

**Magistrado Ponente: CARLOS ESCARRA MALAVE**

**Exp. N° 16692**

En fecha 03 de diciembre de 1999, fue presentado ante esta Sala, escrito contentivo del recurso contencioso-administrativo de nulidad ejercido conjuntamente con solicitud de amparo cautelar por los abogadosJESUS CABALLERO ORTIZ y ALFREDO ROMERO MENDOZA, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nros. 4.643 y 57.727,  actuando en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil **CONSTRUCTORA PEDECA C.A.**, inscrita ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en fecha 20 de julio de 1955, anotada bajo el Nº 19, Tomo 16-A, anteriormente denominada CONSTRUCTORA TUPEC C.A.; contra “…*el acto administrativo de efectos particulares dictado por el Gobernador del Estado Anzoátegui mediante el Decreto número 134 de fecha 3 de junio de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de ese Estado número 870 (Extraordinario) de la misma fecha*…”.

En fecha 07 de diciembre de 1999, fue remitido a la Sala en cuaderno separado, copias certificadas del expediente a los fines del trámite de la acción de amparo y, en la misma fecha, se dio cuenta del mismo y se designó ponente al Magistrado Hermes Harting para la decisión de la solicitud cautelar de amparo.

 Por cuanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial en fecha 30 de diciembre de 1999, estableció un cambio en la estructura y denominación de este Máximo Tribunal, y habiendo tomado posesión de sus cargos - previa juramentación - los nuevos Magistrados de esta Sala Político Administrativa, es razón por la cual, esta Sala, en fecha 14 de enero del año 2000 ordenó la continuación de la causa y reasignó la ponencia al Magistrado que con tal carácter suscribe.

Mediante diligencia suscrita en fecha 3 de febrero del año 2000 por el abogado Alfredo Romero Mendoza, actuando con el carácter antes mencionado, consignó copia certificada del acta de Inspección Judicial practicada en la imprenta oficial del Estado Anzoátegui “…*a la cual se hace alusión en los folios 75 y 76 como anexo ‘13’, lo que constituyó un error material pues el anexo ‘13’ acompañado no guarda vinculación con el caso de autos*…”*.*Continuó expresando el referido diligenciante que“…*Ahora bien, de la Inspección Judicial que ahora se anexa, tal como se alega en el recurso, se desprende que el acto administrativo impugnado fue publicado con fecha posterior a la ejecución del acto mismo, por lo que a (su ) mandante se le violaron flagrantemente sus derechos constitucionales porque se incurrió en una vía de hecho al haberse ejecutado un acto del cual no tuvo conocimiento (su) representada*”.

Mediante escrito presentado en fecha 23 de febrero del año 2000 por la representación judicial de la parte accionante, ésta, argumentando que la actuación del Gobernador del Estado Anzoátegui no sólo le vulneró la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, sino además el derecho a la libertad económica, solicitó que en el momento en que la Sala se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo cautelar, dicte también una medida cautelar preventiva anticipativa, a fin de que suspenda provisionalmente y sin apertura de contradictorio los efectos del acto administrativo impugnado, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la vigente Carta Magna.

**I**

**DEL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO CONJUNTAMENTE CON SOLICITUD DE AMPARO CAUTELAR**

Los apoderados judiciales de la parte accionante fundamentaron su escrito recursivo en los alegatos que a continuación esta Sala resume:

1.- Que mediante el acto administrativo impugnado (decreto Nº 134 de fecha 3 de junio de 1999), se revocó el acto (decreto Nº 188 de fecha 26 de septiembre de 1996), mediante el cual le fue otorgada a su mandante, la concesión en relación con el tramo vial Distribuidor Maturín-La Ceiba-Límite Monagas y el acto (decreto Nº 175 de fecha 11 de septiembre de 1996), que ordenó la elaboración del contrato de concesión por parte de la Comisión de Licitación respectiva.

2.- Que  mediante el decreto impugnado, el Gobernador del Estado Anzoátegui “*…errónea y abusivamente*…” revocó actos administrativos firmes y creadores de derecho, cuyos efectos no podían ni pueden  - según argumentan -, ser legalmente suspendidos ni revocados, por cuanto la excepción que permite revocar actos particulares que crean derechos subjetivos a un particular, se fundamenta en el hecho de que exista un vicio de nulidad absoluta de los previstos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, situación que, a su decir, no se da en el caso, toda vez que el mismo Gobernador del Estado Anzoátegui, más bien ratifica en el texto del acto impugnado, que su representada obtuvo la buena pro y se le otorgó la concesión de manera legal y justa.

3.- Que el procedimiento constitutivo que dio origen al acto administrativo impugnado así como su ejecución, fue realizado por el Presidente de la empresa Vialidad de Anzoátegui (V.A.S.A.), “…*a la cual no le han sido otorgadas por vía de excepción potestades públicas*…”, y por ende, la sustanciación y ejecución del precitado acto impugnado, fue realizado por una persona incompetente, ya que “…*no existe texto legal que permita expresamente realizar dichas actuaciones administrativas por parte de una persona diferente al Gobernador*…”, lo que por vía de consecuencia, deviene en la circunstancia de que al acto fue dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

4.- Que el funcionario sustanciador, llevó a cabo una vía de hecho sin haber sido dictado el acto administrativo previo, al ocupar el peaje ubicado en el tramo vial Tramo local (13)-Troncal Trece (13) Distribuidor Maturín-La Ceiba-Límite Monagas.

5.- Que consta de inspección judicial  practicada el 9 de junio de 1999 que la imprenta del Estado recibió en fecha 8 del mismo mes y año del Ejecutivo Estadal, para su publicación, los decretos 133, 134 (acto impugnado) y 135, y que en dicha inspección, se dejó constancia de que los días dos, tres y cuatro de junio de 1999 sólo fue publicada la Gaceta Oficial  Extraordinario Nº 869, de fecha 3 de junio de 1999, “…*la cual no guarda relación alguna con la revocatoria de la concesión otorgada a (su) mandante y que, por el contrario (…), fue el día 8-6-99 cuando recibió el decreto Nº 133 de fecha 3-6-99 y que es el día 9-6-99 cuando procede a transcribir los textos de los decretos ya que:’…los mismos son extensos, (sic) pues el decreto 133, consta de veintiséis (26) páginas y el 134 de veintiún (21) páginas’ señalando expresamente que se abstiene de permitir que se expidan copias certificadas pues ‘…los mismos no han sido publicados (sic) y los mismos (sic) se estiman publicar para la próxima semana*…’”.

6.- Que  su representada no fue notificada del acto impugnado, ni le fue permitido leerlo y por tanto, tener conocimiento del contenido del mismo al momento de practicarse la inspección judicial el día 9 de junio de 1999 y que, sin embargo, tal cual consta en declaraciones de prensa rendidas por el Gobernador del Estado Anzoátegui, los peajes fueron ocupados despojando a su mandante de sus derechos adquiridos a través de la concesión, y dicha actuación del Gobernador se realizó con prescindencia del acto que lo fundamentara.

7.- Que  el decreto cuya nulidad se solicita, revoca actos firmes y creadores de derechos bajo el falso supuesto de que tales actos firmes fueron dictados por una autoridad administrativa que presuntamente incurrió en una ilegalidad, al no suspender el proceso licitatorio mediante el cual se le otorgó la buena pro a su representada y que concluyó en el otorgamiento de la concesión y posterior suscripción del contrato de concesión, por cuanto supuestamente, tal proceder aconteció en un momento en que la referida autoridad administrativa había declarado la emergencia de la vialidad del Estado Anzoátegui, mediante el decreto Nº 167 de fecha 29 de agosto de 1996.

8.-  Que de lo antes expuesto, resulta evidente que el decreto Nº 134 (acto impugnado) incurrió en falso supuesto de hecho y de derecho, pues el estado de emergencia no lo obligaba a suspender un procedimiento licitatorio por cuanto  - según aducen-  no existe norma legal atributiva de competencia en la que se prevea que ante un estado de emergencia deba suspenderse automáticamente un procedimiento licitatorio.

9.- Que el decreto impugnado no conforme con revocar los actos creadores de derecho, declaró además la nulidad absoluta de la concesión sin fundamento legal alguno o fundamentos fácticos que la soporten, imputando supuestos incumplimientos que niegan en su totalidad.

10.- Que el tantas veces mencionado acto impugnado está viciado en el elemento finalístico, al ser dictado con una fin distinto al perseguido por el interés general, evidenciándose que lo pretendido fue beneficiar a la sociedad mercantil Vialidad de Anzoátegui (V.A.S.A.) en forma ilegal, lo que a su vez, implica que el referido acto conlleve implícitamente un vicio en la voluntad de la Administración.

11.- Que el ente administrativo al revocar los actos creadores de derecho, no observó lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Novena del Contrato de Concesión suscrito entre la Gobernación del Estado Anzoátegui y la CONSTRUCTORA PEDECA C.A. que establece que en caso de discrepancias de cualquier tipo referentes al contrato de concesión, las mismas serían resueltas mediante “negociaciones directas conciliando intereses” y en caso de no ser posible el arreglo de esa manera, mediante arbitraje.

12.- Que la motivación del acto impugnado es incongruente, toda vez que el mismo, reconoce que el procedimiento licitatorio, el otorgamiento de la buena pro y de la concesión fueron llevados a cabo perfectamente y que, “…*tan es así, que se afirma que no hubo ‘paralización, suspensión, nulidad o cualquier otra figura jurídica que bloqueara la actuación administrativa’ en el procedimiento licitatorio que se llevó a cabo para otorgarle la buena pro y concesión a (su) representada*”.

Una vez expuestos los argumentos antes señalados para fundamentar con ello la nulidad del acto administrativo impugnado, la parte accionante, solicitó que al declararse “procedente” la nulidad de dicho acto, se condene al Estado Anzoátegui en la persona de su Gobernador, al pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la declaratoria de nulidad, por un monto de DOS MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS BOLIVARES CON SEIS CENTIMOS (Bs. 2.507.276,06) multiplicado por todos los días transcurridos desde el 3 de junio de 1999 inclusive, “…*fecha de la intervención de la estación de peaje correspondiente al tramo denominado como Distribuidora Maturín-La Ceiba-Límite Monagas, hasta la fecha en que la recaudación y administración de la misma sea efectivamente restituida a (su ) representada en las mismas condiciones que lo venía realizando hasta la fecha del despojo, previa deducción de las cantidades previstas en la Cláusula Décima Octava del Contrato de Concesión respectivo (que se anexa al expediente)*…”, y que, igualmente se realice la correspondiente indexación del monto resultante tomando en cuenta los factores económicos apropiados de devaluación del valor de la moneda.

Igualmente la recurrente solicitó una experticia complementaria del fallo en vista de las variaciones que puedan resultar en el cálculo de la cifra final a pagar, así como también el pago de la indemnización correspondiente a los daños morales por el monto de QUINIENTOS MILLONES DE BOLIVARES (Bs. 500.000.000,oo) ocasionados “…*por concepto del desprestigio y perjuicio a su honor y reputación  en vista de las declaraciones de prensa* *del Gobernador del Estado Anzoátegui que lo  declarado se encuentra en rueda de prensa y publicado en varios diarios, entre ellos el diario El Tiempo, uno de los periódicos de mayor circulación, en fecha 4 de junio de 1999 (…) donde declaró que ‘los contratos (con CONSTRUCTORA PEDECA C.A.) (…) están viciados de ilegalidad y la empresa afectada no tendrá ninguna indemnización por parte del gobierno…’*”.

Asimismo la recurrente solicitó de conformidad con los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, amparo cautelar a fin de que se suspendan los efectos del acto administrativo recurrido, por cuanto “…*la Gobernación del Estado Anzoátegui procedió, mediante una vía de hecho, sin dictar el acto administrativo previo, es decir con prescindencia del procedimiento establecido, a ocupar el peaje ubicado en el Tramo local 13; Distribuidora Maturín-La Ceiba-Límite Monagas*” y que, en efecto, “…*el acto administrativo revocó la concesión mediante decreto Nro. 134 de fecha 3 de junio de 1999, publicado en la Gaceta Oficial del estado Anzoátegui Nro. 870 Extraordinario de la misma fecha*”.

Continua la accionante fundamentando su solicitud cautelar de amparo, bajo el argumento de que consta de inspección judicial que anexan al expediente, que la imprenta del Estado Anzoátegui recibió del Ejecutivo Estadal para su publicación, los decretos 133, **134** y 135 de fecha 3 de junio de 1999, el día 8 del mismo mes y año y que en dicha inspección se dejó constancia de que los días 2, 3 y 4 de junio de 1999, sólo fue publicada la Gaceta Oficial Extraordinario Nro. 869 de fecha 3 de junio de 1999, “…*la cual no guarda relación alguna con la revocatoria de la concesión otorgada a (su) mandante*(…)”, destacando también que “…*(su) representada no fue notificada del referido acto, no se le permitió leerlo y, por tanto, tener conocimiento del contenido del mismo al momento de que fue despojada de su derecho en fecha 3 de junio de 1999 tal como consta de declaraciones del Gobernador del Estado Anzoátegui a través de la prensa local (…), donde ratifica la intervención del peaje correspondiente al tramo en cuestión y evidencia públicamente la vía de hecho que aquí (han) explandao (sic*)” y que ello, comporta consecuentemente una flagrante violación al derecho a la defensa.

**II**

**DE LA DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA DE ESTA SALA PARA CONOCER DE LA ACCION CONJUNTA DE NULIDAD Y AMPARO**

Corresponde en primer término a esta Sala pronunciarse sobre su competencia para conocer de la acción de amparo cautelar. En tal sentido observa que conforme a la decisión del 20 de enero de 2000 la competencia para conocer de un amparo acumulado a un recurso de nulidad conforme al artículo 5 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales corresponderá al Tribunal que le esté atribuido conocer de éste último.

En el caso de autos ha sido ejercido un recurso de nulidad con amparo cautelar contra un Decreto dictado por el Gobernador del Estado Anzoátegui número 134 de fecha 3 de junio de 1999 que revocó parcialmente el Decreto N° 188 del 26 de septiembre de 1996 que acordó a los recurrentes la Concesión para la Conservación, Mantenimiento, Ampliación, Administración y Aprovechamiento del tramo vial Distribuidor Maturín-La Ceiba-Límite Monagas y el Decreto N° 175 de fecha 11 de septiembre de 1996 que ordenó la elaboración del contrato de concesión por parte de la de la Comisión de Licitación respectiva. Asimismo, el Decreto impugnado declaro la nulidad absoluta del correspondiente contrato de concesión suscrito entre la sociedad mercantil **CONSTRUCTORA** **PEDECA, C.A.** y el Estado Anzoátegui.

Conforme a lo anterior esta Sala aprecia que el decreto impugnado se encuentra en estricta relación con un contrato de concesión que ha de ser calificado como “administrativo” por cuanto una de sus partes es una persona político-territorial, su objeto versa sobre la gestión de un servicio público y, aún cuando no es indispensable, se encuentran presentes en el contrato de concesión cláusulas que le otorgan potestades a la administración contratante que rebasan el régimen propio de los contratos que se rigen por el Derecho Privado.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 42, ordinal 14º y 43 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, que establecen la competencia de esta Sala Político-Administrativa para conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sean parte los Estados, debe esta Sala declararse competente para conocer del recurso de nulidad interpuesto y, por lo tanto, del amparo accesorio y la medida cautelar provisionalísima que la parte actora solicita. Así se decide.

**III**

**DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO CAUTELAR**

Verificada la competencia de esta Sala para conocer de la presente acción de amparo cautelar, se pasa a determinar sobre su admisión y en tal sentido se verifica que efectivamente cumple con los requisitos exigidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y que igualmente, no se desprende de los autos que la misma esté inmersa en algunas de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 6°, *ejusdem,*por lo que debe admitir la acción de amparo propuesta y en este sentido, así se declara.

**IV**

**CONSIDERACIONES DE ESTA SALA PARA ACORDAR MEDIDA CAUTELAR “PROVISIONALISIMA”**

Determinada la competencia de esta Sala para conocer del amparo cautelar interpuesto y habiendo sido admitida la referida acción, debe este órgano jurisdiccional pronunciarse en relación a la solicitud de fecha 23 de febrero del año 2000 formulada por la representación judicial de la parte accionante, de que se suspendan los efectos *“inaudita parte”*del acto impugnado mientras se decide la solicitud de amparo cautelar. En tal sentido debe esta Sala efectuar dos pronunciamientos, el primero, referido a la existencia de este tipo de medidas provisionalísimas y, el segundo, para el caso de resultar positivo el anterior, relativo a la procedencia de dicha medida en el caso de autos.

En cuanto a la existencia de las llamadas medidas provisionalísimas la doctrina ha venido desarrollando una importante corriente de opinión que, de forma prácticamente unánime, reclama una mayor amplitud y flexibilidad en los criterios a seguir para la resolución de las peticiones incidentales de suspensión y otras medidas cautelares (nominadas o innominadas) formuladas con ocasión de la impugnación jurisdiccional de la actividad administrativa.

 Dicho planteamiento se enmarca en una formulación de más amplio alcance que conlleva a replantear si en el seno de un proceso contencioso administrativo, en el tiempo de duración del trámite incidental mediante el cual el juez debe otorgar o denegar la tutela cautelar, el juez puede adoptar las llamadas “*medidas provisionalísimas o pre-cautelares*”, destinadas a preservar la efectividad de la decisión que recaiga en el incidente principal cautelar, esto es, en tanto se tramita y resuelve el incidente de suspensión o cualquier otra medida promovida por el recurrente.

En efecto, la potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar este tipo de medidas, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, evitando que un posible fallo a favor de la pretensión “...*quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento*” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 17 de diciembre de 1992).

Este mismo derecho se encuentra reconocido en el ordenamiento comunitario por el principio general al que se alude en la Sentencia “*Factortame*” del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de fecha 19 de julio de 1990, principio que se resume en la frase: “*la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene la razón*”.

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA en su libro “*La Batalla por las Medidas Cautelares*”, señala como un auténtico hito del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, el deber de los órganos jurisdiccionales de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido  de la decisión que finalmente se adopte, no pudiendo eliminarse de manera absoluta la posibilidad de asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en su momento.

Tales afirmaciones, son compartidas por la doctrina patria, cuando analiza del mismo modo la procedencia de la adopción de medidas cautelares innominadas de carácter provisionalísimo, cuando ORTIZ ALVAREZ, afirma:

“De manera que, bajo una perspectiva constitucional de tutela judicial efectiva, apoyada, si se quiere, en algunas posibilidades legales y en los avances del Derecho comparado, es forzoso concluir que en el ordenamiento jurídico venezolano es perfectamente posible instaurar – por vía jurisprudencial -, además de la suspensión automática en ciertas materias y supuestos, la figura de las **medidas provisionalísimas**, para lo cual es posible acudir a varias técnicas o posibilidades de conjugación cautelar.

En primer lugar, es viable que el juez contencioso administrativo utilice directamente su poder cautelar general, que, insistimos, tiene base constitucional en la tutela judicial efectiva, y por esta vía configurar jurisprudencialmente la técnica de las medidas provisionalísimas y adaptarlas a exigencias o requisitos (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses) similares o compatibles con los requisitos que se exijan para el otorgamiento de la medida cautelar principal, bien que, en sede **provisionalísima**, tales requisitos deberán ser analizados en un contexto de extrema urgencia, lo que en ciertos casos, y como regla, puede suponer llevar los *standards* de valoración a niveles más altos, esto es, por ejemplo, que la exigencia de buen derecho sea aún más evidente o manifiesta, que los daños a tomar en cuenta sean los de muy difícil reparación o simplemente irreversibles y que no exista ningún riesgo manifiesto de daños a intereses generales, todo lo cual, deberá ser apreciado – para que tenga sentido la figura **provisionalísima** – en muy corto tiempo y sin mayores formalidades”.

Aprecia esta Sala que la doctrina ha venido sosteniendo la posibilidad de que el Juez contencioso-administrativo acuerde las medidas cautelares provisionalísimas con base en el derecho a la tutela judicial efectiva que ya se encontraba consagrado en la Constitución de 1961. Ahora bien, en virtud de la reciente entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se hace imprescindible analizar de forma integral y progresiva su contenido a los fines de conocer los principios y normas que contiene al respecto. En tal sentido, esta Sala observa que una revisión del Preámbulo y los artículos 19, 26, 27 y 257 de la referida Carta Magna se desprenden las siguientes conclusiones:

1.                  La obligación de los Poderes Públicos del Estado de garantizar a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales.

2.                  El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías.

3.                  El carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona.

Conforme a tales presupuestos se debe concluir que en la Constitución vigente existen presupuestos suficientes para declarar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de las referidas medidas provisionalísimas, las cuales persiguen garantizar a los ciudadanos el goce efectivo de sus derechos constitucionales mediante una tutela expedita de éstos.

No obstante lo anterior, esta Sala debe ser muy cuidadosa al interpretar la inmediatez antes referida en cuanto a la suspensión cautelar de efectos *in limine litis*de un acto administrativo, una actuación material o una vía de hecho, fundamentada en presuntas violaciones de derechos constitucionales. En vista que el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, a que se refiere el artículo 27 constitucional, no debe propender a la violación de otros derechos constitucionales de igual o similar *status*, esto es en el caso de marras, que la pretensión de cautela anticipada solicitada por el quejoso por la presunta violación del derecho a la defensa, al debido procedimiento y a las libertades económicas y otros derechos conexos no debe generar la violación inminente del derecho a la defensa y al debido proceso del presunto agraviante, dado que ninguna de las referidas libertades privan o prevalecen las unas sobre las otras.

Las anteriores razones permiten analizar la procedencia *in limine litis*de la suspensión cautelar de los efectos de la manifestación de la voluntad  de la  Administración, que es retada en cuanto a su validez, en el presente proceso; y estudiar la posibilidad de  otorgar una cautela previa en un proceso cautelar constitucional, como en este caso lo es el amparo, que a su vez es accesorio del proceso contencioso administrativo de la nulidad del acto.

En este orden de ideas es necesario referir el criterio establecido por el profesor español OSORIO ACOSTA, en su obra titulada *La Suspensión Jurisdiccional del Acto Administrativo*, al analizar la situación planteada por el Auto emanado del Tribunal Supremo Español de fecha 2 de noviembre de 1993, en el cual se resuelve una situación que se asemeja mucho al caso *sub iudice* al afirmar el autor que:

“La situación que plantea este auto es sumamente trascendente. Se estaría tratando de la “Cautela de la Cautela”, es decir, de asegurar cautelarmente el objeto litigioso hasta tanto se decida si procede o no acordar la suspensión solicitada… la mayoría de los magistrados considero que si era aplicable, ex artículo 24 C.E. ( artículo de la constitución española que establece la tutela jurisdiccional efectiva, menos amplio que nuestro artículo 26 Constitucional), cualquier medida cautelar con la que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva… Lo importante, desde mi punto de vista, es  que se establezca una suspensión cautelar inspirada en principios constitucionales, al tiempo que se debería dotar al proceso administrativo (nuestro Contencioso Administrativo) de un mayor abanico de posibilidades en orden a las medidas cautelares que se puedan acordar dentro de él.” (Paréntesis de la Sala)

Como ya ha sido expresado, se considera necesario la existencia de un *iter* procesal que permita a esta Sala el confirmar o no las presunciones de violación de derechos y garantías constitucionales alegadas por el querellante en su escrito libelar y en su posterior modificación, y a su vez permitirle al presunto agraviante el defenderse dentro del proceso constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, pero esto no obsta para poder adelantar una tutela constitucional, que de forma cautelar suspenda los efectos del acto presuntamente violatorio, cuya vigencia quede supeditada a su ratificación en la decisión que esta Sala emita para resolver el fondo del amparo constitucional solicitado.

El argumento antes referido se ve reforzado, bajo las premisas de que la tramitación procesal establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual no ha perdido vigencia, por no enmarcarse dentro del supuesto establecido en la disposición derogatoria única del Texto Constitucional y no haber sido modificada por la Sentencia número 07 de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, en cuanto al amparo cautelar conjunto con recurso de nulidad;  y dada la composición de esta Sala como tribunal colegiado, hacen que el tiempo para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales pueda exceder la noción de inmediatez exigida por el texto constitucional, premisas estas por las cuales se hace necesario y procedente el anticipar una tutela al proceso de amparo y otorgar una cautela de la cautela.

 Es de gran importancia resaltar que la procedencia de esta Tutela Anticipada sólo tiene como fin garantizar el ejercicio provisional de los derechos presumiblemente violados al querellante, en la espera de la decisión definitiva del amparo como proceso cautelar que persigue suspender los efectos de la actuación de la administración, en la espera, a su vez, de la decisión del fondo del asunto constituido por el proceso de nulidad del acto, que persigue borrar el mismo de la esfera jurídica.

Para la procedencia de la referida tutela anticipada es necesario examinar la existencia de sus tres elementos esenciales en virtud de su contenido cautelar, ello ponderando siempre los intereses colectivos o particulares; tales requisitos, a saber son:

1.                  *Fumus Boni Iuris*, que no es otra cosa que la apariencia razonable de la titularidad de un buen derecho que se alega como violada por parte del peticionario, apariencia la cual se deriva de los documentos anexados al escrito libelar, así como a su escrito complementario.

2.                  *Periculum in Mora*, que no es otra cosa que el peligro de que quede ilusorio el fallo definitivo, ante el necesario transcurso de tiempo de cara a resolver el incidente de suspensión.

3.                  *Periculum in Damni*, que es la inminencia del daño causado por la presunta violación de los derechos fundamentales del peticionario y su irreparabilidad. Siendo estos elementos los que básicamente hacen reclamar la necesaria  existencia de la tutela anticipada de los derechos y garantías fundamentales.

Asimismo, considera necesario esta Sala afirmar que el Juzgador siempre mantendrá la potestad de modificar o levantar estas medidas provisionalísimas, ya que no ha de olvidarse el carácter “accesorio” e “interdependiente” de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si se declara improcedente la suspensión de los efectos del acto impugnado o de cualquier otra medida cautelar solicitada, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

Visto lo anterior debe esta Sala afirmar la potestad del Juez Contencioso-Administrativo para acordar las denominadas “medidas provisionalísimas” como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar para garantizar el tantas veces mencionado principio de la tutela judicial efectiva. Ello será lo procedente cuando estén presentes los requisitos ya mencionados en este fallo y hayan sido ponderados los derechos e intereses de la parte que pueda resultar afectada por la medida. Así se declara.

 Establecido lo anterior pasa esta Sala a pronunciarse sobre la procedencia de las medidas provisionalísimas solicitadas por la parte actora y, al efecto observa:

            Como ha sido declarado la procedencia de las medidas cautelares provisionalísimas tienen estricta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto persiguen que no se causen daños irreparables a la parte afectada que no pueda ser reparada luego por la sentencia definitiva. En tal sentido, para acordar tan excepcional cautela debe esta Sala verificar cuales son las especiales circunstancias que hacen procedente dicha protección.

De los autos y, especialmente de los escritos presentados por la parte actora se aprecia que, si bien aportan elementos suficientes que constituirían presunción de buen derecho, de sus alegatos no se establece claramente cuáles serían los daños de difícil reparación que hacen procedente la suspensión inmediata e *in audita alteram parte*del acto impugnado. En efecto, la parte actora se limita a afirmar en el folio nueve (09) de su escrito del 23 de febrero de 2000 que el acto impugnado “*le está causando a mi mandante en su patrimonio (pérdidas materiales) y que podrían convertirse en daños de índole patrimonial de difícil cuantificación y reparabilidad por la definitiva por cuanto la tardanza que exige una decisión de fondo sobre un Recurso de Inconstitucionalidad podría producir daños irreparables*.” Agrega la parte actora que se le produce un daño real, efectivo y palpable al impedírsele ejercer la concesión para lo cual –alega- ha invertido “*tiempo, dinero y esfuerzo*.” Sin embargo, se observa que la parte actora se limita a exponer **de forma genérica**la posibilidad de que mediante el acto impugnado se le causen daños de naturaleza patrimonial sin especificar cómo y en que proporción se materializarían éstos, o porque no podrían ser reparados por una posterior decisión de esta Sala.

Advierte esta Sala, al igual que lo ha hecho respecto a las solicitudes de suspensión de efectos realizadas de conformidad con el artículo 136 de la Ley que rige a este Alto Tribunal, que quien pretenda una protección cautelar tiene la carga de alegar y probar de manera suficiente elementos que permitan determinar cuál o cuáles serían los daños de difícil reparación por la sentencia definitiva, más aún cuando la cautela que se solicita tiene el carácter excepcional de la que se discute en autos.

Lo antes dicho no quiere decir que la parte solicitante de la medida provisionalísima deba efectuar una análisis en extremo detallado de los daños que se le causarían o se le están causando por el acto impugnado que ameriten su procedencia, pues entiende esta Sala la urgencia que acompaña a este tipo de solicitudes cautelares, pero, ello tampoco puede convertirse en excusa para que se omita aportar aquellos elementos de los cuales pueda constatarse o presumirse la ocurrencia de tales posibles daños. Más aún cuando no está presente la parte que se afecta con la medida.

Por tales razones debe esta Sala negar las medidas provisionalísimas solicitadas por la parte actora sin que ello implique algún pronunciamiento sobre el amparo cautelar ya admitido. Así se declara.

**V**

**DECISION**

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Político Administrativa, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara 1) que es **COMPETENTE**para conocer del presente recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra “…*el acto administrativo de efectos particulares dictado por el Gobernador del Estado Anzoátegui mediante el Decreto número 134 de fecha 3 de junio de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de ese Estado número 870 (Extraordinario) de la misma fecha*…”; 2) **ADMITE**la acción de amparo cautelar propuesta por no encontrarse incursa en alguno de los supuestos del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 3) declara **IMPROCEDENTE**la medida provisionalísima solicitada por la representación de **CONSTRUCTORA PEDECA, C.A.** En consecuencia, ordena oficiar al Gobernador del Estado Anzoátegui a fin de que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas más un término de la distancia equivalente a cuatro (4) días continuos a partir de la presente notificación, informe sobre las pretendidas violaciones constitucionales argumentadas de conformidad a lo establecido en el artículo 23 *ejusdem*.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en Caracas en el Salón de Despacho de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dieciseis días del mes de marzo del año dos mil (2000). Años 189º  de la Independencia y  140º de la Federación.

 El Presidente-Ponente,

**CARLOS ESCARRA MALAVE**

El Vicepresidente,

**JOSE RAFAEL TINOCO**

        El Magistrado,

**LEVIS IGNACIO ZERPA**

La Secretaria,

**ANAIS MEJIA CALZADILLA**

**CEM/vam**

**Exp Nº 16692**

**Sent. 488**