la Administración frente a los Tribunales, en el entendido de que esa relación es distinta a la de éstos y los restantes sujetos del ordenamiento. Por esa razón, el principio de autotutela tiene consecuencias capitales para el régimen del acto administrativo y su contencioso.

Lo que sigue es un intento de delinear el régimen de la autotutela administrativa y sus efectos y cómo esa especial posición de la Administración justifica un sistema cautelar a favor del administrado.

I. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

1. Noción

La Administración, al dictar actos administrativos, altera el principio de la “paz jurídica”, el cual postula que las situaciones de hecho no pueden ser modificadas sin acudir antes a un Juez. Un particular que desee alterar frente a otro una determinada situación de hecho, debe obtener del Juez una sentencia que imponga el cumplimiento forzoso de esa alteración, en el entendido de que ese otro sujeto no acepta la pretensión alegada por el actor. El Juez ante quien se presenta una pretensión debe ponderarla en Derecho y *declarar* el derecho aducido e *imponerlo coactivamente*, a través de la fuerza pública, si ello fuese necesario, sin que haya posibilidad para el particular de utilizar la coacción privada para hacer valer sus títulos¹.

Es aquí donde la Administración se aleja del régimen común a los particulares y es el límite que divide el Derecho Privado del Público. Ella no sólo actúa sobre la voluntad de los particulares, sino que en esa actuación autotutela sus derechos: no requiere la tutela judicial.

Así, la Administración puede crear, modificar o extinguir derechos unilateralmente y ejecutar de oficio sus decisiones. En este sentido, García de Enterría y Fernández:

“Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale

¹ “Para poner en práctica las garantías jurisdiccionales que acabamos de reseñar, se requiere el ejercicio de una actividad continuativa, en la cual se pueden distinguir dos momentos: la *cognición* y la *ejecución forzada*. La *cognición* se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado (primario o sancionatorio) y se expresa en una decisión; la *ejecución forzada* trata de hacer que el mandato individualizado, declarado mediante la decisión, sea prácticamente ejecutado” (CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Volumen I, p. 159).

tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (*privilegio de autotutela*)”².

El origen histórico de esta situación debe buscarse, desde luego, en Francia³. La interpretación estricta que hicieron los ideólogos de la Revolución del principio de la separación de los poderes, basados en el modelo político inglés, les llevó a pensar que debía existir una absoluta separación entre los Poderes Ejecutivo y Judicial. Esto implicaba que éste no podía juzgar a aquél, lo que a su vez originaba dos consecuencias importantes: el Poder Judicial no debía interferir en el funcionamiento del Ejecutivo, juzgándolo y, por otra parte, era a la propia Administración a quien correspondía conocer sobre la legalidad de sus actos, lo que era también una remembranza del poder absoluto del Monarca⁴. Desde luego, esta primigenia concepción hoy no tiene vigencia, desde que el sistema de Estado de

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Tomo I, p. 43. Linares Benzo, por su parte, señala: “En efecto, es ya un tópico decir que los actos administrativos gozan de ejecutividad y ejecutoriedad. Sucintamente, la ejecutividad es el valor de los actos administrativos como títulos ejecutivos, en el sentido procesal del término: no requieren de homologación judicial para servir de sustento a su imposición, inclusive forzosa, frente a la voluntad ajena a la de la Administración. La ejecutoriedad es corolario de la ejecutividad: es la posibilidad de imponer en el terreno de los hechos el contenido del acto administrativo de que se trate. El juego de ambas notas termina de definir una de las características básicas de los actos administrativos como emanados de una Administración Pública y que posee, por esa circunstancia, una fuerza mayor a la de los demás actos no judiciales de los sujetos del ordenamiento” (LINARES BENZO, Gustavo; *Notas sobre los actos administrativos*, Caracas, 2004, p. 9, consultado en original).

³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 27-60 y ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A.; *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 105-155.

⁴ “Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado «gobierno de los jueces» y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y

Derecho, ganado por la Modernidad y que se ha impuesto en casi todo el mundo, ha llevado a que la Administración también se someta a la jurisdicción de los Tribunales, en su caso, los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La autotutela, entonces, consiste en que la Administración no requiere que un tercero imparcial, el Juez, certifique sus derechos y los haga ejecutivos: el acto administrativo es un título ejecutivo que no requiere de homologación judicial para producir efectos jurídicos.

La autotutela administrativa se diferencia claramente de los fenómenos de autotutela del Derecho Privado, como han observado García de Enterría y Fernández. La autotutela que se reconoce en algunas relaciones privadas es esencialmente excepcional y facultativa. Es excepcional, desde que altera el principio general de la necesidad de acudir a la tutela judicial para reconocer los títulos jurídicos. Es voluntaria, porque en los casos de autotutela privada se requiere que el interesado decida hacerla valer, sin autorización judicial, aunque luego el juez pueda tener control sobre ella⁵.

En suma, la autotutela explica la posición de la Administración frente a los Tribunales. En virtud del principio de autotutela, la Administración está en capacidad de tutelar su intervención en sus relaciones jurídicas y las consecuencias que de ellas se deriven, a diferencia del resto de los sujetos de derecho que actúan el ordenamiento jurídico. En el Derecho Venezolano, la autotutela tiene base legal en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) en sus artículos 8, donde se indica que los actos administrativos serán ejecutados por la propia Administración; 78, en el cual se exige como condición de ejecución forzosa de los actos que se dicte una decisión previa por la Administración, para impedir que ella ejerza la vía de hecho; 79 en el cual se faculta a la Administración a ejecutar de

no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación que hemos transcrito se declara: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía...Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria». Como se ve, es explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder ejecutivo, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 495).

⁵ Cfr. *Ibídem*, p. 500.

oficio sus actos, y en el 80 donde se establecen las normas por las cuales se regirá la ejecución forzosa.

2. El problema de la supuesta “presunción de legalidad” del acto administrativo⁶

La jurisprudencia y la doctrina generalmente han entendido que “el acto es una manifestación que como tal está dotado de una presunción de legitimidad”⁷. Ante todo acto administrativo existe una presunción *juris tantum* de que el acto es legítimo, “presunción de legalidad”, que hace que el acto administrativo sea de cumplimiento necesario. Por eso, corresponderá al administrado destinatario del acto la carga de impugnarlo, cuando entienda que contraría disposiciones del ordenamiento⁸. Según Gordillo, si bien el administrado está obligado a impugnar el acto que considera ilegítimo, sólo está obligado a probar la ilegitimidad de éste cuando esa ilegitimidad dependa de situaciones de hecho desconocidas para el administrado. Si la ilegitimidad es consecuencia de la contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, el administrado no debe probar la pretendida ilegitimidad, sino sólo alegarla⁹.

Esta presunción de legalidad no está reconocida expresamente en la LOPA, aunque la jurisprudencia y la doctrina venezolanas la han concluido de lo dispuesto en los artículos 8, que ordena la ejecución inmediata de los actos administrativos a falta de término; 79, al autorizar la Administración autora del acto a proceder a su ejecución forzosa de éste, sin requerir el auxilio de los Tribunales, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial, y 87, en el cual se establece el principio de los efectos no suspensivos del recurso administrativo. De lo dispuesto en esas tres normas, se concluye que el acto debe entenderse como

⁶ Véase un resumen de las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales en PÉREZ LUCIANI, Gonzalo; “La llamada ‘presunción de legitimidad’ de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, n° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

⁷ Sentencia de la CPCA de 09-08-84, en *RDP*, n° 20, octubre-diciembre, 1984, p. 139.

⁸ Distinto es el supuesto de la carga de la prueba y su desplazamiento. El hecho de que el administrado, en virtud del principio de autotutela administrativa, tenga la carga de impugnar el acto cuando considere que contraría el ordenamiento, no implica necesariamente que tenga la carga de la prueba sobre el supuesto de hecho que dio origen al acto. Esto es particularmente claro en la materia sancionatoria. (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 504).

⁹ GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, FUNEDA-Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2002, Tomo 3 (El acto administrativo), pp. V10-V12.

legítimo, porque sólo así podría ser ejecutado en los términos que ellos establecen.

Linares Benzo se ha pronunciado recientemente en contra de la presunción de validez de los actos administrativos como fundamento de su carácter ejecutivo, así:

“El carácter ejecutivo de los actos administrativos ha dado en buena parte a la doctrina a considerar que éstos gozan de una presunción de validez, lo que sería el fundamento de esa ejecutividad. Una legitimidad presunta sería la razón del carácter ejecutivo de estos actos.

No pareciera necesaria esa presunción. En efecto, decir que los actos administrativos son ejecutivos porque se presumen válidos es una petición de principio: bastaría con afirmar esa ejecutividad para que se pudiera pasar a los hechos. Así, ninguno de los demás títulos ejecutivos que presenta el Derecho común (títulos cautelares, sentencias definitivamente firmes, etc.) se consideran así porque se presuman legítimos. Sencillamente, el ordenamiento, para favorecer el tráfico jurídico, les da ese carácter con independencia de su conformidad al derecho, bien porque esa conformidad es inútil para dotarlos de eficacia ejecutiva; bien porque ya se agotaron todas las vías para determinarla. De esa manera, no hay porqué buscar un fundamento de la ejecutividad en una presunta legalidad del acto: ello es inútil.

Y peligroso, podría añadirse. Peligroso porque la posición jurídica de la Administración requiere, por definición, que pueda pasar al terreno de los hechos sin control del juez, pero en modo alguno exige una presunción de legalidad que hubiera que enervar en sede judicial. Esa posición de la Administración sencillamente le otorga fuerza ejecutiva a sus actos, pero la conformidad al Derecho de éstos sólo será dilucidada en el eventual proceso judicial que los envuelva. La provisionalidad de cualquier presunción de legalidad de los actos administrativos es otra razón para rechazarla, pues no sólo es inútil, sino que añade al particular, ya gravado con la necesidad de ser

demandante en vista de la ejecutividad de sus actos, el gravamen adicional de tener que desvirtuar en juicio dicha presunción. De hecho, no funciona de esa manera el contencioso administrativo, donde de ninguna manera obra la presunción de legalidad, pues el juez puede, inclusive, anular el acto de oficio si se trata de vicios de nulidad absoluta, entre otras cosas porque esa nulidad se deriva de causales de Derecho, y el juez se presume que lo conoce esta vez correctamente”¹⁰.

La tesis de Linares Benzo, tributaria de García de Enterría y Fernández, parece de acuerdo con el valor de los títulos ejecutivos dentro de la Teoría General del Derecho. La sola consideración de un acto administrativo como un título ejecutivo por parte del ordenamiento –y ello se desprende de lo dispuesto por la LOPA– sería suficiente para que desplieguen sus efectos, sin necesidad de homologación judicial. Por ello, como él lo señala, sería inútil y peligroso pretender acompañar una presunción de validez al carácter ejecutivo de los actos administrativos, porque ya el hecho de que sean títulos ejecutivos es suficiente para que puedan desplegar todos sus efectos.

3. Autotutela o autodefensa de segundo grado

Una consecuencia fundamental de la autotutela administrativa es lo que Jesús González Pérez denomina la *autodefensa de segundo grado*¹¹. El principio de autotutela, así, no se agota en la ejecutividad del acto, que lo hace de cumplimiento necesario (ejecutoriedad), sino que abarca también la posibilidad de que la Administración revise los actos dictados por ella, bien sea a solicitud de parte o de oficio, siempre que esos actos no hayan originado situaciones favorables en cabeza de los administrados destinatarios del acto (arts. 81-84 LOPA). A este respecto ha señalado nuestra jurisprudencia:

“En lo que respecta a la potestad de autotutela de la Administración, se debe señalar que una de sus manifestaciones más importantes es la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones admi-

¹⁰ LINARES BENZO, Gustavo; *Notas sobre los actos administrativos*, cit., pp. 9-10.

¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 68.

nistrativas y, en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.

Esta potestad se encuentra regulada, en primer lugar, en la norma prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos antes transcrito, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerarca, siempre y cuando no originaren derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular.

Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 *eiusdem*, autoriza a la Administración para que en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados.

Así las cosas, observa esta Sala que si bien la norma antes referida consagra la posibilidad de la Administración de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares los actos por ella dictados, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalados taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este orden de ideas, en sentencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, del 26 de julio de 1984 (Caso: *Despacho Los Teques, C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Renovables*), se estableció que:

“(...) Así también, desde hace bastante tiempo reconoció la jurisprudencia de esta Corte la existencia de la llamada potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual pueden y deben los órganos competentes que la integran revocar de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que

se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también puedan hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos. Tal potestad ha sido reconocida como un atributo inherente a la Administración y no como un “sucedáneo” de la potestad jurisdiccional. En tal sentido, merece ser citada la sentencia de esta Sala del 2-11-67, en la cual se dictaminó que «(...) la facultad de la autoridad administrativa para actuar en tal sentido está contenida en el principio de la autotutela de la Administración Pública, que da a ésta poderes de revocar y modificar los actos administrativos que, a su juicio, afecten el mérito o legalidad de los casos por ellos contemplados (...)»”.

De la sentencia transcrita, se colige, en primer lugar, que la estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares y, en segundo lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también puedan hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.

Así mismo, en sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 14 de mayo de 1.985 (Caso: *Freddy Martín Rojas Pérez vs. UNELLEZ*), se señaló que:

“(...) La materia de la potestad revocatoria de la Administración Pública, su alcance y límites, ha sido objeto de abundante estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera y analizada, en múltiples ocasiones, por la jurisprudencia de

este Supremo Tribunal. Ambas reconocen, como principio general de extinción de los actos administrativos, que la Administración tiene la posibilidad de privar de efectos a los actos administrativos bien sea de oficio o a instancia de parte y señalan, como fundamento de esa potestad, razones de legitimidad cuando el acto adolece de algún vicio o defecto que le impide tener plena validez y eficacia, y razones de oportunidad cuando se trata de actos reguladores, ya que es lógico y conveniente que la Administración pueda amoldar su actividad a las transformaciones y mutaciones de la realidad, adoptando en un determinado momento las medidas que estime más apropiadas para el interés público”.

Ahora bien, en virtud de las consideraciones expuestas, resulta forzoso para esta Sala concluir que la potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si trata de actos creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración. Ésta podrá declarar la nulidad sólo por razones de ilegalidad, esto es, si el acto está viciado de nulidad absoluta y si el mismo ha causado estado, es decir, que contra él se hayan interpuesto todos los recursos administrativos a que hubiere lugar, o que no interponiéndose dichos recursos, hayan vencido los lapsos para impugnar el mismo, independientemente de que el particular considere que se le han violado derechos”¹².

¹² Sentencia del TSJ-SPA de 19-06-2001, caso *Virgilio Elías Velásquez Estrada*.

II. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

La autotutela tiene dos manifestaciones: la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, que en realidad son fases de un mismo proceso de autotutela de los derechos.

1.1. Ejecutividad de los actos administrativos

La ejecutividad consiste en que la Administración no requiere que el Juez declare, a través de un proceso cognocitivo, un título jurídico a su favor para actuar. Esa función principalísima del Juez, declarar la pertenencia de derechos o facultades, no se hace necesaria para la Administración, quien, unilateralmente, puede actuar sobre la esfera jurídica de los administrados. Esto, como queda dicho, es impensable para los particulares, quienes sí necesitan que el Juez de la causa declare formalmente la existencia del título a su favor frente a los demás sujetos. Cuando la Administración considera ser titular de un título y dicta un acto administrativo, ya por ése hecho es ejecutivo, quedando a los particulares la carga de impugnarlo.

1.2. Ejecutoriedad de los actos administrativos

La ejecutoriedad, por su parte, permite a la Administración ejecutar por sí misma, forzosamente si ello es necesario, sus actos. Los actos administrativos gozan de ejecutoriedad, con lo cual pueden ser ejecutados por la Administración sin acudir al Juez para que éste dicte una sentencia declarativa previa o, en su caso, ejecute la sentencia. Por la ejecutoriedad, la Administración Pública puede ejercer la coacción sobre los administrados cuando éstos no han cumplido voluntariamente con lo que el acto administrativo les ordena. La Administración, al comprobar la resistencia por parte del administrado a ejecutar el acto, tiene derecho a ejecutarlo por sí misma o encargárselo a un tercero.

La ejecutoriedad presupone la ejecutividad (art. 78 LOPA). En efecto, cuando el art. 78 LOPA condiciona la realización de actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los parti-

culares a que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos, implícitamente está reconociendo al acto administrativo –*fundamento a tales actos*– el carácter de títulos ejecutivos, suficientes por ello para pasar al plano de los hechos. Así, la ejecutividad constituye el título necesario para que la Administración pueda pasar impunemente al plano de los hechos a través de la ejecutoriedad. Este título, por su parte, debe funcionar como una constancia formal que demuestre la habilitación (y su alcance) para la actuación administrativa¹³.

Pero no todos los actos administrativos son de ejecución forzosa, sino sólo aquellos que impongan obligaciones a los administrados, desde que únicamente si la Administración impone obligaciones éstos podrían incumplirlas. Los actos administrativos favorables a los administrados y el incumplimiento de la propia Administración no pueden ser objeto de ejecución forzosa.

Pero la ejecución forzosa no es monopolio de la Administración. La ejecución por parte de la Administración es una excepción al principio de que es a los Tribunales a quienes corresponde coaccionar la voluntad rebelde de los particulares. Por ser una excepción, no deroga el principio, con lo cual, “ante la falta de cumplimiento voluntario de lo ordenado por el acto administrativo –dice Rafael Badell Madrid–, es necesario proceder a su ejecución forzosa. A tal efecto existen dos sistemas: el judicial, que deja a cargo de los Jueces la ejecución forzosa de las decisiones administrativas; y el administrativo, que postula el principio de autotutela ejecutiva y apodera a la Administración para hacer cumplir sus propias decisiones mediante el empleo de la fuerza”¹⁴.

1.2.1. El problema del fundamento de la ejecutoriedad

La doctrina y la jurisprudencia han creado un debate en torno al fundamento de la ejecutoriedad de los actos administrativos. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia plantea que son una prerrogativa a favor de la Administración como persona cualitativamente distinta a las demás (Gar-

¹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 765.

¹⁴ BADELL MADRID, Rafael; “La ejecución administrativa de los actos administrativos y la garantía de los derechos constitucionales”, en www.badellgrau.com

cía de Enterría y Fernández; Sentencia de la CSJ-SPA de 03-08-82). Badell Madrid, por su parte, opina que la ejecutoriedad no funciona como una prerrogativa, sino que es consecuencia de la función administrativa, lo que acarrea las siguientes consecuencias: 1. los otros poderes y los particulares en función administrativa también pueden ejecutar directamente los actos administrativos que dicten, y 2. no son susceptibles de ejecución forzosa los actos que la Administración dicte en función jurisdiccional o arbitral. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 09-11-89, caso *Arnaldo Lovera*, dijo que la ejecutoriedad se fundamenta en la presunción *juris tantum* de legalidad de los actos y en la necesidad de dar cumplimiento al interés público.

Para nosotros, el fundamento último de la ejecutividad y la ejecutoriedad se encuentra, como todo lo relativo a la Administración Pública, en el interés público que a ella corresponde gestionar, en el entendido de que es en virtud del concepto de interés público que el ordenamiento otorga potestades a la Administración. En cuanto a las objeciones de Badell Madrid, podemos ensayar que, en el primer caso, si bien los otros poderes y los particulares también pueden hacer ejecutorios sus actos, ello ocurre como consecuencia de las competencias de esos poderes, y del interés público que corresponde atender a algunos particulares que se encuentran en una situación de sujeción especial con respecto a la Administración. A la segunda objeción, cabría decir que la prerrogativa de la ejecutoriedad se otorga a la Administración sólo para el ejercicio de la función administrativa, que es la que primigeniamente le corresponde.

Dos sentencias, distantes en el tiempo, resumen lo que aquí se ha querido decir:

“El interés público en que se inspiran las normas del Derecho Administrativo, justifica en ciertos casos privilegios de que goza la Administración para el cumplimiento efectivo de sus fines. Entre tales privilegios, que exceden los moldes clásicos del Derecho común, se encuentra el de la inmediata ejecución de sus actos”¹⁵.

¹⁵ Sentencia de la CF de 29-7-59 en *Gaceta Forense* N° 25, 1959, p. 99.

Más recientemente, el TSJ ha dicho que en cuanto al fundamento de esta institución:

“La denominada ejecutoriedad de los actos administrativos supone la potestad de la Administración Pública de hacer cumplir sus propias decisiones, haciéndolas efectivas a través de sus órganos sin que medie intervención o habilitación judicial.

Tal característica de los actos administrativos encuentra en diferentes sistemas jurídicos, consagración o reconocimiento de distinta naturaleza, en algunos casos de rango legal y en otros de rango constitucional. Sin embargo, más allá de las variadas formas en que ésta ha sido incorporada al derecho positivo, el basamento jurídico y, al mismo tiempo político, sobre el cual descansa esta figura, encuentra una justificación que obedece a razones siempre similares, como se expondrá seguidamente.

Al respecto, se suele señalar que la potestad o prerrogativa *en comento* se fundamenta en la imperiosa necesidad de dar satisfacción a los intereses generales, para cuya consecución se producen las situaciones administrativas, sin que pueda resultar obstaculizada o impedida por la acción de los particulares o administrados. Esta argumentación ha sido sostenida por la más acreditada doctrina, tanto patria como extranjera”¹⁶.

1.2.2. Límites a la ejecutoriedad

Desde luego, la ejecutoriedad de los actos administrativos tiene precisos límites, sin los cuales el Derecho Administrativo quedaría virtualmente reducido a la nada. En primer lugar, la autotutela tiene una serie de límites en cuanto a los requisitos de validez del acto administrativo. Pero la ejecutoriedad de esos actos, además, debe estar establecida por Ley y debe respetar el cortejo de derechos constitucionalmente declarados que acompañan al administrado en sus relaciones jurídico-administrativas. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 26 C.N.) apareja ciertas condicio-

¹⁶ Sentencia del TSJ-SPA de 13-11-2001, caso *Banco Caroní, C.A., Banco Universal*.

nes para que la ejecución del acto administrativo sea viable y no implique violaciones a derechos fundamentales del destinatario, las cuales van desde la necesidad de que la Administración dicte primero el acto para después ejecutarlo, hasta el poder que tiene el Juez Contencioso-Administrativo de otorgar la suspensión de efectos del acto para proteger al administrado. El que la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos sea un elemento importante para asegurar la eficiencia de la actividad de la Administración, no debe implicar en ningún caso lesiones a los derechos de los administrados.

Así, es preciso distinguir los conceptos de ejecutoriedad y ejecución forzosa. La ejecutoriedad es la cualidad que tienen algunos actos administrativos de ser ejecutados directamente por la Administración. Sin embargo, no todos los actos administrativos requieren una ejecución forzosa por parte de la Administración que los dicta. Por ello, en realidad, hay tres supuestos: en primer lugar, los actos administrativos que no requieren de ejecución, y que por ello sólo presentan el carácter de la ejecutividad; en segundo lugar, los actos administrativos que deben ser ejecutados, y que por ello presentan los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad, y, en tercer lugar, los actos administrativos que deben ser ejecutados forzosamente por la Administración, y que por ello gozan de los caracteres de ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa por la propia Administración. Por ello es que un sector importante de la doctrina ha considerado que cuando la Administración dicta un acto y no cuenta con la competencia legal suficiente para ejecutarlo forzosamente por sí misma, requiere la intervención de un Juez para imponer el acto sobre el administrado destinatario¹⁷.

Un sector de la doctrina ha planteado que en materia de ejecutoriedad de los actos administrativos, la regla debe ser la necesaria ejecución forzosa de los actos administrativos por parte del Juez, y la excepción la ejecución forzosa de éstos por parte de la Administración que los dicta, previa habilitación legal. Así, Gordillo:

¹⁷ “Se dirá que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (v.gr., sanciones) y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento. Va de suyo que el modo normal de ejecución forzosa de un acto administrativo, cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad *lato sensu* de las personas físicas o jurídicas, es con la debida intervención judicial que controle que el acto es al menos regular, esto es, válido o anulable pero jamás nulo o inexistente” (GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. V-27).

“La ejecutoriedad mal llamada propia, con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aún cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en grupos de casos determinados, a texto expreso o razonablemente implícito; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso, en todo acto que se le ocurra dictar, de cualquier modo, con cualquier incumplimiento del orden jurídico”¹⁸.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la regla es exactamente la otra. El artículo 79 LOPA establece:

“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

Como se ve, según el régimen de dicho artículo, la regla general es la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar forzosamente de oficio sus propios actos, facultad sólo limitable por alguna disposición legal que expresamente reserve la ejecución forzosa de un acto a la autoridad judicial. En ese sentido, Brewer ha señalado que “en efecto, los actos administrativos tienen carácter ejecutivo en el sentido de que configuran, por sí mismos, un título que puede ser ejecutado por la Administración de oficio o si la Ley expresamente lo señala, por la autoridad judicial. Pero en los casos en los cuales no esté prevista expresamente la ejecución judicial, el acto es además, ejecutorio, es decir, que puede ser ejecutado por la propia Administración, por sus propios medios y esto está previsto, en el Artículo 8 de la Ley, que señala que cuando los actos administrativos deban ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser realizados por la Administración en el término establecido, y a falta de término, se ejecutarán inmediatamente. Al regular este principio, la Ley otorga al acto administrativo el carácter de un título ejecutivo, que debe ser ejecutado de

¹⁸ *Ibíd.*, pp. V-32-33.

inmediato por la Administración, por sus propios medios, siendo además, conforme al Artículo 79, la ejecución judicial, la excepción, en cuanto a que sólo, si la Ley lo establece expresamente, la Administración tendría que acudir a la vía judicial, donde tendría el acto carácter de título ejecutivo”¹⁹.

En nuestra opinión, en una futura revisión de nuestra ley de procedimientos, habría que plantearse cuál será la regla y cuál la excepción en esta materia: si la regla debe ser la ejecución forzosa por parte de la Administración de sus actos, y la excepción la autorización legal, o, por el contrario, que la regla sea la necesidad de que la Administración acuda al Juez para solicitarle proceda a la ejecución forzosa de sus actos, y la excepción la ejecución forzosa de los actos por la propia Administración, previa atribución de competencias por vía legal, tal como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina contemporánea²⁰.

En todo caso, no puede entenderse la autotutela administrativa como una función jurisdiccional que ejercería la Administración sobre los administrados. El evidente interés que tiene la Administración sobre el asunto en el que ejerce la autotutela, protección de sus propios derechos e intereses, rompe con los principios de neutralidad e independencia propios de la función jurisdiccional. Por ello, tampoco puede hablarse que en el supuesto de autotutela administrativa tenga lugar el efecto de cosa juzgada, bien sea material o formal, propio de las sentencias judiciales.

¹⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 70-71. Sin embargo, Brewer había señalado antes de la promulgación de la LOPA: “En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo *por vías coercitivas* no puede tener lugar sino por vía judicial. Por tanto la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones (...)”, agregando que la Administración “sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente* (...), por otra parte, (...) en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado (...). Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada” (BREWER CARÍAS, Allan-Randolph; *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, UCV, Caracas, 1964, pp. 132-135.

²⁰ Por ejemplo, GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. V30.

III. TUTELA CAUTELAR

Visto que según el principio de la autotutela la Administración puede pasar al plano de los hechos sin requerir asistencia judicial, el papel de la autoridad judicial en este proceso es esencialmente posterior al acto. Sólo después que el acto ha sido dictado, el juez puede revisar la constitucionalidad o legalidad del acto. El juez revisará, así, la constitucionalidad o legalidad de los actos que la Administración ha dictado de manera unilateral, y su virtud ejecutiva implica el traslado a los particulares afectados por dichos actos de la carga de impugnarlos jurisdiccionalmente.

Ello no resta nada al carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo, tal como es entendido hoy, en el cual la Administración y el administrado se enfrentan como verdaderas partes. La primera defendiendo su actuación jurídica, el acto administrativo que ha dictado, el segundo atacándolo por la vía del recurso contencioso administrativo.

Sin embargo, la posibilidad de lograr la anulación del acto a través del recurso contencioso-administrativo es a todas luces insuficiente para garantizar los derechos e intereses de los administrados. Aun cuando la posibilidad de lograr la anulación del acto establezca en principio la débil situación en la que se encuentra el administrado que debe soportar sus efectos ejecutivos y ejecutorios, en algunas ocasiones, es necesario que el juez tenga poderes suficientes para restablecer inmediatamente una determinada situación jurídica que lesione derechos o intereses del administrado destinatario del acto, mediante la suspensión de sus efectos.

Calamandrei ha señalado la justificación de la garantía jurisdiccional con finalidad cautelar:

“A fin de que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de igual eficacia y oportunidad que la ejecución voluntaria, sería necesario que la declaración de certeza y la puesta en práctica de los medios de coacción, actuasen *instantáneamente*, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así *re adhuc integra*. Pero esta instantaneidad del acto jurisdiccional no es prácticamente posible, porque el

desarrollo de las actividades indispensables para llegar a la declaración de certeza y después de la coacción, exige casi siempre un tiempo no breve; de suerte que existe el peligro de que, mientras los órganos jurisdiccionales se ponen a la obra para proveer, la situación de hecho se altere de un modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, destinadas así a llegar demasiado tarde, cuando el daño es ya irremediable. A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad *cautelar*; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a *anticipar provisoriamente sus previsibles efectos*"²¹.

Ese peligro señalado por Calamandrei es perfectamente posible frente a un acto administrativo. Los enormes efectos que un acto administrativo puede surtir sobre la esfera jurídica de los administrados que son sus destinatarios, y los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad que les acompañan, hacen necesario los poderes cautelares del juez contencioso administrativo, capaces de suspender los efectos de un acto administrativo que amenace los derechos del particular. Esos poderes cautelares permiten, así, conciliar la tensión entre poderes de la Administración y derechos de los administrados que toda relación jurídico-administrativa envuelve. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia:

“En este sentido, la posibilidad de que los efectos del acto administrativo tanto en sede administrativa como judicial sean suspendidos, viene a convertirse en el elemento conciliador y moderado de la perpetua tensión entre libertad y autoridad.

²¹ CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 156-157. Señala más adelante: “Así la garantía cautelar aparece como puesta *al servicio* de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; la misma está destinada, más que a hacer justicia, a *dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra*. El contenido de la garantía cautelar es variable, en cuanto, debiéndose el mismo anticipar de un modo provisorio a los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, es necesario que se ajuste, caso por caso, al diverso contenido de ésta; pero éste es precisamente su carácter distintivo (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la *garantía de la garantía*”, (*Ibidem*, pp. 158-159).

Así las cosas, debe aceptarse que el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, específicamente en el caso de los de carácter sancionatorio, no resulta necesariamente contrario a la garantía de la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a la presunción de inocencia, la cual se vería en todo caso insatisfecha cuando el sistema jurídico permite que la ejecución coercitiva de decisiones administrativas pueda ser sometida a la apreciación de un juez, quien luego de analizar los concretos intereses en juego, dictaminará acerca de la conveniencia o no de la protección cautelar, en función de evitar siempre el daño mayor o más grave que la ejecución o la suspensión del acto puedan causar, tanto al derecho subjetivo, como al bien común en pugna, dependiendo de la circunstancia del caso.

Es por ello, que no puede, en modo alguno, escindirse o excluirse, como erradamente lo pretenden los peticionarios, el análisis de los requisitos del “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” a los fines de que el juez contencioso administrativo pueda ponderar en cada caso concreto la gravedad y la irreparabilidad del daño que virtual o potencialmente pueden sufrir los intereses en juego. En este sentido, la ponderación o equilibrio de intereses se traduce claramente en un tercer requisito que, en concordancia con la valoración hecha de los otros dos, determinará para cada caso concreto, la prevalencia de los intereses individuales, colectivos o inclusive de terceros que puedan estar en discusión”²².

Un efectivo sistema de tutela cautelar es por ello absolutamente necesario para proteger al administrado frente a los riesgos que el sistema de autotutela entraña. En todo caso, el *test* que permitirá determinar si un sistema de tutela cautelar es suficiente para lograr esa protección, será su capacidad de adelantarse a la irreparabilidad del daño que pueda causar el acto administrativo recurrido.

²² Sentencia del TSJ-SPA de 13-11-2001, caso *Banco Caroní, C.A., Banco Universal*.