

## EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SUSPENSION DE EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DENEGATORIOS

Luis A. Ortiz-Alvarez

Abogado

Profesor de postgrado de Derecho Administrativo  
Universidad Central de Venezuela

### INTRODUCCION

Para una buena administración de justicia, que garantice tanto los intereses de los particulares como los de la Administración, es esencial que los litigios contencioso-administrativos sean juzgados rápidamente. Es sabido que, como dicen los italianos, *giustizia ritardata giustizia denegata* y que, como dicen los franceses, *l'urgence est l'âme des procès* (Roland Dragó).

En efecto, "la legislación procesal, en general, no está preordenada para garantizar la eficacia del proceso. Hay una literal esquizofrenia en el árbol de los procesos que conduce no a la eficacia, sino a la confusión, la lentitud y, por ende, a la ineficacia. Esto lo saben bien los procesalistas, y constituye uno de los más graves atentados... (a la) Constitución. En el contencioso-administrativo las deficiencias son particularmente evidentes..." (Manuel J. Sarmiento Acosta, "Nueva funcionalidad de las Medidas Cautelares en el Contencioso Español", *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 129, 1992, p. 408). Ciertamente, lo propio de la jurisdicción contencioso-administrativa —así como de las otras jurisdicciones— es justamente la lentitud. No sin razón J. González Pérez afirma que "la lentitud constituye uno de los males endémicos del proceso" (*El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, p. 212; donde por cierto este autor recuerda que ya en su día Sentís Melendo señalaba que la lentitud en la administración de justicia era una "enfermedad" bastante general, vid. "La celeridad de los juicios", *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, 1952, p. 91). Tanto tardan los procesos que muchas veces, como indica Nieto que gráficamente dicen los alemanes, *Statt Brot, wird ein stein gegeben*, en lugar de pan, se entrega una piedra. Venezuela, por supuesto, no es la excepción: también nuestros procesos contencioso-administrativos son altamente lentos. De allí la necesidad de existencia de un cuadro de medidas cautelares que garantice los resultados del juicio.

En efecto, es vital, como lo afirma Olivier Dugrip, "que el juez pueda decidir antes de que el transcurso del tiempo prive a la decisión de utilidad y afecte definitivamente la situación de las partes. Cualquiera que sea el alcance doctrinal de la decisión, la misma no presenta interés sino cuando ella tiene una incidencia concreta, y no solamente jurídica, sobre la situación del administrado... El control jurisdiccional de la Administración debe, pues, ser suficientemente rápido para ser eficaz... Frente a situaciones que evolucionan rápidamente, el buen funcionamiento de la justicia exige que el juez pueda tomar en tiempo oportuno las medidas necesarias para preservar los derechos de las partes" (*L'urgence contentieuse*, París, 1991, pp. 15 y 17). Ciertamente, la justicia administrativa debe ser rápida para ser eficaz y ella debe ser eficaz para estar en conformidad con el Estado de Derecho, y con las exigencias constitucionales... Así pues, es forzoso alinearse con Jesús González Pérez quien señala que "una adecuada regulación de las medidas que

aseguren los efectos de la sentencia que pueda dictarse constituye el capítulo más importante de la estructuración de una tutela jurisdiccional efectiva" (Prefacio al libro de Juan Manuel Campo Cabal, *Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo*, Temis, Bogotá, 1989).

Pues bien, frente al desafío del tiempo y de la arbitrariedad, el contencioso-administrativo presenta dos preciosas posibilidades. Por una parte, es posible desacelerar o acortar el procedimiento en la instancia principal, de manera que el juez pueda decidir el litigio en los más breves lapsos y otorgar así a los interesados la posibilidad de beneficiar de la decisión de justicia (en Venezuela, esta posibilidad está consagrada expresamente en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976). Sin embargo, este mecanismo, que solamente afecta a la instancia, no tiene sino un alcance limitado, de allí la razón de la existencia de otras medidas tendentes a salvaguardar la situación litigiosa. En efecto, por otra parte, el contencioso-administrativo ha organizado medidas cautelares —acesorias y necesarias— a la instancia principal, para responder así a la exigencia fundamental de una protección jurisdiccional efectiva. Dentro de este cuadro de medidas cautelares ha sido sin duda la medida de suspensión de efectos de los actos administrativos la que ha tenido un papel protagonista. Sin embargo, la situación en el contencioso-administrativo venezolano se ha vuelto crítica, pues tal medida de suspensión de efectos de los actos administrativos ha sido regulada (*id est*: interpretada jurisdiccionalmente) en términos muy restrictivos.

Entre los muchos defectos que presenta la concepción jurisprudencial de la técnica de suspensión de efectos de los actos administrativos, nos interesa concentrarnos en lo que respecta al contenido de dicha medida de suspensión. El dominio de la medida de suspensión se circunscribe a los actos administrativos de contenido positivo, de donde ha resultado que hoy día dicha técnica de suspensión es insuficiente para alcanzar una adecuada armonización de los contradictorios requerimientos derivados de la simultánea condición de la Administración como poder público actuante y sujeto justiciable. Dicha técnica deja fuera de su cobertura múltiples supuestos: desde el amplio campo de la inactividad de la Administración —cuyo antídoto y reverso se ha buscado entre nosotros en la acción por abstención o carencia y en la acción autónoma de amparo constitucional, según se trate de omisiones específicas o genéricas de la Administración—, hasta el complejo mundo de las formas de actuación administrativa no imperativas, pasando por los actos puramente negativos —esta vez formales— y la variada gama de actos prestacionales o fomento sujetos a condición (Luciano Parejo Alfonzo, "La Tutela Judicial Cautelar en el Orden Contencioso-Administrativo", *Revista de Derecho Público* N° 29, p. 24).

Es pertinente recordar aquí, en relación con lo afirmado, que nuestro régimen de suspensión de efectos —en vía administrativa y judicial— está creado a imagen y semejanza de la legislación española (en efecto, nuestro artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia son hermanos de los artículos 122 de la Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España y del artículo 116 de la Ley de Procedimientos Administrativos española —Ley esta última actualmente derogada por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo Común, Ley 30-1992, del 26 de noviembre de 1992, la cual regula la suspensión de efectos en vía administrativa en sus artículos 104 y 111—). Allá, en España, al igual que en muchos otros países europeos —*ad exemplum*, Francia, Alemania e Italia— la técnica de suspensión de efectos ha sido objeto recientemente de tensiones y críticas internas, hasta el punto de que todos estos países han entrado en una verdadera etapa de renovación en lo que se refiere al cuadro de las medidas cautelares. Decimos esto, porque la apuntada insuficiencia de la medida de suspensión ha

sido puesta de relieve en dichos países, con tal agudeza y profundidad, por la jurisprudencia y la doctrina, que referirnos a ellas nos servirá de paradigma a los fines expositivos.

Actualmente, en la concepción jurisprudencial venezolana, existe un desenfoque entre la inactividad administrativa, los actos de contenido negativo y la técnica de suspensión de efectos: como no hay efecto positivo alguno susceptible de ser suspendido, no existe necesidad de medida cautelar. Que ello no es así —en palabras de Luciano Parejo Alfonzo—, justamente en un estadio avanzado del Estado Social por la progresión de la intervención social de la Administración, no precisa mayor demostración. Justamente el acto de denegación puede producir daños y perjuicios tanto o más graves. Basta pensar en las denegaciones de despacho de aduanas de bienes perecederos, las denegaciones de autorización de elevación de precios de régimen de productos con precios intervenidos, las denegaciones de revisiones de precios en el curso del cumplimiento del contrato administrativo, la denegaciones del acceso y disfrute de prestaciones de servicio público y, entre muchos otros, en el inmenso campo de la gestión urbanística, las denegaciones de aprobación de instrumentos de actuaciones urbanísticas o de autorización de edificaciones, así como de recepción de servicios urbanísticos realizados por particulares, etc. (Luciano Parejo Alfonzo, "Estudio Preliminar" al libro de José Ramón Parada Vásquez, *La Administración y los Jueces*, Caracas, 1988, p. 63). Como puede verse, el campo de cobertura de la medida de suspensión de efectos, coloca a dicha figura como una técnica insuficiente, siendo necesario el apoderamiento por parte del juez de otras medidas de protección. Entre estas medidas nos encontramos —como iremos analizando— con la posibilidad del juez contencioso-administrativo de suspender los efectos de actos administrativos denegatorios o, si se quiere, para llamarlo de una forma distinta —y quizás de mayor alcance—, de otorgar la "ejecución provisional" de las peticiones denegadas o no respondidas (sobre esta expresión "ejecución provisional", vid. J. M. Campo Cabal, *Medidas Cautelares...*, obra cit. pp. 185 y ss.). Todas estas posibilidades cautelares tienen apoyo, por lo demás, en el bloque normativo constitucional.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado principalmente en los artículos 68 y 206 de la Constitución (*lex superior, norma normarum* de aplicación directa y preferente), supone que los administrados gozan del derecho de tener acceso a mecanismos jurídicos idóneos para satisfacer y lograr que los efectos de las sentencias no sean negatorios o simplemente ficticios; si esto no sucede así, no habrá justicia. Para lograr esto, es necesaria la implantación de técnicas cautelares que actúen dentro del ámbito vedado a la tradicional suspensión de efectos.

Entre estas cautelas destinadas a suplir el campo de inoperancia de la clásica suspensión de efectos, debe encontrarse —en un futuro, por vía legislativa, y, hoy, por vía jurisprudencial, mediante la utilización directa de los postulados constitucionales en uso combinado con el poder cautelar general bien reconocido por el juez de lo contencioso-administrativo— la técnica de la ejecución provisional destinada a ofrecer cautela frente a los actos formales de contenido negativo (donde puede incluirse lo que suele llamarse suspensión de efectos de actos administrativos denegatorios) o frente a las omisiones específicas, o inactividad propiamente dicha, permitiendo que se realice temporalmente lo denegado, prohibido u omitido, mientras el proceso principal sigue su curso o termina la sentencia definitiva. En principio, el concepto de "suspensión" de efectos de actos denegatorios puede limitarse —gramaticalmente hablando— a los casos en que hayan actos administrativos formales. En cambio, el concepto de "ejecución provisional" puede abarcar no sólo lo anterior, sino también los casos en que no existe acto administrativo denegatorio alguno, esto es, los casos de omisiones específicas y de inactividad administrativa. Independientemente de lo anterior, las reflexiones del presente estudio

están dirigidas a ambas situaciones, de allí que, a los efectos que aquí nos interesan, ambos conceptos serán utilizados indistintamente (y esto va tanto en los casos de recursos de anulación, como en los casos de acciones de carencia o por abstención, e incluso, tal como lo muestra el Derecho francés, en materia de acciones de daños y perjuicios).

Y es que no podría ser de otra forma, salvo admitir que el contencioso-administrativo es una "estafa procesal" (Parada Vásquez), pues como en su día lo dijo Chiovenda, "*Il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*" (idea que Calamandrei posteriormente utilizaría en el campo concreto de las medidas cautelares y que recientemente ha sido tomada también por la doctrina y jurisprudencia europea).

Dentro de toda esta perspectiva, estudiaremos, por una parte, el derecho a la protección cautelar como manifestación del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva (I) y, por otra parte, el horizonte de las medidas cautelares positivas y el desarrollo técnico de las medidas de ejecución provisional y de la suspensión de actos administrativos denegatorios (II).

## I. EL DERECHO A LA PROTECCION CAUTELAR COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### 1. *El derecho fundamental a la protección judicial efectiva...*

Como lo escribe Jesús González Pérez, "el derecho a la justicia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, viene impuesto a todo Estado por principios superiores... garantizar al ciudadano una administración de justicia eficaz es algo inherente a todo Estado" (Prólogo, *Loc. cit.*, p. IX).

En efecto, el contencioso-administrativo no es un simple contralor de la legalidad objetiva, sino un verdadero sistema de protección de derechos o intereses (tanto de los ciudadanos como de la Administración). El Derecho Administrativo no es ni un derecho "contra" ni un derecho "de" la Administración, sino un derecho de equilibrio, un derecho de relaciones jurídicas y un derecho protector (especialmente en presencia de derechos fundamentales de los particulares).

Existe, pues, más que un simple derecho al recurso o de acceso a los tribunales; hay un derecho fundamental a la efectividad de la protección. Ciertamente, existe un principio *favor actionis*, un principio *pro antiformalista*. Pero eso no es todo, existe también un principio *favor libertatis* y un principio de tutela jurisdiccional efectiva (vid. Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, EJV, Caracas, 1993; René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, París, 1995; J. Delgado Barrio, "El principio de la efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa", en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios homenaje a J. González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo II, p. 1.187 y ss.; E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 1992, Civitas, Madrid, pp. 59 y ss.; J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989 y *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1992; con gran provecho, el libro dirigido por J. Barnes, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993; Luis A. Ortiz-Alvarez, "Nota introductoria", en *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, EJV, Caracas, 1995, pp. 13 y ss. L. Parejo Alfonso, *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983; J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, 1988, pp. 208-225; también el excelente artículo del profesor francés Michel Fromont, *La justice administrative en Europe. Convergences*, en *Mélanges René Chapus*, París, 1992, especialmente pp. 198 y ss.; para una

visión de derecho comunitario europeo, v. Henri Labaye, "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers", *Rev. Fr. Droit Administratif*, N° 4, 1992, pp. 619 y ss.). Esta efectividad de la tutela judicial (*Effektivität des Rechtsschutzes*), considerada como un derecho fundamental, se encuentra consagrada, de una u otra forma, en casi todas las Constituciones del mundo. En Europa, quizás una de las normas más expresivas sobre el particular sea el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, según el cual "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión". Como se ve, este derecho, independientemente del grado de perfección gramatical con que sea plasmado, debe ser interpretado por la jurisprudencia —y de hecho así ha sucedido— en un sentido muy amplio, considerando que existe más que mero derecho *por accione* de acceso a los recursos y a los tribunales, sino que se trata de un derecho a que tanto el acceso como el desarrollo y a la protección otorgadas se hagan de manera efectiva o eficaz. Este derecho fundamental a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva —por lo demás inherente al Estado de Derecho y que bien ha sido considerado por G. J. Ebergs como *Krönung des Rechtsstaates*, esto es, como la "coronación del Estado de Derecho"— está expresamente contenido con redacciones similares en las Constituciones de los países europeos, entre los cuales baste mencionar, *ad exemplum*, los casos de las Constituciones de Alemania (artículo 19.4), Italia (artículo 24, 113), Bélgica (artículo 21), Grecia (artículo 20) y Portugal (artículo 20). Asimismo, este derecho suele aparecer en algunas declaraciones internacionales de derecho humanos tanto europeas como americanas, bien que generalmente se establece como el derecho a un "recurso efectivo". Igualmente la jurisprudencia comunitaria europea ha postulado este derecho a la protección judicial efectiva.

En lo que respecta a Latinoamérica, el derecho a la tutela judicial efectiva aparece en todas las Constituciones, a saber: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículos 15, 116), Brasil (artículo 5 XXXV, LXIII, XXXVII-VIII), Colombia (artículos 29, 31, 87, 228, 229, 238), Costa Rica (artículos 41, 153), Cuba (artículo 59), Chile (artículo 19 ord. 3), Ecuador (artículos 19, ord. 17, 93), El Salvador (artículos 11, 12, 13, 17), Guatemala (artículos 12, 29), Honduras (artículos 82, 94), México (artículo 17), Nicaragua (artículos 160, 165), Panamá (artículos 32, 198), Paraguay (artículos 16, 17, 47, ord. 1, 136, 247), Perú (artículo 139), República Dominicana (artículo 8, ord. 2), Uruguay (artículos 12, 23). También en la Constitución venezolana de 1961 en sus artículos 68 y 206 está consagrado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En este sentido, el artículo 68 dispone lo siguiente:

"Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la Ley, la cual fijará las normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es un derecho inviolable en todo Estado y grado del proceso".

Por su parte, el artículo 206 reza así:

"La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la Ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa".

En España, por ejemplo, país donde la constitucionalización del Derecho público —después de la Constitución de 1978— ha sido paradigmática, ha habido, a partir de este derecho a la protección efectiva de los ciudadanos por el juez, una revolución científica tanto de la doctrina como de la jurisprudencia administrativa y constitucional. Así, entre muchas otras decisiones, el Tribunal Constitucional Español ha dicho “que la efectividad de la tutela judicial respecto a los derechos e intereses legítimos de todas las personas que impetren aquélla, reclaman no tan sólo un ejercicio viable, en cuanto exento de toda suerte de traba u obstáculo, de tales derechos e intereses ante jueces y tribunales, que permita una real accesibilidad al examen y decisión de las pretensiones formuladas en la instancia judicial, sino también, si se quiere dar al precepto todo su sentido y cabal significación, que una eventual decisión —sentencia— estimatoria de las pretensiones ejercitadas sea susceptible de tener incidencia real en la esfera jurídica o situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de modo que logre una reparación verdadera de aquéllas, y en cuanto a este principio es trasladable a la jurisdicción contencioso-administrativa, que la sentencia anulatoria de los actos o disposiciones recurridos permita una virtual restauración de la situación jurídica en la que viene a incidir. Sin que pueda bastar, a tal efecto, con la solución, de naturaleza o carácter subsidiario, de indemnización de daños y perjuicios a cargo de la Administración” (Decisión del 17 de julio de 1982, citada por J. A. Santamaría Pastor, “Tutela Jurisdiccional Efectiva y no Suspensión de la Vía de Recurso”, en *Revista de Administración Pública Española*, Nº 100-102, 1983, pp. 1.617 y siguientes; también por F. López Ramón, “Límites Constitucionales de la Autotutela Administrativa”, *Revista de Administración Pública Española*, Nº 115, 1988, p. 74).

Igualmente en Alemania, la jurisprudencia y la doctrina han explotado el principio *in commento*. En palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán, citadas por O. Teschira y por W. Schmitt (recogidas de Luciano Parejo Alfonso, “La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución”, *Revista de Administración Pública Española*, Nº 84, p. 581) “el derecho constitucional de carácter procesal del artículo 19, párrafo 4 G.G garantiza no sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acceder a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela judicial; el ciudadano tiene un derecho sustantivo a un control judicial eficaz” (vid. J. Barrés Vásquez “La Tutela Judicial efectiva en la Constitución Alemana” en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I). Tan potente ha sido esta concepción en Alemania, que el Tribunal Constitucional Federal ha defendido la posición de que el efecto general de los recursos contencioso-administrativos sea suspensivo, salvo contadas excepciones, todo en aras de una protección jurídica efectiva o *effektiven Rechtsschutz*.

Sin duda, un tal principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede ser defendido, *mutatis mutandis*, en Venezuela. En ese sentido, tal derecho nos parece categórica e ineludiblemente consagrado en los citados artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961. Por lo demás, ya la doctrina y la jurisprudencia venezolanas han admitido la existencia de tal derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y han empezado a descubrir la potencialidad de dicho derecho y todas las incidencias que tiene sobre el contencioso-administrativo. Por una parte, en la doctrina, por ejemplo recientemente el profesor Allan Brewer-Carías ha hecho expresamente referencia a este “derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración” (en su libro *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, p. 16, y también véase toda la tercera parte de este libro, el cual recoge su anterior artículo dedicado a la consideración del contencioso-administrativo como un derecho constitucional a

la tutela judicial frente a la Administración). Por otra parte, también la jurisprudencia venezolana ya ha hecho referencia a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 68 de la Constitución Nacional. Así, por ejemplo, se ha declarado como inconstitucional el antiguo requisito *solve et repete* (sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 14 de octubre de 1990, caso *Scholl Venezolana, C.A. vs República*, en *R.D.P.*, N° 44, 1990, p. 162), y también, en base a este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se ha postulado la necesidad de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas (sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa del 22 de noviembre de 1990, caso *E.L. Fuentes y otros —Mochima—*, *R.D.P.*, N° 44, 1990, p. 177; y del 9 de mayo de 1991, caso *SANITANCA vs. IMAU*). En fin, puede decirse que actualmente la invocación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se está volviendo algo ritual en los recurrentes y en las sentencias (lo que debe estimarse positivo, aunque todavía queden muchas consecuencias abrogatorias y no homogéneas que extraer de tal principio).

En fin, es posible mirar el principio al derecho a la efectividad de la protección jurisdiccional como un principio general del derecho de valor constitucional. Tal como lo escribe B. Stirn (*Les sources constitutionnelles du droit administratif*, París, 1989, p. 161), "para los ciudadanos, el derecho de atacar las decisiones tomadas contra ellos es una garantía fundamental, característica de un Estado de Derecho... las exigencias constitucionales aparecen... para hacer de la existencia de un recurso un principio general del derecho de valor constitucional y para asegurar la eficacia de las vías de recursos".

Las implicaciones e incidencias de este derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva sobre el contencioso-administrativo son tremendas, a tal punto que la totalidad de ellas no puede ser narrada aquí. Basta decir que tal derecho pone en tela de juicio las concepciones actuales sobre la legitimación para accionar, el carácter obligatorio de las vías administrativas, la cuestión del carácter de caducidad de los lapsos de impugnación, la cuestión de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, y un largo etcétera, entre los cuales cabe, por supuesto, la cuestión de la protección cautelar en el contencioso-administrativo.

## 2. ...Implica el derecho a la protección cautelar efectiva

Un análisis exhaustivo de la significación y de las consecuencias (inimaginables) del principio del derecho a la protección jurisdiccional efectiva, sobre la modernización del contencioso-administrativo, no puede —como dijimos— ser hecha dentro del cuadro de este estudio. Sin embargo, algunos ejemplos permitirán medir la significación del mismo y sus consecuencias sobre las medidas cautelares.

En Alemania, el régimen de protección cautelar es el reflejo del derecho fundamental a la efectividad de la protección jurisdiccional. La Corte Constitucional Federal ha prestado una atención particular a este principio e igualmente ha considerado que el artículo 19.4 de la Ley Fundamental es aplicable a la protección cautelar, para así otorgar valor constitucional al principio de efecto suspensivo de los recursos (Decisiones del 19 de julio de 1975 y del 19 de octubre de 1977). Es por esto, que la Ley sobre Tribunales Administrativos alemana ha consagrado (artículo 80) el principio al efecto suspensivo de los recursos administrativos y de la acción contenciosa de anulación. Además, aun en los casos en los cuales la Administración puede descartar el efecto suspensivo en cuestión, el particular tiene el derecho de demandar al Tribunal Administrativo la suspensión de los efectos. Asimismo, en el caso en el que el recurso tiene *ab initio* un efecto suspensivo, el

administrado tiene todavía la posibilidad de solicitar al juez administrativo una *einstweilige Anordnung* u orden provisional, tal como veremos más adelante.

En España, quizás el país más (re)modernizado en lo que concierne al nuevo contencioso-administrativo como sistema protector de derechos e intereses, puede verse una verdadera revolución en materia de suspensión de efectos de actos administrativos y en materia de medidas cautelares en general. Ante todo, es necesario señalar el aporte de la Ley 62-1978 de Protección Jurisdiccional de la Persona, la cual ha consagrado la obligación de pronunciar la suspensión de los efectos de los actos de forma automática en presencia de derechos fundamentales, salvo si la Administración justifica la existencia o la amenaza de un perjuicio grave para el interés general (artículo 7.4). La innovación es importante —es en la Administración sobre quien recae la carga de la prueba, no debiendo el ciudadano justificar ni el daño de difícil reparación, ni tampoco la apariencia de buen derecho—, pero el régimen está limitado a la materia de derechos fundamentales. No obstante, la doctrina propugna una ampliación a todo el contencioso (véase, J. Salas y J. Tornos, "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona", *Revista de Administración Pública Española*, Nº 93, 1980, p. 29; A. Cano Mata, "La Ley de Protección a los Derechos Fundamentales de la Persona y sus Garantías Contencioso-Administrativas", *Revista de Administración Pública Española*, Nº 98, 1992, pp. 52 y 55).

Pero más loable aún es la reacción de la jurisdicción contencioso-administrativa española, la cual —bajo el impulso de la doctrina y de las decisiones del Tribunal Constitucional— ya ha comenzado a extraer todas las consecuencias del principio de la protección efectiva sobre la medida cautelar (vid., para un resumen, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 617 y ss.). La nueva doctrina jurisprudencial es potente e impecable: se trata de la proclamación de la existencia de un verdadero *derecho fundamental a la protección cautelar* de los derechos e intereses, como vía indispensable para evitar la frustración del derecho a la protección jurisdiccional efectiva; por consecuencia, el juez "debe" pronunciar la suspensión de los efectos una vez satisfecha la "apariencia de buen derecho" (*fumus boni iuris*), o una vez probado el *periculum in mora* (pero esto último no es ahora una condición necesaria de la suspensión de efectos y otras medidas cautelares, pues para otorgar éstas sólo basta el *fumus boni iuris*). Igualmente, la nueva concepción implica que las medidas cautelares no están limitadas a la tradicional suspensión de efectos de actos administrativos de contenido positivo sino que el juez puede —y debe— apoderarse de cualquier medida cautelar que sea necesaria para garantizar los efectos de la sentencia definitiva y, por esta vía, para respetar y garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En definitiva, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en una sentencia de 10 de febrero de 1992, "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".

En Venezuela, la defensa de tales ideas nos parece algo necesario e ineludible. La existencia entre nosotros de un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva implica, al igual que en el Derecho Comparado, la existencia de un derecho a la tutela cautelar efectiva y, por esa vía, a la existencia de un derecho a que el juez disponga de cualquier medida cautelar que sea necesaria para garantizar tales derechos fundamentales, entre ellos la medida de ejecución provisional y de suspensión de actos administrativos de contenido denegatorio. Tal realidad y exigencia constitucional nos parece indubitable. El problema no versa ya sobre la cuestión de la existencia o no de tales posibilidades, lo que, como hemos visto, es indiscutible, sino que versa sobre la articulación técnica de tales medidas y sobre la actitud de "renovación" dentro de la cual debe entrar la jurisprudencia venezola-



na, la cual se encuentra por debajo de las posibilidades normativas y, para variar, con cierto retraso respecto a la jurisprudencia y doctrina actuales del Derecho Comparado.

Ahora bien, dentro de este horizonte, hay que destacar una reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 15 de noviembre de 1995 (caso: *Lucía Fernández y Arnoldo J. Echagray* —con ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa Gómez—; véase el texto en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, EJV, Caracas, 1996, pp. 829 y ss.), en la cual el Máximo Tribunal por primera vez ha conectado las medidas cautelares con los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva contenidos en el artículo 68 de la Constitución. La lúcida argumentación de esta decisión es la siguiente:

“( . . . ) corresponde a esa Sala pronunciarse sobre la solicitud de amparo cautelar formulada por los actores, por la cual aspiran a que, mientras se decide definitivamente sobre la anulación del acto impugnado, sean suspendidos sus efectos mediante la paralización provisional de la convocatoria para designar jueces titulares en los tribunales en los que se desempeñan provisoriamente.

Al respecto, este Alto Tribunal observa en primer lugar que el acto del Consejo de la Judicatura impugnado surte efectos generales —aunque no sea normativo—, ya que no existen destinatarios determinados ni determinables.

En consecuencia, a pesar de que el amparo cautelar solicitado por los actores —como antes lo ha señalado la Sala, vgr. sentencia del 28-4-94, caso: Jairo Nixon Manzano— no resulta en principio el medio idóneo legalmente para ser ejercido en este tipo de juicios contra actos de efectos generales no normativos, considera la Sala, sin embargo, que ello no debe repercutir, de plano, en la negación absoluta de la medida cautelar solicitada, sino que —en defensa del derecho constitucional a la defensa— debe acudir al *poder cautelar general que a todo juez*, por el hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, le es inherente. Lo anterior, *por cuanto una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada.*

( . . . ) En conclusión, *de acuerdo con los artículos 68 de la Constitución, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y con lo señalado en las líneas anteriores, se dicta providencia cautelar en el presente proceso*, por la que, mientras se resuelve el juicio, se impida la provisión por el Consejo de la Judicatura de jueces titulares, en los cargos que ocupan los recurrentes (énfasis nuestro)”.

## II. EL HORIZONTE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS. HACIA EL DESARROLLO TECNICO DE LAS MEDIDAS DE EJECUCION PROVISIONAL Y DE SUSPENSION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DENEGATORIOS

### 1. *El paradigma del Derecho Comparado*

#### A. *El Derecho alemán*

En el contencioso-administrativo alemán, cuyo sistema de protección cautelar es impresionante, existen actualmente medidas provisionales tendentes a evitar los daños que pudieran surgir de la inactividad administrativa y de actos administrativos

de contenido denegatorio. En este sentido, la Ley que regula el contencioso-administrativo en Alemania (VWGO), establece dos tipos de medidas cautelares: por una parte, el artículo 80 de la VWGO establece la regla del efecto suspensivo de los recursos (*auschiebende Wirkung*); por otra parte, y para los casos en que no pueda otorgarse protección cautelar a través del clásico efecto suspensivo, el artículo 231 consagra la llamada "Orden Provisional" (*einstweilige Anordnung*), que no es otra cosa que una medida cautelar positiva, mediante la cual se establecen órdenes provisionales de condena para la Administración Pública.

La técnica de suspensión de efectos juega principalmente en el caso de ejercicio de los recursos o acciones de anulación (*Anfechtungsklage*). En cambio, las órdenes provisionales suelen entrar en juego en caso de interposición de las acciones prestacionales o de condena (*Leistungsklagen*), que a su vez se clasifican en acciones obligacionales o para que la Administración conceda una prestación mediante un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*) y en acciones de prestaciones generales para que la Administración conceda una prestación mediante la realización de una actividad que no es un acto (*allgemeine Leistungsklage*).

En relación a las órdenes provisionales, básicamente éstas suelen dividirse —doctrinariamente, mas no en la práctica judicial, pues los tribunales otorgan la orden provisional sin distinguir, procediendo a dictarla simplemente si existe necesidad de protección cautelar— en órdenes provisionales de aseguramiento de un derecho (artículo 123.1.1 VWGO) y en la orden provisional de regulación (artículo 123.1.2. VWGO). El objeto de la orden provisional de aseguramiento de un derecho es tanto la condena de la Administración a omitir una actuación material de limitación, como la condena a omitir la emanación de un acto administrativo de gravamen. Por otra parte, el objeto de la orden provisional de regulación es responder en vía cautelar con la pretensión obligacional y con la modalidad positiva de la pretensión prestacional en general; esto es, que respectivamente se puede establecer tanto la condena de la Administración a omitir una actuación material de limitación como la condena de la misma a realizar una actuación material favorable, incluido el restablecimiento del *status-quo-ante* alterado previamente por una actuación ilegal de la Administración, limitadora de derechos de particular. En lo que respecta a los criterios materiales de otorgamiento de las órdenes provisionales, se considera que el Tribunal debe tomar en cuenta la existencia de una pretensión material jurídico-subjetiva, es decir, de un derecho público subjetivo que sustente la pretensión procesal de condena o prestacional en el proceso principal (*Anordnungsansgrund*). En lo que se refiere a este requisito, la pretensión material jurídico-subjetiva, el Tribunal se limita al examen sumario de las expectativas de estimación de la pretensión procesal principal, es decir, el examen del *fumus boni iuris*.

En definitiva, el Derecho alemán pareciera no tener problemas en admitir la posibilidad de otorgar medidas cautelares positivas frente a actos administrativos denegatorios y frente a la inactividad de la Administración Pública (véase, entre otros, el trabajo de Mariano Bacigalupo, "El Sistema Cautelar en el Contencioso-Administrativo Alemán tras la Reforma de 1991, *Revista de Administración Pública*, España, Nº 128, 1992; también con provecho, S.J. González-Vera Ibáñez, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, pp. 279 y ss. —trabajo este último donde puede verse una selecta bibliografía alemana sobre el tema—; v. igualmente, Michael Fromont y A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, 1948, pp. 171 y ss.).

#### B. El Derecho español

El Derecho español cautelar ha sido recientemente objeto de una verdadera revolución científica, la cual no puede ser narrada aquí (sobre el tema véase Eduar-

do García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Madrid, 1992; Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1991; J. Sarmiento Acosta, *Nueva Funcionalidad de las Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo Español*, *Revista de Administración Pública Española*, N° 129, 1992, pp. 385 y ss., vid. también, J.M. Campo Cabal, *Medidas Cautelares en el contencioso-administrativo*, Bogotá, 1989; E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 617 y ss.; Vicent Aguado i Cudolà, "La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo", en *La Protección Jurídica del Ciudadano ... cit.*, 1993, Tomo II, pp. 1.675 y ss.; también en general sobre el tema y especialmente en lo que se refiere a la suspensión en vía administrativa, F. Garrido Falla y J. Fernández Pastrana, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1993, pp. 133 y ss.; Manuel Rebollo Puig, "Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo", en *La Protección Jurídica del Ciudadano ... cit.* 1993, Tomo I; J. González Pérez y F. González Navarro, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*. Civitas, Madrid, 1994, pp. 857 y ss.). En lo que concretamente respecta a las medidas cautelares positivas, esto es, suspensión de efectos de actos de contenido denegatorio o ejecución provisional, hay una serie de sentencias que es indispensable señalar pues ellas constituyen verdaderos hitos en el desarrollo jurisprudencial de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo. Antes de eso, sin embargo, debe mencionarse que el caso español es similar al caso venezolano, donde existe una norma precisa (en el caso de Venezuela, artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en el caso español, artículo 112 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), la cual pretende limitar las medidas cautelares a la suspensión de efectos de actos administrativos. Pues bien, es el caso que en España, a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 24.1 de la Constitución española —precepto similar al artículo 68 de la Constitución venezolana—, se ha procedido a una "relectura o reinterpretación" de dicho artículo 112 para ampliar así el abanico de actos administrativos susceptibles de caer dentro de la medida de suspensión e igualmente para apoderar al juez, como mandato directo de la Constitución, de otras medidas cautelares necesarias frente a los actos de contenido negativo y frente a la inactividad administrativa.

En primer lugar, hay que mencionar el auto del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990, en el cual se estableció claramente que el artículo 24 de la Constitución implicaba "el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal". Esta categórica y sabia frase sería la base para otra serie de sentencias que vendrían a iniciar una nueva línea respecto a las medidas cautelares frente a actos denegatorios. Tal como lo señala el profesor García de Enterría, "el carácter posterior y, sobre todo, superior, del artículo 24 de la Constitución respecto al artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permitía esperar esta espectacular ampliación" (*La Batalla por las Medidas Cautelares, obra cit.*, p. 216).

En segundo lugar, y ya como la primera aplicación de la anterior sentencia, es menester hacer referencia a la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 21 de marzo de 1991. En esta sentencia, se trataba de un acto que denegaba la inscripción de una sociedad en un registro de entidades de inspección y control reglamentario, inscripción que era indispensable por actuar en materia de seguridad industrial, en los ámbitos de aparatos de presión, aparatos elevadores, seguridad de plantas e instalaciones frigoríficas, vehículos, contenedores de energía eléctrica. Ante este acto denegatorio, la sociedad recurrente pide en su recurso contencioso protección cautelar inmediata,

que no era otra cosa que suspender los efectos de un acto administrativo negativo o denegatorio. Frente a esta situación el Tribunal dictaría una sentencia que entraría en la historia jurisprudencial de las medidas cautelares en España, al imponer una medida cautelar positiva a la Administración Pública. Las palabras del Tribunal son elocuentes:

“...debiendo recordarse, ante todo, que, no obstante lo dispuesto en los artículos 122 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la adopción de una medida cautelar con tal contenido es posible, e incluso puede ser obligada en nuestro ordenamiento jurídico, pues el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y entre éstos, de modo incluso más acusado, aquellos que son expresión o reflejo del contenido de derechos fundamentales, como lo es el referido a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; siendo así que la satisfacción al final del proceso de este derecho fundamental podrá en ocasiones aconsejar, e incluso exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo”.

El propio García de Enterría señala que se trata de un argumento seguro y contundente, el cual permite no demorarse más en el problema de la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas. Es claro que pueden adoptarse, e incluso que deben adoptarse, para no poner en riesgo la satisfacción plenaria de la tutela judicial efectiva, a la cual el acto tiene un derecho fundamental. Es por esto que el Tribunal acordaría lo siguiente:

“Sin perjuicio de otras medidas cautelares que posteriormente puedan ser acordadas, acuerda ahora el Tribunal, con carácter de medida cautelar positiva, requerir a la administración autora de los actos recurridos para que, en el plazo de 30 días hábiles, dicte nueva resolución expresiva: primero, de los motivos de fondo, si los hubiere, determinantes de la denegación acordada en dichos actos; segundo, de la conexión de ellos con el valor seguridad de personal y bienes, y tercero del carácter subsanable o insubsanable de las deficiencias apreciadas”.

Por otra parte, y siguiendo la línea ya iniciada por las sentencias anteriores, es importante mencionar el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 14 de octubre de 1991. Una vez más, en esta decisión se trataba de un acto denegatorio, esta vez denegatorio de una licencia municipal de instalación de un Bar Cafetería, acto que vendría a quedar suspendido a través del otorgamiento de una medida cautelar positiva. Los razonamientos jurídicos de la Sala son contundentes y magistrales:

“el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva... artículo 24.1 de la Constitución, obliga no sólo a una reinterpretación del sistema de medidas cautelares tornado en la Ley de Jurisdicción, sino, sobre todo a afirmar el deber que sobre los Tribunales de Justicia pesa de adoptar aquellas medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal del proceso, pues aquel derecho fundamental implica sin duda, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar en cuanto a instrumento no sólo idóneo, sino imprescindible a veces para la efectividad de aquél”.

Luego de este resumen de la nueva postura jurisprudencial, el cual sirve de techo jurídico, la Corte vendría a señalar que el abanico de medidas cautelares se

extiende, en definitiva, a todas aquéllas que según las circunstancias “fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el pleito recayere”, y que, “entre ellas es posible, como ya hizo esta Sala . . . , dictar medidas cautelares de contenido *positivo*, que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta, o que, incluso, habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada”. La contundencia y claridad de esta sentencia nos exime de mayores comentarios sobre el Derecho español.

### C. El Derecho italiano

Frente a una aparentemente pobre regulación legislativa, la jurisprudencia, a golpe de sentencias, ha venido a instaurar un sistema de tutela cautelar más acorde con las exigencias constitucionales de un derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En este sentido, actualmente en Italia existen dos categorías de medidas cautelares: *il giudizio cautelare* y *il giudizio di ottemperanza*. En estas dos figuras, como señala A. Romano, el juez puede tomar todo tipo de medidas, alargando sus poderes hasta adoptar toda la serie de actos administrativos propios de la Administración, inclusive hasta sustituir a la Administración (“*Il giudizio cautelare*”, *Revista Administrativa*, 1987, pp. 331 a 346, citado por Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1991, p. 105).

En efecto, tal como lo escribe M. Sarmiento Acosta, “Nueva funcionalidad de las medidas cautelares . . .”, *loc. cit.*, pp. 404 y 405), “el complejo sistema de justicia administrativa italiano ha evolucionado también hacia una mayor funcionalidad de las medidas cautelares. En un primer momento, al igual que sucediera en España, sólo se permitía acordar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Las leyes italianas, por su parte, fueron limitando las posibilidades que anidaban en la suspensión y, simultáneamente, la jurisprudencia fue respondiendo y declarando que tales limitaciones contradecían las prescripciones constitucionales. Esto ha determinado que la jurisprudencia haya sido verdadera impulsora de la justicia cautelar, ampliando los estrechos límites que el legislador establecía. Al igual que ha ocurrido con el *giudizio di ottemperanza*, el juicio cautelar es un fruto del buen criterio jurisprudencial, cuya decisión es apelable y revisable en relación con el cambio de circunstancias, ejecutable y prescriptible. Además, la propia suspensión de la ejecutividad del acto se ha desarrollado considerablemente, y ya se admite por la jurisprudencia la suspensión de los actos negativos puros”.

En lo que toca a las medidas cautelares frente a los actos negativos, la doctrina tiende a distinguir entre *interessi oppositivi* e *interessi pretensivi*. Así, como lo señala Chinchilla Marín, *obra cit.*, p. 125, los actos negativos frente a intereses *oppositivi* son aquellos que constituyen el presupuesto de actos que modifican un cuadro de intereses preexistentes que, por ser sólo actos negativos formal y aparentemente, pues de hecho modifican un *statu quo*, sí merecen por eso la tutela cautelar. En contraste, los actos negativos frente a *interessi pretensivi* por no modificar ninguna situación preexistente podrán sólo suspenderse cuando se trate de actos denegatorios de peticiones cuyo contenido, forma y plazo de emisión estén reglados por la Ley.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la “gran sentencia” de principio puede encontrarse en la Decisión 190 de la Corte Constitucional Italiana de 28 de junio de 1985. En dicha sentencia se estableció la facultad de los jueces de adoptar cualquier medida que sea necesaria para cumplir con la función de la tutela cautelar y expresamente estableció la posibilidad de que el Juez se apodere de las medidas atípicas o innominadas contempladas en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil. En definitiva esta sentencia no viene sino a hacer suyo el argumento

en su día expresado por Chiovenda de que “el tiempo necesario para tener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene razón”.

La anterior doctrina ha encontrado eco en otras decisiones judiciales y en la doctrina (vid. I Pugliese, “Le ragioni del controinteressato nell’evoluzione della tutela cautelare”, *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, N° 3, 1988, pp. 430 y s.s.; también, T. Quintana López, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 64, 1989, pp. 542 y ss.).

#### D. El Derecho francés

En el Derecho francés, y especialmente luego de las recientes reformas en el contencioso-administrativo —incluyendo las reformas de 1995—, existe actualmente un cuadro de medidas cautelares de gran amplitud que responde de forma aceptable a las exigencias de una tutela judicial efectiva (vid., ante todo el brillante libro de Olivier Dugrip, *L’urgence contestieuse devant les juridictions administratives*, París, 1991, *in toto*; también R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, París, 1995; Y. Gaudement, “Les procédures d’urgence dans le contentieux administratif”, *RFDA*, 1988, p. 420; Ch. Huglo y C. Lepage-Jessua, *Code des procédures administratives contentieuses*, Litec, 1991, también es interesante ver, sobre la cuestión de las *injonctions* y de la sustitución del juez a la Administración Yves Gaudement, “Reflexions sur l’injonction dans le contentieux administratif”, *Mélanges G. Burdeau*. LGDJ, París, pp. 805 y ss.; Frank Moderne, “étrangère, au pouvoir du juge, l’injonction pourquoi le serait-elle?”, *RFDA*, 1990, pp. 112 y ss.).

Así, por una parte, existe el *constat d’urgence*, que es una medida en virtud de la cual el Tribunal puede designar un experto para constatar los hechos que fueran susceptibles de motivar una reclamación ante ellos. Por otra parte, existe toda una gama de *référé*s, que no son sino procesos autónomos y de gran velocidad que permiten otorgar justicia en un corto tiempo en favor de quien tenga una posición aparente de buen derecho (*fumus boni iuris*). Dentro de estos *référé*s se encuentra el *référé expertise*, el cual permite al Tribunal Administrativo acordar cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción, independientemente de si existe o no una decisión administrativa. También está el *référé provision*, que es una medida que permite el otorgamiento provisional de cantidades de dinero que se reclaman contra la Administración en un proceso contencioso (v. sobre esta interesante figura C. Huglo, “Référé provision” en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 1.097 y su libro *Les référé devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d’appel et le conseil d’état*. Litec, París, 1993; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, París, 1995, pp. 1.018 y ss.). Y en fin está el *référé général*, que es un poder cautelar general que permite tomar todas aquellas medidas que sean útiles. Dentro de este último *référé général*, podrían encontrarse medidas cautelares frente a actos administrativos denegatorios o frente a la inactividad administrativa. Ello también es posible a través de la clásica medida cautelar en el contencioso-administrativo francés, la cual sigue siendo el *sursis à exécution* que es lo que nosotros conocemos como la suspensión de efectos de los actos administrativos.

Concretamente en lo que respecta al *sursis à exécution*, nos interesa destacar su operatividad frente a los actos administrativos de contenido negativo o denegatorios. Al respecto, la jurisprudencia francesa ha estimado lo siguiente:

“Los tribunales administrativos y el Consejo de Estado no pueden pues, en principio, ordenar la suspensión de efectos de una decisión administrativa sino cuando esta decisión tiene un carácter ejecutorio; y en cambio ellos no tienen el poder de ordenar la suspensión de efectos de una decisión dene-

gatoria salvo en el caso en que el mantenimiento de esta decisión produjera una modificación en la situación de derecho o de hecho que existía anteriormente" (Decisión del *Conseil d'Etat* del 23 de enero de 1980, caso *Amoros, Rec.*, p. 51; *AJDA*, 1970, p. 174; *RDPF*, 1970, p. 1.035, nota *Waline*).

Pues bien, a partir del momento que esta decisión administrativa produce una modificación en la situación de hecho o de derecho anterior, el Juez puede ordenar que se otorgue la suspensión de los efectos de tal acto denegatorio. En este sentido, el juez contencioso-administrativo francés ha podido pronunciar la suspensión de efectos de un gran número de decisiones denegatorias (*décisions de rejet*) que satisfacen a esta condición. Así, *ad exemplum* se ha pronunciado la suspensión de efectos de una negativa de inscripción en una lista de médicos (*Conseil d'Etat* —CE—, 13 de mayo de 1949, caso *Rousset, Rec.*, p. 619), de arquitectos (CE, 19 de julio de 1981, caso *Louis, RDPF*, 1982, p. 856), de una negativa de restitución de un permiso de construir (CE, 31 de mayo de 1978, caso *Furquet, Rec.*, p. 912). Particularmente rico es el campo de la policía de los extranjeros, donde el juez contencioso-administrativo ha suspendido los actos denegatorios de la renovación de una carta de trabajo independientemente de que estos actos revisten "una forma negativa", en tanto que ellos modifican la situación de derecho y de hecho del demandante tal como ella existía anteriormente (Tribunal Administrativo de Caen, 21 de noviembre de 1978, caso *Gumba, Rec.*, p. 620), y también se han suspendido las decisiones negativas tomadas por la Administración en materia de residencia de extranjeros, esto es, negativas de renovación de una autorización de residencia (CE, 19 de julio de 1977, caso *M'Sirdy, Rec.*, p. 927) o de una negativa de otorgamiento de una carta de estadía (CE, 11 de julio de 1990, caso *Montcho, JCP*, 1981, II, 19629); v. también las conclusiones de Schrameck sobre la decisión del CE del 13 de noviembre de 1987, caso *Tang kam Keung, RFDA*, 1988, p. 45).

En definitiva, pues, el Derecho francés también admite las medidas cautelares de contenido positivo frente a la inactividad administrativa o frente a las decisiones formales denegatorias.

## 2. *Perspectivas de utilización de las medidas cautelares positivas en el Derecho venezolano*

### A. *La visión restrictiva de la jurisprudencia venezolana*

Hasta hoy día, bajo el prisma jurisprudencial, el contenido de la suspensión de efectos se sigue presentando como un límite estructural a la medida en cuestión, en el sentido de que la técnica de suspensión de efectos no puede utilizarse frente a actos administrativos negativos o denegatorios (supuestamente basándose en el —endebles y cada día más insostenible— argumento de que el juez no puede sustituirse a la Administración y supuestamente también porque, por un lado, solamente pueden suspenderse actos positivos y, por otro lado, porque el particular no tiene interés pues éste no obtendría beneficios con una decisión que suspenda un acto denegatorio; he aquí otros dos argumentos inexactos).

Dentro de esta restrictiva tendencia pueden ubicarse algunas sentencias. En primer lugar, puede mencionarse la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 13 de julio de 1982 (*RDP*, N° 11, 1982, p. 172), donde puede leerse lo siguiente:

"La suspensión de los actos en la forma prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo es procedente en relación con las decisiones administrativas de naturaleza tal que puedan incidir sobre la esfera jurídica

del solicitante de la nulidad, produciendo daños de difícil o imposible reparación... En consecuencia, no se trata de un acto susceptible de afectar directamente la situación jurídica de un administrado. Por otra parte la suspensión de los efectos de un acto tiene una eficacia restablecedora de la situación anterior al pronunciamiento, en razón de lo cual mal podría acordarse en los casos en los cuales tal pronunciamiento es de naturaleza negativa, por cuanto ello equivaldría por parte del tribunal que la acordara, a reconstruir, *motu proprio*, un estado jurídico con anterioridad al pronunciamiento definitivo que debe dictar en el futuro, sin que medie el proceso de sustanciación”.

La doctrina anterior encontró apoyo en algunas decisiones posteriores. Así, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de abril de 1983 (*RDP*, Nº 14, 1983, p. 176), estableció que no era procedente la suspensión de efectos de un acto administrativo que prohíbe el registro de una marca comercial, supuestamente —argumento discutible— porque ello “no podría hacerse sin decidir, al propio tiempo, el fondo del asunto, adelantándose de esta manera, por vía de un pronunciamiento previo, la sentencia definitiva sin que con antelación se hubiere dado cumplimiento a los trámites del proceso, pruebas incluidas, que deba conducir aquella”. También en el mismo sentido puede mencionarse la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 9 de julio de 1984 (*RDP*, Nº 19, 1984, p. 160), según la cual “la facultad que se reconoce al órgano jurisdiccional exige una extrema reserva sobre todo en los casos en que de la declaratoria de suspensión depende la eficacia de la decisión sobre el fondo, como ocurre en el caso de actos denegatorios cuya suspensión equivaldría a obligar a la Administración a acordar lo que ha negado”.

En el mismo universo puede situarse la decisión de la misma Corte Primera de fecha 24 de enero de 1985 (caso *Varios vs. Universidad de Oriente*, *RDP*, Nº 21, 1985, p. 162), en donde se considera que “...si al acordarse la suspensión se imponen obligaciones de hacer o de dar, por ejemplo, reintegrar al recurrente a sus trabajo o cargo, o pagarle cantidades de dinero, propiamente se estarían adelantando los efectos de la decisión definitiva, como si el acto recurrido en verdad hubiera sido anulado... cuando se trate de recursos de anulación contra actos extintivos, porque, por ejemplo, eliminen derechos o no concedan prórrogas de contratos, como en el presente caso, no procede suspender aquellos actos, porque sus efectos serían los de reconocer los derechos eliminados o prorrogar tales contratos o de continuarlos indefinidamente, que propiamente constituye la materia de fondo debatida”.

Más recientemente, hay otras decisiones a las que todavía les cuesta separarse de esta restrictiva —y constitucionalmente insostenible— doctrina de negar la suspensión de actos administrativos denegatorios o el otorgamiento de medidas cautelares positivas o de ejecución provisional. Así, pueden mencionarse las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fechas 11 de febrero de 1988 (*RDP*, Nº 33, 1988, p. 134 —para un caso donde se niega la suspensión de efectos frente a un acto administrativo que negaba la inscripción en el Registro de Deuda Externa Privada—) y de 26 de mayo de 1988 (*RDP*, Nº 35, 1988, p. 144 —en la cual se niega la suspensión de efectos de un acto administrativo que denegaba un reenganche y el pago de unos salarios caídos—). Asimismo, es expresiva la sentencia de la misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 7 de noviembre de 1988 (caso *Manuel Delgado vs. UCV*, vid. *RDP*, Nº 36, 1988, p. 116), la cual trata de mejorar la anterior doctrina, aunque sin éxito a nuestro entender, dada su insuficiencia y timidez. En dicha sentencia se dejó sentado lo siguiente:

“la suspensión contemplada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia como medio cautelar para impedir que se produzcan



daños que no pueden ser reparados en la definitiva tiene como objeto impedir que los efectos incursos del acto impugnado continúen produciéndose. Estos efectos han sido interpretados por la doctrina y la jurisprudencia en general, como los que poseen naturaleza activa, esto es, los que innovan la esfera jurídica del recurrente, creándose situaciones nuevas a las cuales el mismo queda sometido. Por ejemplo, es un efecto activo el traslado de un funcionario, ya que el mismo prescribe el cambio de su domicilio o residencia, modificando sus condiciones de vida y las de su familia. Es un efecto activo, la orden de demolición de un inmueble, por cuanto la misma está dirigida a la realización de una serie de actuaciones materiales modificatorias en su esencia de la situación originalmente planteada ante la Administración. A diferencia de los efectos activos se encuentran los que están destinados a impedir que continúen produciéndose las situaciones o consecuencias de todo acto o de un acto típico en general. Cuando se trate de suspender los actos negativos, la potestad del Juez es extraordinariamente limitada, por cuanto sólo en circunstancias muy especiales le será permitido eliminar temporalmente la eficacia de un acto, ya que ello significa otorgar el beneficio que en definitiva debería concederse a través de la sentencia. El recurrente obtendrá así, a través de una medida cautelar, una decisión que satisface su pretensión principal en una fase del proceso en el cual aún no se ha determinado el derecho que lo asiste. Suspender el efecto pasivo no es otra cosa que ordenar a la Administración que asuma una determinada conducta.

Por otra parte, las medidas disciplinarias consistentes en la pérdida de una facultad, oportunidad o ventaja se ubican dentro de la categoría de los actos de efectos pasivos o negativos, en razón de lo cual, la suspensión tendría una consecuencia análoga a la decisión de fondo que, obviamente no es lo que pretende una decisión que constituye un pronunciamiento previo, como la presente. Igualmente debe anotarse que hay situaciones que constituyen hechos consolidados, concluidos, que no admiten reposición, por cuanto se han agotado en sí misma. Es ello lo que sucede con la misma naturaleza temporal, que por su misma naturaleza tienden a cerrarse en el momento en que transcurren los lapsos para la producción de sus efectos. La suspensión por otra parte, no tiene fuerza retroactiva en razón de lo cual, no podría operar sobre los actos que agoten su eficiencia en el pasado. La suspensión es siempre una acción constitutiva, no siempre declarativa. Es cierto que una reciente legislación permite asociar a la suspensión con otros efectos. Es lo que sucede en materia de amparo, en las circunstancias en las cuales se acumule a la vía contencioso-administrativa el ejercicio de la acción prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales o bien se haga valer dicha acción en un procedimiento ya incoado (Ordinal 6º del artículo 5 ejusdem). En ciertos casos el requerimiento del legislador de que se le establezcan el disfrute de un derecho o garantías constitucionales lesionados, le permite al Juez acordar por vía cautelar, o por lo menos preliminar (antes de que se haya agotado la fase de comisión), una serie de medidas a vaciar de su eficacia el acto que es objeto de la acción principal. No sucede lo mismo en materia de suspensión, en la cual lo que con ella se persigue es esencialmente hacer que cese un efecto activo incurso, esto es, paralizar algo que está sucediendo; no ordenar una actuación que ha sido prohibida por el acto objeto de recurso, salvo en circunstancias extraordinarias, que obligan al Juez a impedir que se pueda constituir en negatoria la decisión definitiva".

Como puede observarse, para esta jurisprudencia, el contenido de la suspensión se convierte en un verdadero límite estructural de la técnica, pues la misma tiene como contenido la aceptación de la eficacia de actos administrativos de carácter positivo susceptibles de producir una modificación del *status quo*, cuestión que deja fuera un catálogo considerable de actuaciones administrativas, lo que sin duda va en contra del derecho a la tutela judicial efectiva (en esta misma línea restrictiva pueden ubicarse las sentencias de la CSJ-SPA de fechas 22-2-83, *Consejo Nacional del Deporte*; 9-5-85, *J. Natera vs. Ministerio de Justicia*; 30-1-86, *Ital pastas*; 8-8-89, *Neumaven*; 22-2-90, *Luisa Morales vs. Consejo de la Judicatura*; 24-4-91, *Varios vs. Criollos de Venezuela*; 12-11-92, *R. Gutiérrez vs. Ministerio de la Defensa*; 4-3-93, *Gustavo Rodríguez vs. Ministerio de Sanidad*; 18-3-93, *J. R. Torres vs. CNP*; 11-07-1996, *Café Fama de América*; y las sentencias de la CPCA de fecha 7-3-85; *Aldeamaro Romero vs. CONAC*; 13-5-91, *Nancy Piña vs. Universidad del Zulia*; sobre éstas y otras sentencias véase Luis A. Ortiz Alvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, EJV, Caracas, 1995, pp. 75 y ss.). En todo caso es de esperar un cambio de esta restrictiva posición, dados los avances en el Derecho Comparado y dadas las exigencias de nuestro propio marco constitucional.

B. *Las posibilidades —y exigencias— normativas. Algunos avances jurisprudenciales*

Es indiscutible que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva permite —e impone— una revisión de todo el cuadro de medidas cautelares en el contencioso-administrativo, revisión que, legislativa y jurisprudencialmente, todavía está pendiente. En este sentido puede postularse que, en primer lugar, el juez podría dictar medidas cautelares positivas, esto es, suspensión de actos administrativos de contenido denegatorio o medida de ejecución provisional, como resultado directo de la aplicación de los artículos 68 y 206 de la Constitución y a tal efecto sólo bastaría citarlos para otorgar dichas medidas. En segundo lugar, podría plantearse la posibilidad de que el juez procediera a una “relectura” de artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a los fines de admitir que el mismo, bajo una visión constitucional, permite la suspensión de actos administrativos de contenido denegatorio. Y en tercer lugar, el juez podría, cuestión que ya se ha hecho, admitir la autorización de las medidas cautelares innominadas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Concretamente en lo que a los avances jurisprudenciales se refiere, es menester recordar ante todo que ya la jurisprudencia nacional ha admitido la existencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tal como, por ejemplo, en las citadas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 14 de octubre de 1990, del 22 de noviembre del mismo año, del 19 de mayo de 1991 y del 15 de noviembre de 1995.

Igualmente, es interesante mencionar que ya el juez contencioso-administrativo ha admitido formalmente la posibilidad de utilizar las medidas cautelares consagradas en el Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia del 17 de diciembre de 1991 (caso *Mirna Salas vs. Consejo de la Judicatura*), estableció que “estos principios —los procedimientos cautelar y otras incidencias consagradas en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil— son aplicables al procedimiento contencioso-administrativo por vía de remisión del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”. En sentido similar, podrían citarse algunas decisiones. Por ejemplo, es ilustrativa la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de marzo de 1994, caso *R. Solórzano Escalante*), en la cual se dice lo siguiente:

“Sobre el particular, no vacila la Sala en ratificar, una vez más, que sus amplios poderes jurisdiccionales en materia de medidas cautelares, en el contencioso-administrativo de anulación, no se limitan a las medidas específicas y especialmente consagradas en las leyes, es decir, a las medidas cautelares nominadas (v.gr. artículo 136 de la Lcy Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), sino que, por el contrario, se dispone de la potestad para aplicar, con fundamento en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo previsto en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, es decir, dictar medidas cautelares innominadas (véase decisiones de esta Sala en los casos *Jesús A. Soto Luzardo* y *Gastón Navarro Dona* y *Rafael Rosales Peña*. Sentencia N° 92 del 12-5-1992, exp.: 8.391; y sentencia N° 35 del 15-2-1993, exp.: 9.452; respectivamente)”.

La doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo se apodere de las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil, es una doctrina actualmente bastante consolidada (por ejemplo, y además de las sentencias mencionadas pueden verse las decisiones de la CSJ-SPA de fechas 9-5-88; 17-12-91, *Myrna Salas vs. Consejo de la Judicatura*; 9-7-92, *Aniceto Chacón*; 12-11-92, *R. Gutiérrez vs. Ministerio de la Defensa*; 15-2-93, *Varios vs. CSE*; 22-3-94, *E. V. Sayago Murillo*; 2-6-94, *César Sapeg Colmenares*). De particular importancia resulta la decisión de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12-11-94 (caso *R. Gutiérrez vs. Ministerio de la Defensa*), pues en la misma se ordenó que, mientras durara el juicio, la Administración pagará mensualmente al recurrente los montos reclamados por éste, medida positiva interesante que se asimila al *référé provision* francés. Asimismo, debe destacarse una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 2 de marzo de 1994 (caso *CIF, S.A. Consorcio Inversionista Fabril*), donde la Corte adopta una verdadera *orden provisional* y en consecuencia impone a la Administración (Superintendencia Procompetencia) abstenerse de decretar sanciones con motivo de la operación de compra-venta de las acciones de Pinco Pittsburgh, S.A., mientras dure el juicio de nulidad de una Resolución de Procompetencia en materia de fusiones o concentraciones económicas.

Asimismo, y dentro del marco de la interpretación del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es interesante una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 21 de enero de 1981, en la cual se asomó la doctrina de que algunos actos de contenido denegatorio pueden ser afectados en su eficacia natural por el juez contencioso cuando “su condición de tutor de orden público le obliga a dictar una medida análoga a la que derivaría de un amparo constitucional; pero esto sólo se plantea cuando existen circunstancias extraordinarias vinculadas al efecto natural de la denegación, esto es, cuando las circunstancias excedan los efectos naturales del acto que se destina a producir el «acto tipo», es decir, cada supuesto típico de decisión administrativa”.

Pero con mayor contundencia, en algunos casos la jurisprudencia ha otorgado claramente la suspensión de actos administrativos de contenido denegatorio. En primer lugar, puede mencionarse un caso de una negativa de una Escuela de Derecho a inscribir a un estudiante para que cursara el año universitario, caso en el cual la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia del 30 de enero de 1980 (*RDP*, N° 1, 1980, p. 149), suspendió los efectos del acto administrativo (denegatorio) y estableció lo siguiente:

“Con atención a tal alegato y a la facultad que le otorga el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Corte considera que verdaderamente, en el caso de autos, si la sentencia definitiva que al efecto

haya de producirse en este proceso, le fuese favorable al recurrente, ésta no podría repararle la pérdida de los estudios durante el lapso de expulsión (1 año) de la Universidad, con el que ha sido sancionado mediante el acto impugnado...

Mientras que, si se suspenden los efectos del acto impugnado y en la sentencia definitiva el recurso fuese declarado sin lugar, no se ocasionaría perjuicio alguno a la Institución recurrida, sino que en tal supuesto el acto volvería a surtir todos los efectos desde el momento mismo en que fuese dictado y en consecuencia quedarían sin efecto todos los actos y actividades universitarias relacionados con el recurrente en el período de su expulsión, caso en el cual él sería el perjudicado; amén de que la institución recurrida no se opuso ni contradujo la improcedencia de la suspensión solicitada, puesto que no se hizo parte en el proceso, ya que no se dio por citada al no consignar un ejemplar del periódico donde el recurrente publicó el cartel de emplazamiento a los interesados en la demanda.

En base a lo anterior, esta Corte considera que en el caso de autos están dados los requisitos para que proceda la suspensión de los efectos del acto impugnado por cuanto ello es indispensable para evitar de esta manera los perjuicios de difícil reparación que podría sufrir el recurrente si en definitiva se declara con lugar la demanda de nulidad por razones de ilegalidad del acto administrativo impugnado”.

En segundo lugar, es también descollante la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 25 de noviembre de 1980 (caso *J. Delgado vs. Colegio Nacional de Periodistas, Ramírez & Garay*, Tomo LXXI, 1980, p. 389, y *RDP*, N° 5, 1981, p. 131), en la cual se estableció lo siguiente:

“...ahora bien, en el caso de autos, estima esta Corte que el acto administrativo cuestionado, la negativa de ser inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas, le impide el ejercicio de la profesión de periodista gráfico al demandante, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley respectiva, y tal impedimento, es obvio, puede causarle gravamen irreparable o de difícil reparación, ya que los emolumentos que supuestamente ganaría en dicho ejercicio es por su índole de difícil probanza y así se declara. Por las razones anteriormente expuestas, esta Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara con lugar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, en virtud de lo cual el ciudadano Jesús Enrique Delgado Suárez deberá ser inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas, provisionalmente, hasta tanto se pronuncie la sentencia definitiva firme, acerca del fondo cuestionado”.

Como puede apreciarse existen tendencias jurisprudenciales contradictorias, pues en muchos casos tal como vimos se niega la suspensión de efectos de actos denegatorios y, por otra parte, también hay sentencias que sí aceptan utilizar la técnica de suspensión frente a actos administrativos de contenido negativo, posición esta última que debería prevalecer por ser la misma acorde con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (vid. también CSJ-SPA, 15-2-93, *Varios vs. CSE*; 27-10-93, *Pearca, C.A.*; y CPCA, 29-01-87, *Varios vs. Ministerio del Trabajo*; 22-06-1994, *Hola S.A.*).

Asimismo, debe mencionarse que la suspensión de actos administrativos negativos también podría ser objeto de protección cautelar por vía del amparo acumulado tanto al recurso administrativo de anulación como al recurso contencioso-administrativo por abstención o carencia. En estos casos, es sabido que el amparo funge como una verdadera medida cautelar, la cual, en nuestro criterio, bien podría con-

sistir en la suspensión de actos de contenido denegatorio o en órdenes de ejecución provisional de peticiones no respondidas o denegadas expresamente por la Administración (*vid.*, sobre este carácter cautelar del amparo, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1991 dictada en el caso *Tarjetas Banvenez y Otros*, en la cual la Sala Político-Administrativa deja claro el carácter cautelar del amparo cuando se intenta conjuntamente con un recurso de nulidad, doctrina que ha sido reiterada constantemente). De hecho, en materia de amparo constitucional cautelar, existen recientes sentencias en las cuales se han suspendido los efectos de actos administrativos denegatorios y se han decretado órdenes de ejecución provisional (p. ex., CSJ-SPA, 6-10-1992, caso *Mayor Antonio Rodríguez*; 15-10-1992, caso *Rafael Inciarte*; 19-11-1992, caso *Mayor Freddy Davalillo*; 19-10-1995, caso *Esther Martínez vs. BCV*; sentencias que pueden consultarse en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones...*, obra cit., pp. 895 y ss.).

Finalmente, resulta indispensable hacer referencia a una muy reciente sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la cual ha venido a sembrar nuevas esperanzas sobre el desarrollo de la suspensión de efectos y de las medidas cautelares positivas frente a actos administrativos denegatorios. Nos referimos a la magistral sentencia —en Sala Accidental— de fecha 6 de agosto de 1996, con ponencia de Isabel Boscán de Ruesta (caso: *Consortio Hidroeléctrico Caroní-Edelca*). La gran decisión en cuestión es elocuente, por lo que su gran tecnicidad y tino eximen de mayores comentarios, siendo pertinente por lo pronto hacer referencia textual a varias de sus argumentaciones:

“Los actos impugnados, respecto de los cuales se solicita la suspensión de sus efectos, consisten en dos Resoluciones de la Junta Directiva de Edelca: La primera DIR-5753 de fecha 15 de marzo de 1995 tiene por objeto notificarle al Consorcio recurrente su descalificación en el Proceso de Licitación General Internacional para el Contrato N° 103-31 Construcciones Casa de Máquinas, Presas de Concreto y Aliviadero, Montaje Equipo Electromecánico Auxiliares, Proyecto Caruachi; la segunda Resolución de fecha 9 de mayo de 1995, niega la reconsideración de la anterior decisión, y por tanto mantiene la descalificación del Consorcio.

(...) Respecto a la procedencia o no de la medida solicitada, se observa:

Existen numerosas sentencias de esta Corte y de la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia conforme a las cuales la suspensión de los actos en la forma prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no es procedente respecto de actos negativos o denegatorios por considerar que tal suspensión equivaldría a obligar a la Administración a acordar lo que ha negado, dando satisfacción anticipada a la pretensión del actor antes de haber sentenciado el recurso, y porque en los actos negativos no hay efectos que suspender. Con base en tales criterios se ha negado la suspensión de actos considerados denegatorios tales como la exclusión de una persona de un Comité Deportivo; rescisión de contratos; negativa a efectuar determinados pagos; negativa a registrar un documento; sanciones disciplinarias tales como destituciones y expulsiones; negativa al registro de una deuda; negativa de otorgar el pase a una liga deportiva; declaratoria de que un concurso es considerado desierto; negativa de inscripción de un colegio profesional, etc.

(...) Como anteriormente se indica, las razones fundamentales en las que se apoya la tesis de la no suspensión de los actos negativos son: en primer término, que el mecanismo de la suspensión sólo es posible respecto de actos que producen una alteración en la situación del recurrente, de tal manera que como los actos negativos se limitan a rechazar una determinada pretensión,

no hay efectos que suspender. En sentencias de Tribunales extranjeros también se ha aplicado este criterio, como evidencia el fallo del Tribunal español transcrito parcialmente por el apoderado de Edelca, según la cual “el mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que vienen a producir una alteración material en la situación existente; en tal virtud, si el acto administrativo no viene a alterar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar una solución sin producir la alteración material a que antes nos referíamos, y que no cambia nada en la situación existente”.

(...) De todo lo anteriormente expuesto, se evidencia que el criterio aplicado en la mayoría de las sentencias citadas como determinantes en la calificación de un acto como negativo, es la falta de novedad en la situación del administrado anterior al acto negativo o denegatorio, por lo cual, se aduce, no hay efectos que suspender.

Con base en este criterio, no hay duda de que la mayoría de los ejemplos en referencia, son actos positivos y no negativos.

En efecto, todos los actos sancionatorios son actos positivos porque producen cambios sustanciales en la situación del administrado “las destituciones privan al funcionario de su condición de tal, impidiéndole el ejercicio de los derechos y deberes inherentes al cargo del cual es destituido; la expulsión de privan al funcionario de su condición de tal, impidiéndole el ejercicio de los derechos y deberes inherentes al cargo del cual es destituido; la expulsión de estudiantes, priva a éstos, durante el lapso de la sanción, del derecho a percibir la formación educativa o profesional que venían recibiendo; el arresto disciplinario priva al sancionado de un derecho fundamental como es la libertad. Igualmente, todos los actos ablatorios en general, son también, actos positivos, pues, en su mayoría producen un cambio sustancial en la situación del administrado que queda privado de un derecho que venía ejerciendo conforme al status adquirido con anterioridad al acto. Piénsese en el acto que rescinde un contrato, o lo declara nulo o inexistente o en general los que revocan o anulan derechos de cualquier naturaleza. En todo estos casos, el acto administrativo produce cambios sustanciales en la situación del administrado, cuya suspensión o descarte provisional es procedente, como medida cautelar, cuando ello sea necesario para hacer posible la ejecución de una sentencia eventualmente favorable al impugnante del acto, restituyéndolo temporalmente a la situación anterior. Sólo cuando en realidad el acto no haya producido ninguna alteración en esa situación anterior es cuando la suspensión, del acto carece de sentido; sin embargo, para determinar cuando se está ante un acto positivo o ante un acto negativo no siempre se cuenta con toda la precisión deseable, pues en definitiva depende del estado de cosas con el cual se compare la situación creada por el acto, por lo que la aplicación de la técnica de suspensión de los efectos de los actos impugnados, así como cualquier otra medida cautelar, mas que depender de la naturaleza del acto, depende, en cada situación concreta, de si con ella se puede evitar el hacer nugatoria la ejecución de las sentencias, lo cual hace necesaria la revisión de las soluciones jurisprudenciales examinadas.

Asimismo, el postulado conforme el cual la suspensión del acto denegatorio no es posible porque de accederse a ello se acordaría lo que Administración niega y en consecuencia “implicaría la satisfacción de la pretensión deducida en el recurso sin que hubiese mediado para ello el juicio contradictorio”, también debe ser revisado.

En efecto, cuando se suspende los efectos de un acto de los llamados positivos, en realidad lo que se está es adelantando los efectos de la sentencia que

declare con lugar el recurso, sin que hubiera mediado el juicio contradictorio. Piénsese en el ejemplo más típico que por lo general se invoca, como lo es la suspensión de una orden de demolición. La sentencia que declara la nulidad de dicha orden tiene como efecto único el impedir en forma definitiva, lo que ya fue suspendido en forma provisional.

Por lo demás, examinado el texto del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, puede fácilmente observarse que la potestad que otorga al juez contencioso administrativo debe ejercerse cuando "así lo permita la ley" o "a falta de previsión legal específica, cuando resulte "indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación en la definitiva, tomando en cuenta la circunstancia del caso". La redacción de esta norma, no permite limitarla a una categoría específica de actos, como son los llamados actos positivos. Cabría también la suspensión de los actos considerados por la jurisprudencia denegatorios cuando ello sea necesario para evitar lo que la norma prevé: evitar daños irreparables o de difícil reparación, y por tanto hacer ejecutables las sentencias.

Lo que debe tenerse claro es que la suspensión del acto contrapone dos intereses: el interés del recurrente en suspender la ejecución del acto y el interés colectivo representado por la Administración en que se ejecute el acto, lo cual impone al juez calibrar los intereses sustantivos en juego.

Para ello hay que tener presente que la Administración debe actuar siempre en aras del interés público para lo cual cuenta con la prerrogativa de la ejecución forzosa de sus actos, pero que junto a esa realidad del poder público contemporáneo, existe también la consagración de derechos fundamentales del ciudadano y valores superiores como la justicia. De allí la necesaria valoración de unos y otros al momento de inclinar la balanza hacia la aplicación o no de los mecanismos legalmente provistos para suspender la ejecución forzosa de los actos administrativos en aras de la tutelar judicial efectiva, y habida cuenta la amplitud de la actividad administrativa y diversidad de formas de satisfacer el interés público. De allí, se insiste, en la necesaria valoración de las posiciones contrapuestas en cada caso concreto, para mantener un justo equilibrio entre los intereses comprometidos por la ejecución forzosa o por la suspensión del acto. Cuando se trata de perjuicios de muy difícil reparación con la ejecución del acto, por la imposibilidad de reponer las cosas a su estado primitivo, y la suspensión no ocasione graves trastornos ni al interés público, ni al interés privado, ni a la funcionalidad y eficiencia de la Administración, lo procedente es la suspensión, independientemente de la naturaleza del acto.

(...) De manera que debe concluirse en que cuando una persona atiende al llamado a licitar, se crea una relación jurídica generadora de derechos y obligaciones, adquiriendo el licitador un determinado status que le otorga el derecho a presentar su oferta y que la misma sea contrastada con la de los demás licitadores. La exclusión del licitador mediante un acto de descalificación, representada la privación de un status adquirido, constitutivo como tal de un acto ablativo con efectos positivos. La descalificación del consorcio reclamante, le representa una exclusión definitiva de toda posibilidad de obtener la buena pro, si la oferta que estaba dispuesto a presentar era la más ventajosa, lo cual es una alteración de la situación anterior a ella, por lo que se estima que si hay en la descalificación, una novedad respecto de lo que previamente a ella son las posibilidades que se tiene de obtener la buena pro, aunque no sea sino como tal una posibilidad, por lo cual la suspensión de la descalificación sí tiene el sentido de ser la vía para la conservación del status anterior a ella, ya que

permite al solicitante de la medida presentar su oferta y que la misma sea evaluada.

Por lo demás, encuentra esta Corte que la suspensión de la descalificación impugnada, es favorable tanto al interés privado del reclamante como al interés público de la administración recurrida: al reclamante por la razón obvia de que de tener éxito su recurso, la sentencia favorable no sería nugatoria, pues la suspensión del acto le permite conservar el derecho a presentar su oferta y que la misma sea evaluada a los fines de obtener la buena pro; y a la empresa licitante porque para el mismo supuesto, el procedimiento no se vería afectado de nulidad por defectos o irregularidades en su tramitación, lo cual sí retrasaría la realización de una obra de interés público. Si el recurso fuese declarado sin lugar, no se ocasionaría perjuicio alguno a la empresa recurrida, sino que en tal supuesto, el acto volvería a surtir todos sus efectos y en consecuencia quedaría descartada la oferta e incluso la buena pro obtenida si fuere el caso. De manera que considera esta Corte que la suspensión del acto solicitada no afecta ningún público, ni de terceros y que más bien la no suspensión sí podría ser susceptible de afectar los intereses de ambas partes y así se declara.

(...) Con base en las anteriores consideraciones, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Accidental, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara con lugar la solicitud formulada por los abogados José Melich Orsini y Gabriel Ruan Santos, en representación del Consorcio Hidroeléctrico Caroní, de suspender los efectos del acto mediante el cual se le excluyó del procedimiento de licitación en referencia, por lo que la empresa licitante deberá considerar a dicho consorcio, en forma provisional, como oferente, para lo cual le permitirá presentar su oferta en la oportunidad en que Edelca haya determinado como fecha de presentación de ofertas, dentro del mencionado proceso licitatorio”.

## CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El estudio que viene de realizarse conduce a algunas observaciones de orden general. Ante todo, es forzoso concluir que el Derecho Administrativo es un Derecho “cambiante” y que justamente el cambio es inevitable. Entre estas cosas que están cambiando y que van a cambiar en el contencioso-administrativo, sin duda una de ellas es la de las medidas cautelares, las cuales, como bien ha dicho Parada, quizás constituyan “la última oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis”.

En efecto, la concepción tradicional de la limitación de las medidas cautelares a la suspensión de efectos administrativos y de la limitación de esta última a los actos de contenido positivo es una doctrina que se encuentra en agonía. Esta concepción es actualmente defendida por el juez contencioso-administrativo venezolano, sin ningún fundamento válido, es decir, de forma fabulada, *quia nominor leo* (porque me llamo león). Pero esta “repugnancia instintiva” (Tourdias) que le otorga a la institución de la suspensión un “alcance simbólico” (Chevalier), debe, por la fuerza de las cosas, cambiar. En efecto, teniendo en cuenta el “contexto” no puede sino esperarse que una reacción del —tan innovador en otros campos— juez contencioso-administrativo venezolano. Por un lado, es sabido que a veces nuestros jueces contencioso-administrativos no suelen ser insensibles a los avances del Derecho Comparado, del cual, como hemos visto, mucho hay que aprender en esta materia. Por otro lado, el juez contencioso-administrativo no puede quedarse indiferente ante las exigencias constitucionales.



Ciertamente, como hemos venido desarrollando a lo largo del estudio, el particular tiene un derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva (consagrado principalmente en los artículos 68 y 206 de la Constitución). Quizás este derecho no aparece directamente incompatible con la existencia del principio del carácter ejecutivo y ejecutorio de las decisiones administrativas, ni tampoco parecería necesariamente exigir la generalización del efecto suspensivo de los recursos (bien que en algunos casos tal regla podría resultar deseable e inclusive obligatoria). Sin embargo, este principio del derecho a la protección judicial efectiva sí impone la presencia de un régimen efectivo de medidas cautelares en el contencioso-administrativo. Dentro de este horizonte, el ciudadano dispone de un verdadero derecho constitucional a demandar, y a obtener (desde el momento en que las condiciones del otorgamiento son satisfechas), la suspensión de actos administrativos, sean éstos de contenido positivo o sean éstos actos denegatorios, e igualmente el otorgamiento de cualesquiera otras medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de la protección jurisdiccional.

La afirmación de esta obligación constitucional del juez contencioso-administrativo de otorgar la suspensión de los actos y cualesquiera otras medidas cautelares que sean necesarias viene a subrayar el carácter normal de estos procedimientos. Las medidas cautelares, por ejemplo, la suspensión de actos administrativos, no poseen en realidad, como injustificadamente actualmente lo sostiene la jurisprudencia venezolana, un "carácter excepcional" y mucho menos puede sostenerse que la interpretación que ha de dársele al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia debe ser de naturaleza restrictiva, ni que se trate de una norma de excepción (véase en este sentido, por ejemplo, sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de julio de 1992, caso *Editora El Carabobeño*, en *Jurisprudencia de la CSJ*, Pierre Tapia, N° 7, julio 1992, p. 76; también CSJ-SPA, 4-3-1993, caso *G. Rodríguez vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, en *RDP*, N° 53-54, p. 309, donde la Corte habla de que la suspensión de efectos queda a la "discrecionalidad" del Juez —esta última sentencia tiene sin embargo, un esperanzador voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó—). Una concepción como ésta, sin duda, atenta contra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Ninguno de los argumentos tradicionalmente sostenidos para justificar el carácter estrictamente excepcional de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo aparecen determinantes frente a las exigencias constitucionales. El otorgamiento de la suspensión de efectos y otras medidas cautelares no constituye ni una sustitución a la Administración (la cual en todo caso es constitucionalmente posible y, si ello es necesario, obligatoria), ni la instauración de un gobierno de jueces, ni tampoco configura un riesgo de llegar a una parálisis de las colectividades públicas. Más bien al contrario, tales medidas cautelares constituyen los mecanismos necesarios para perfeccionar los procedimientos contencioso-administrativos y para responder a los postulados constitucionales. Tal como recientemente lo ha dicho la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia: "En principio nada obsta a la luz del Derecho Positivo venezolano las llamadas *acciones de mandamiento*, concebidas como aquéllas dirigidas o encaminadas a obtener un mandato contra un órgano del Estado, al cual le impone una conducta debida. Incluso el artículo 206 de la Constitución, contempla acciones para *obligar* a la Administración Pública, a cumplir obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo cual ratifica el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia" (Sentencia del 27 de enero de 1994, caso *Promociones Terra Cardón, C.A.*, en *Jurisprudencia de la CSJ*, O. Pierre Tapia, N° 1, 1994, p. 95).

En definitiva, como bien lo ha dicho el abogado general Tesauro en sus conclusiones a la sentencia *Factortame* de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de junio de 1990, "la necesidad del proceso para obtener

razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón" (retomando así frases de Chioevenda y Calamandrei).

El contencioso-administrativo no es un simple contralor de la legalidad objetiva, sino un sistema protector de situaciones subjetivas. El juez contencioso-administrativo no es el "defensor ciego" de los intereses de la Administración, sino un juez que detenta "la función de fijar las condiciones del equilibrio entre el ejercicio de los poderes de la Administración necesarios para la realización de sus misiones y la protección de los administrados contra esos mismos poderes" (Sylvie Hubac y Yves Robineau, "Droit administratif: Vues de l'intérieur", *Pouvoirs*, N° 46, París, p.125). El Derecho Administrativo es actualmente un Derecho nuevo, su constitucionalización es un fenómeno ineludible. Tal como lo ha dicho Werner, "el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado".

En Venezuela, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución nos debe llevar, tal como ha ocurrido en el Derecho Comparado, a una verdadera etapa de "renovación" en el campo de las medidas cautelares. Como ya hemos visto, no es necesario esperar a que el legislador se pronuncie para permitir el otorgamiento de medidas cautelares positivas, tales como la suspensión de efectos de actos administrativos denegatorios, pues ya la Constitución directamente permite tal posibilidad e igualmente a la misma puede llegarse, sea por vía de aplicación supletoria de las medidas cautelares innominadas de Código de Procedimiento Civil y, en algunos casos, por la utilización del amparo acumulado al recurso contencioso-administrativo de anulación. No obstante, sería deseable la intervención del legislador para aclarar y afinar la situación sobre la posibilidad de suspensión de los actos administrativos denegatorios y de dictar cualquier medida cautelar que sea necesaria frente a la inactividad administrativa.

Fuera de esa elaboración, es posible y necesario, tal como lo permite e impone el prisma constitucional, que los jueces se apoderen y decreten (con naturalidad) todas las medidas cautelares necesarias para hacer gala al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Si esto no se hace, en algunos casos habrá entonces que concluir que las sentencias definitivas dictadas por los jueces contencioso-administrativos están destinadas a ser "simples censuras doctrinales, golpes de espada en el agua" (para tomar una expresión de P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administrative pour excès de pouvoir*, París, 1952, p. 143).

En este sentido, hay que insistir sobre el argumento de que en el contencioso administrativo las medidas cautelares tienen y deben tener un carácter de *numerus apertus* y de libre configuración por el juez en atención a las singularidades del caso, por lo que contra los actos administrativos negativos o denegatorios es perfectamente posible que los jueces puedan —y deban— suspender los efectos y decretar medidas cautelares de "contenido positivo". Tal como lo ha sostenido E. García de Enterría, "los tribunales contencioso administrativos pueden suplir, en vía cautelar, las denegaciones o las omisiones de la Administración, no sólo imponiendo a ésta una determinada conducta, sino habilitando directamente al ciudadano cuya actividad está bloqueada por la previa actuación administrativa" (*La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1992, p. 253). En efecto, el carácter denegatorio de un acto administrativo no puede ser obstáculo frente al juez contencioso administrativo, "que si bien puede otorgar o denegar el derecho en la sentencia, no se ve bien porque no puede otorgarlo cautelarmente en vía incidental" (F. Garrido Falla y J. Fernández Pastrana, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 144). Se trata, como vimos, de una posición que resueltamente bien ha sostenido la jurisprudencia comparada, la cual ha afirmado que "la satisfacción al final del proceso de este derecho fundamental —derecho a la tutela judicial efectiva— podrá en ocasiones aconsejar, e incluso

exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo” (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de marzo de 1991), que ciertamente “el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva... obliga... a afirmar el deber que sobre los Tribunales de Justicia pesa de adoptar aquellas medidas tutelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal del proceso”, y que “entre ellas es posible medidas cautelares de contenido positivo, que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta, o que, incluso, habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada” (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 14 de octubre de 1991).

Las medidas cautelares, bien articuladas, constituyen sin duda uno de los mejores mecanismos para garantizar la eficacia de la justicia administrativa venezolana, siempre tan lenta. Tales medidas cautelares pueden evitar, como en su día lo dijo Piero Calamandrei, que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como la guardia de la Opera Buffa a llegar siempre demasiado tarde. De allí la importancia de sostener, rotundamente, que las medidas cautelares deben tener siempre como norte el luminoso principio señalado por Chiovenda: *il tempo necessario ad aver regione non deve tornare a danno di qui ha ragione...*