

# *El carácter autónomo de las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*

Karina Anzola Spadaro

*Universidad Católica Andrés Bello*

El 1° de febrero de 2007, la Asamblea Nacional dictó la Ley Habilitante, en cuyo marco el Presidente de la República dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (DLDPABIS)<sup>1</sup>.

Dentro de este texto normativo, cuyo objeto es “*la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades*” (artículo 1°), se incluyen una serie de medidas denominadas “preventivas” que serán el centro de estas breves reflexiones.

La razón, justamente, es analizar el carácter cautelar o preventivo contrastando la entidad de las mismas, y la forma en la que han sido previstas y pueden ser adoptadas, con las notas esenciales y definidoras de las medidas cautelares, tan comunes en los procesos judiciales.

Debe puntualizarse que este análisis, específicamente, recae sobre las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS, y no sobre las contenidas en el artículo 118, que son medidas preventivas distintas, adoptadas o decretadas en el marco de un procedimiento sancionatorio, y que podrán ser objeto de un análisis posterior.

Definido el alcance de este trabajo es propio referir que el contenido del mismo será el siguiente: i) Una primera parte, dedicada a hacer una breve referencia a las características propias y esenciales que definen una medida como cautelar; y ii) Un segundo aparte, en el que se analiza la naturaleza jurídica de las “medidas preventivas” del artículo 111 del DLDPABIS y, sobre esa base, se refiere su repercusión desde el punto de vista constitucional.

## I. BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS Y ESENCIALES QUE DEFINEN UNA MEDIDA O PROVIDENCIA COMO CAUTELAR

Las medidas o providencias cautelares son tales, no por el adjetivo de “cautelar” o “preventiva” que se les adosa, obviamente, sino por las notas esenciales que les dan ese carácter y las definen.

En primer lugar, como reconoce Piero Calamandrei<sup>2</sup>, la opinión más extendida con respecto al carácter definidor y distintivo de las providencias cautelares es su *provisoriedad*.

---

1 Publicado en *G. O. Extraordinaria* 5.890 del 31 de julio de 2008.

Este carácter supone una limitación de la duración de los efectos de ese tipo de medidas o providencias en el tiempo. Señala el autor, que lo *provisorio* equivale a lo *interino* y se distingue de lo meramente temporal porque, *provisorio* es “lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoria* subsiste durante el tiempo intermedio.”

Quiere ello decir que el carácter provisorio de las medidas cautelares supone, justamente, la existencia de un evento futuro que, en este caso, es la decisión definitiva que resuelve el fondo de la controversia planteada, y sus efectos (los de las cautelares) se extenderán, únicamente, hasta tanto se dicte ese fallo principal, final o definitivo.

Sin embargo, esa *provisoria* no resulta suficiente, por sí sola, para definir el carácter cautelar de una providencia, pues, toda medida cautelar es *provisoria*, pero no toda medida *provisoria* es, necesariamente, cautelar. La *provisoria* es una nota esencial de las medidas cautelares, pero no es exclusiva de ellas<sup>3</sup>. En vista de ello, Calamandrei concluye, y en ello se coincide, que el carácter típico de las providencias cautelares es, más bien, la **instrumentalidad** propia de las mismas.

Esa instrumentalidad la refiere señalando que las providencias cautelares “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como ha dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar...”<sup>4</sup>

Finalmente, sobre la finalidad de las providencias cautelares, ultima el autor que en ellas hay, “mas que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.” Son, entonces, “instrumentos de la justicia”. Todo ello demuestra que la nota esencial, verdaderamente distintiva, o típica, de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental (en contraposición a autónomo), que supone que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, no tienen por finalidad resolver un asunto directa y definitivamente, sino que son un medio, un instrumento, para lograr que la decisión final, la sentencia o providencia definitiva que la sucederá, pueda ser efectiva, es decir, no quede ilusoria en la práctica. **Es de esa instrumentalidad, pues, de donde se derivan el carácter provisorio y el carácter reversible de las medidas cautelares**<sup>5</sup>.

El carácter instrumental, esencia de las providencias cautelares, presupone entonces la existencia de un proceso judicial (o procedimiento administrativo) iniciado o por iniciar, en el

---

2 Piero Calamandrei. *Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires: 1945, p. 36 (trad. Santiago Sentis Melendo).

3 *Ibidem*, p. 38 y ss.

4 *Ibidem*, p. 44.

5 Para mayor abundamiento sobre la materia además de la referencia a Piero Calamandrei véase: Ricardo Henríquez La Roche. “Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento Civil”, Caracas, Ediciones LIBER, 2000.

cual se esté debatiendo el fondo de la controversia o disputa y que culminará con una decisión final que es la que se quiere precaver con las providencias cautelares, al que ésta le servirá de instrumento.

Es, justamente, el carácter instrumental de las providencias cautelares lo que garantiza una total armonía entre la posibilidad de decretarlas y el respeto a los derechos constitucionales de la parte contra la cual obran, porque dentro de ese proceso, o procedimiento, ésta podrá ejercer plenamente su derecho a la defensa y, de tener mejor derecho, lograr la revocatoria de la medida cautelar, ya que la misma, por su instrumentalidad, es reversible. De igual forma, armoniza con el derecho a la presunción de inocencia, pues la decisión cautelar no es definitiva, no juzga de forma permanente sino provisoria a aquél contra quien se dicta, y puede ser desvirtuada y, de nuevo, revertida. Por ello debe aceptarse que las medidas cautelares no vulneran el derecho a la presunción de inocencia, pilar del debido proceso.

En fin, para que una providencia tenga naturaleza cautelar o preventiva debe estar concebida con carácter instrumental y no autónomo, por cuanto en ausencia del mismo, la providencia en cuestión será cualquier otra cosa, pero no una medida cautelar o preventiva dispuesta para garantizar o asegurar la efectividad de una decisión posterior, ya definitiva.

## II. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS “PREVENTIVAS” CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 111 DEL DLDAPABIS

El artículo 111 del DLDAPABIS contempla lo que denomina los “Tipos de Medidas Preventivas” que podrán ser dictadas por la autoridad competente, en este caso el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), cuando se den los supuestos contemplados en el artículo inmediato anterior.

Estas medidas “preventivas” van, desde la toma de posesión de bienes y medios de transporte y el comiso de mercancías, hasta la ocupación y la operatividad temporal de establecimientos y bienes, pasando por una serie de medidas indeterminadas contempladas en el numeral 1° de dicho artículo.

No corresponde a este estudio reparar sobre cada una de ellas en particular, sino, simplemente, atender a la naturaleza cautelar o autónoma de las mismas de acuerdo con las notas esenciales definitorias de las medidas cautelares antes referidas. Lo que sí vale apuntar es que todas ellas son medidas que inciden fuertemente sobre la esfera de derechos de los particulares y que, por ello, bien podrían también cuestionarse en cuanto a su apego a ciertos derechos y principios constitucionales.

Así, lo primero que salta a la vista es que estas medidas “preventivas” han sido concebidas por el legislador para ser aplicadas con una pretendida naturaleza cautelar en sede administrativa. Ello se evidencia en varios aspectos que son de resaltar. Por una parte, proceden conforme con presunciones (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) dos requisitos, que como es sabido, son los típicos para la procedencia de las medidas cautelares. Aunado a ello, el procedimiento contemplado en el artículo 14 del mismo Decreto-Ley es, también, típico y característico de las medidas cautelares. Empieza con una resolución urgente y prescindencia de la intervención de la parte afectada; luego, contempla un procedimiento breve de oposición. Todos éstos son elementos que permiten discernir un pretendido carácter cautelar en estas medidas “preventivas” del artículo 111 del DLDAPABIS.

Sin embargo, las mismas se conciben para ser dictadas al momento en que la autoridad competente (autoridad administrativa) lleve a cabo una inspección de rutina en un establecimiento de alguno de los sujetos regidos por este instrumento normativo, con lo cual, no se

dictan en el marco de un procedimiento administrativo que se haya iniciado para garantizar las resultas de una futura decisión.

Sobre este aspecto particular vale hacer un paréntesis para referir un señalamiento propicio. En principio, cuando la Administración Pública actúa en ejercicio de función administrativa, satisfaciendo directa e inmediatamente el interés general, actúa como parte interesada y no como un tercero imparcial, por lo cual, resulta muy discutible que para lograr ese fin pueda decretar en contra del particular medidas “preventivas” como las contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS, pues ello sería como el adelantar el acto administrativo sin procedimiento administrativo previo (garantía propia del particular), pero además con base en presunciones.

Si bien se le reconoce a la Administración la facultad de poder cambiar el *status quo* para satisfacer el interés general de forma directa e inmediata sin tener que someterse a un proceso judicial previo, ella debe actuar con certeza, no se trata de la certeza absoluta, para todos, que deriva de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, pero sí de la certeza para la propia Administración de lo que está haciendo, y no que actúe con base en meras y simples presunciones indeterminadas como resulta del artículo 111 del DLDPABIS. Una cosa es decidir algo con pretensiones de definitivo, aunque luego sea revisado por un tribunal que dirá, en definitiva, si está bien; y otra cosa, muy diferente, es decidir algo con base en presunciones, por como luce, a sabiendas de que no se está seguro.

No se está negando de plano ese poder cautelar en sede administrativa. En todo caso, la Administración Pública cuenta con esos poderes cautelares en aquellos procedimientos administrativos de tipo triangulares, también llamados cuasi-jurisdiccionales, en los que la Administración resuelve, como un tercero imparcial (como un juez) una controversia entre partes, pues se trata del ejercicio de la función jurisdiccional. También es aceptado, conforme lo dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que la Administración decrete, cautelarmente, la suspensión de los efectos de sus propios actos administrativos, mientras se deciden los recursos administrativos que hayan sido intentados contra ese acto, en estos casos la medida obra contra la Administración que lo dictó y que tiene las potestades para revocarlo, anularlo o convalidarlo, y no contra el particular.

Retomando el análisis, todo lo explicado deja en evidencia que las medidas contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS no son instrumentales. No están concebidas como un medio o instrumento para lograr el fin de precaver los efectos de la decisión definitiva que resuelva el fondo del asunto. Todas ellas, por el contrario, comportan una decisión autónoma e independiente y no existe en ellas la *provisoriedad* ni la reversibilidad propia de las medidas cautelares, porque no son instrumentos de una posterior decisión definitiva derivada de un procedimiento administrativo contradictorio.

Pese a que se les denomine como “preventivas”, esas medidas del artículo 111 son un fin en sí mismas, muestra de ello es que cuando se decreta el comiso de mercancías, de inmediato se dispone de la misma sin que se haya probado la falta en la que incurrió el particular contra el cual se dicta la medida; o cuando se decreta la operatividad temporal se toma posesión de los bienes y equipos de producción despojando al propietario o al poseedor legítimo, sin que exista una decisión de fondo producto de un proceso judicial o, siquiera, un procedimiento administrativo.

Todo ello se hace, únicamente, con base en presunciones, tan laxas, de acuerdo con este Decreto-Ley, que es igual que señalar que proceden en cualquier caso a discreción del funcionario a cargo<sup>6</sup>.

La ausencia de esa instrumentalidad convierte a estas medidas del artículo 111 del DLDPABIS, supuestamente preventivas, en providencias autónomas, en actos administrativos ejecutivos y ejecutorios (no instrumentales, provisorios y reversibles) dictados sobre la base de presunciones y en ausencia de un procedimiento administrativo previo. Por ende, no hay duda de que son inconstitucionales.

Ello merece atención pues, como es sabido, el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos deriva del reconocimiento de la potestad de autotutela administrativa que el Derecho Administrativo le hace a la Administración. Esa potestad resume lo que son las “prerrogativas en más” que el Derecho Administrativo reconoce a la Administración Pública y que se materializan en distintas ventajas que hacen más efectiva la actuación administrativa.

La autotutela administrativa<sup>7</sup> es el privilegio de fondo, verdaderamente importante, significativo, que el Derecho Administrativo, le ha otorgado y reconocido a la Administración Pública, aplicable a aquellos casos en los que interactúa con los particulares investida de su poder de imperio. Es la herramienta que le permite cambiar el estado jurídico de una situación preexistente, sin que haga falta que tal declaración, y luego, su puesta en práctica, sea reconocida y ordenada, previamente, por la autoridad judicial competente, es decir, por los tribunales. Así como la autotutela administrativa representa las “prerrogativas en más”, el respeto y reconocimiento de las garantías a los derechos ciudadanos representan las “prerrogativas en menos” que el Derecho Administrativo coloca en cabeza de la Administración Pública y entre ellas se encuentran el cumplimiento del procedimiento administrativo y el propio acto administrativo que emana de él.

En el caso de las medidas “preventivas” del artículo 111 del DLDPABIS, estando ausente el carácter instrumental, como se observó, esas decisiones se transforman en decisiones autónomas, en actos administrativos, que al ser dictados en ausencia absoluta del procedimiento administrativo y sin cumplir con las formalidades que la ley exige para la emisión de dichos actos, desequilibran la situación de poder e irrespetan las prerrogativas en menos a las que está sujeta la Administración, constituyéndose en violatorias de los derechos constitucionales de los particulares contra los cuales son dictadas.

---

6 Esas presunciones son las que conocemos como los requisitos indispensables para que proceda una medida cautelar, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El último aparte del artículo 110 señala expresamente: “A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva viene dado por el interés colectivo de satisfacer el derecho a disponer de los bienes y servicios de calidad de manera oportuna. La presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz”. Como es evidente, tanto el peligro de daño, como la presunción de buen derecho están, a tal punto, indeterminados que prácticamente hay que señalar que no existen límites para que la autoridad competente adopte estas medidas “preventivas” contra cualquiera de los sujetos regulados por el DLDPABIS.

7 Para ahondar en el tema véase: E. García De Enterría, y T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial CIVITAS, Madrid 1995, p. 487 y ss., y Karina Anzola, “Los Privilegios de la Administración Pública y su Justificación Final” en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 19, Editorial Sherwood, Caracas: Julio-Diciembre 2004, p. 27-40.

En fin, tales “medidas preventivas” resultan inconstitucionales en tanto y en cuanto no son instrumento de una posterior y definitiva decisión a dictarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que la parte afectada pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa presentando sus alegatos y pruebas y desvirtuando aquello que se le imputa, y, adicionalmente, por tratarse de verdaderas sanciones, de fuerte incidencia sobre los derechos subjetivos de los particulares, adoptadas sin procedimiento previo. Por ambas razones se violenta, evidentemente, el derecho al debido procedimiento contemplado en el artículo 49 de la Constitución y, en específico, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia que conforman ese derecho constitucional.