



LA TUTELA CAUTELAR EN LA SEDE ADMINISTRATIVA

RESUMEN:

Uno de los privilegios otorgados a la Administración es la potestad de examinar la regularidad y validez de sus propios actos a través de los recursos en sede. Sin embargo, dado el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos (y salvo excepciones), el conocimiento de los recursos en sede no detiene la ejecución de dichos actos. Por tal razón, se analiza en este número los poderes que posee el órgano u ente público para disponer medidas cautelares durante el conocimiento de estas vías de impugnación.

PALABRAS CLAVES:

Tutela cautelar administrativa, ejecutivo, recursos, instrumental, sede, contencioso, autotutela, actos, presupuestos, ejecutorio, privilegio, suspensivo, derecho administrativo, República Dominicana.

INTRODUCCIÓN

Volviendo a la expresión atribuida al insigne jurista alemán Otto Mayer, se destaca que la Administración pública es un gigante y que, por más que se agache, siempre será un gigante. Es que hay una serie de privilegios con los que cuenta la Administración para cumplir con sus fines, de los cuales no goza un particular. Algunos de estos privilegios consisten en la capacidad de autoevaluar sus propias actuaciones y el carácter ejecutivo de sus actos, lo cual también podría interpretarse como la consecuencia directa del principio de la autotutela administrativa.

En ese sentido, los actos de la administración gozan de presunción de legitimidad¹, es decir, se estima que han sido dictados conforme a derecho, ajustados a la juridicidad, y a pesar de que se trata de una presunción *iuris tantum*, el privilegio estriba en beneficiar al órgano o ente que emite el acto, invirtiendo en perjuicio de los administrados el fardo de la prueba de los vicios y la posible ilegitimidad de la actuación administrativa argüida. Este privilegio supone que hasta tanto la invalidez del acto no sea decretada por una autoridad con competencia, este se seguirá ejecutando muy a pesar de los recursos que se puedan radicar en su contra.

Pero si la posibilidad de que los actos administrativos se ejecuten sin necesidad de intervención judicial es vista como una prerrogativa especial de la Administración, el poder de juzgar la validez de dichos actos por sí misma es en definitiva un privilegio mayor. Ade-

más, aunque hoy en día ya existe derecho de opción, no siempre fue así, en la Francia de la época postrevolucionaria, el poder ejecutivo logró imponer la prohibición de que pudiera ser perturbados de cualquiera forma el funcionamiento de la Administración, lo cual desembocó en la exclusión de control frente al poder judicial: “las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones...”². De esta forma, la Administración quedaba autorizada a ejercer el control administrativo de sus actuaciones, sin necesidad de acudir a un tribunal.

Este privilegio permanece aún hoy, pero atenuado, pues el administrado podrá impugnar el acto tanto ante la misma propia Administración (sede administrativa) o ante los tribunales de justicia (contencioso administrativo)³. De esta forma se popularizó en Francia el concepto de “justicia retenida”, que se impuso en ese país europeo en el siglo XIX, y según el cual el soberano se reserva el ejercicio, para asumirlo, en lugar de “delegar” a los tribunales del orden judicial.

LA TUTELA CAUTELAR EN LA SEDE ADMINISTRATIVA

La tutela cautelar es parte integrante de los procesos constitucionales, puesto que contribuye a prevenir la afectación de bienes jurí-

1 Véase artículo 10 de la Ley núm. 107-13 del 8 de agosto de 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. G. O. 10722

2 Ley núm. 16/24 de agosto de 1790, citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed.: Madrid, Editora Civitas, 1989.

3 Ley 107-13.



dicos que se debaten en los derechos controvertidos y que se hace necesario preservar hasta que intervenga el fallo definitivo⁴. Las medidas cautelares como remedio procesal constituyen un valioso instrumento para garantizar que durante el desarrollo del proceso los derechos de las partes permanezcan inalterables. Esta institución exhibe hoy gran utilidad práctica como mecanismo de protección, al que el juez puede acudir en caso necesario, habilitándole para que, en determinadas circunstancias del proceso, adopte una decisión provisional para evitar los riesgos que entrañe la demora para los intereses del peticionante; se trata de una decisión anticipada del derecho reclamado que bien puede prevenir daños irreparables o evitar la continuidad de una situación que se está consumando⁵.

Un problema tradicional de la justicia administrativa es la lentitud de los procesos, lo cual lleva consigo un determinado riesgo de que mientras se espera su normal desenlace se puedan alterar circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano que decide, con lo cual se tornan ilusorias e ineficaces las resoluciones destinadas a restablecer la observancia del derecho. El principio de la tutela cautelar forma parte del denominado derecho administrativo-constitucional e insertándose dentro del concepto de la tutela judicial efectiva encuentra asidero jurídico en la propia Constitución e instrumentos

internacionales sobre derechos humanos. Existe, pues, un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar en el proceso administrativo, cuyo contenido será toda acción por parte del órgano apoderado que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección y no solo suspensión de actos administrativos⁶.

Este tipo de medidas siempre han sido acordadas o reconocidas a nivel jurisdiccional y se encuentran reguladas por el artículo 7 de la Ley 13-07, del 5 de febrero de 2007, que crea la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Tributaria; en sede contenciosa, son una especie de medidas “parasitarias”; es decir, usando una serendipia de las ciencias biológicas: la medida cautelar no sobrevive sin un huésped principal (en este caso, el recurso contencioso) y su fin instrumental siempre es garantizar el éxito de la sentencia final dictada en ocasión de la instancia contenciosa administrativa. Dicho en palabras del Tribunal Superior Administrativo:

... ellas deben otorgarse únicamente con la finalidad de evitar que el tiempo en decir el derecho afecte a quien tiene la razón jurídica, o lo que es lo mismo, las medidas cautelares proceden para tratar de impedir que el transcurso del tiempo en decidir lo principal cree un daño irreparable que haga perder el objeto del recurso contencioso administrativo o torna imposible o

4 GARCÍA DEL ROSARIO, Argenis. *Derecho procesal administrativo*: Santo Domingo, Consejo del Poder Judicial, 2015, p. 189.

5 Véase sentencia núm. 77-15 de fecha 24 de abril de 2015, dictada por el Tribunal Constitucional dominicano.

6 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed.: Madrid, Editora Civitas, 1995, p. 15.

dificil la ejecución de una eventual sentencia gananciosa para el impetrante⁷.

Ahora bien, en la sede administrativa, las medidas cautelares también tienen por finalidad garantizar el éxito del recurso, pero del recurso administrativo que se interponga ante la propia administración. Como se sabe, por aplicación del artículo 10 de la Ley núm. 107-13, sobre Procedimiento Administrativo, los actos administrativos se consideran válidos en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional. Este artículo abre la base del privilegio de la Administración –consecuencia del principio de la autotutela administrativa– que permite a aquella juzgar sus propios actos. Pero ese “juzgamiento”⁸ le viene dado solo en ocasión del conocimiento de un recurso en sede, ya sea de reconsideración o jerárquico.

En efecto, por aplicación del artículo 50 de la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo, el órgano administrativo ante el cual se recurra un acto administrativo podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pueda causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto, pudiendo exigir la constitución previa de una garantía. De la lectura de este texto se pueden extraer los requisitos de entrada siguientes: *a)* el órgano o ente público para poder ejercer la tutela cautelar debe estar apoderado de un recurso; *b)* solo puede ser ordenada la medida cuando concurren los dos presupuestos, a saber: peligro en la demora y apariencia de buen derecho; *c)* la medida cautelar administrativa puede ser ordenada tanto por el propio órgano apoderado como a pedimento expreso del recurrente y, *d)* al igual que en la tutela cautelar jurisdiccional, es posible que se imponga bajo sanción de garantía. Veamos, en contexto, los primeros dos de estos requisitos.

Para poder ejercer la tutela cautelar, la Administración debe estar apoderada de un recurso. El referido artículo 50 es claro: “el órgano administrativo ante el cual se recurra”, es decir, fuera del apoderamiento formal de los recursos de reconsideración o superior jerárquico, le está vedado ejercer esa potestad. Entender esta condición es importante para evitar incurrir en yerros de potestad administrativa, algunas veces autoatribuidas, en el ejercicio cotidiano de la función. Verbigracia, tomemos como probeta de estudio para este caso la resolución núm. Adm-2021-X-008 de fecha 1 de noviembre de 2021 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana. En esa decisión, el indicado órgano constitucional, al declarar lesivo al interés público un acto administrativo dictado por la misma Administración ejerció, a su vez, la tutela cautelar suspendiendo el mismo acto declarado lesivo. Sin embargo, a nuestro juicio, la medida de suspensión

es procesalmente incorrecta: primero porque, obviamente, no estaba apoderada de un recurso administrativo que le abriese la puerta legal para echar mano de la tutela cautelar; segundo, porque las medidas provisionales –que no son tutela cautelar administrativa– a que hace referencia el artículo 25 de la ley núm. 107-13 son medidas que solo se pueden tomar “durante” el procedimiento de dictado de un acto administrativo, no después de dictado el acto. Por tanto, al momento de que el acto que declara la lesividad es dictado, cesa la potestad de ejercicio de medidas provisionales impidiendo que, en el propio acto administrativo, se tomen medidas de suspensión de otro acto, aun cuando provenga de la misma Administración⁹.

Solo puede ser ordenada la medida cuando concurren los dos presupuestos, a saber: peligro en la demora y apariencia de buen derecho. Cuando el texto del único artículo de la Ley de Procedimiento Administrativo que hace referencia a la tutela cautelar administrativa señala que tales medidas podrán ser adoptadas cuando “de la ejecución del acto pudiera causar grave perjuicio al interesado o si la impugnación se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto”, se extraen estos dos presupuestos que, además, son compartidos con los presupuestos exigidos por el artículo 7 de la ley núm. 13-07, de transición, para la tutela cautelar jurisdiccional: *periculum in mora* y *fumus bonis iuris*.

Se requiere que sobrevenga un grave perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión y es por ello que la labor del peticionante debe quedar circunscrita, al invocar este elemento, a exponer las razones provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el órgano administrativo le conceda el anticipo resolutorio. Podría decirse que en la configuración del peligro en la demora convergen las siguientes tres características: *a)* que la alteración de la realidad existente influya en el dictado del acto resolutorio del recurso administrativo; *b)* la ejecución de lo decidido se tornaría en ineficaz o ilusoria; y, *c)* la decisión que sobrevenga del recurso sería de cumplimiento imposible. Lo que configura el *periculum in mora*¹⁰, en general, es que el perjuicio sea no solo inminente, sino también irreparable. Sin embargo, pudiera decirse que la irreparabilidad en el ámbito cautelar, donde no se hace derecho, más bien está vinculada a la irreversibilidad del daño provocado ante los ojos de cualquier observador razonable.

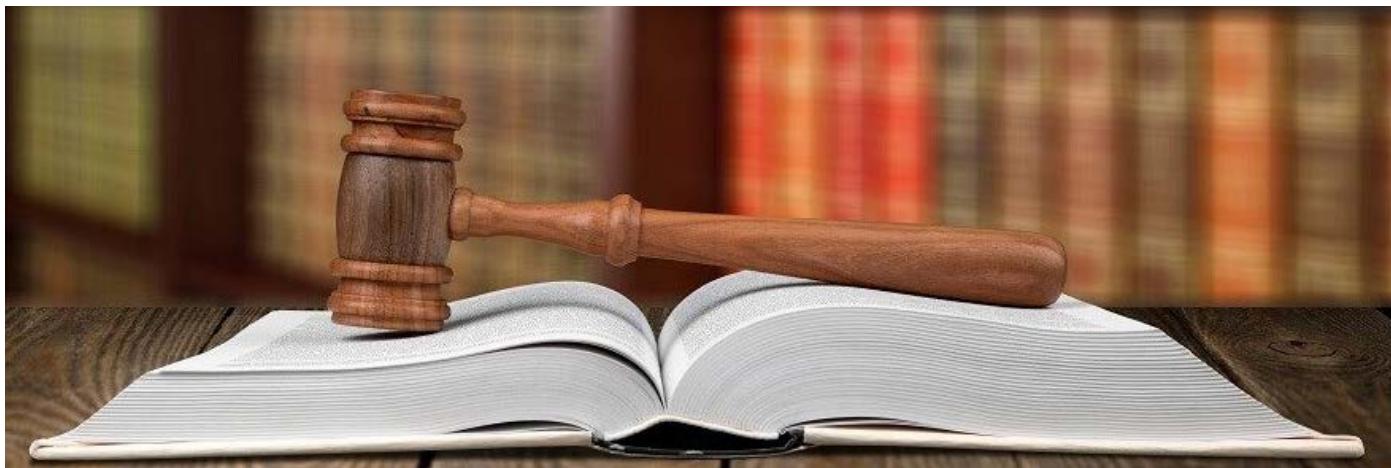
El segundo presupuesto es que de las alegaciones y documentos aportados por el solicitante, sin prejuzgar el fondo del recurso en sede administrativa, parezca fundada la pretensión, es decir, que exista apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* (humo de buen derecho). A diferencia del anterior, aquí el órgano o ente público apoderado no puede estar en posesión de

7 Sentencia núm. 030-16-01351, de fecha 15 de febrero de 2017, presidencia del TSA, citada por VÁSQUEZ GOICO, Rafael. *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo dominicano*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2018, p. 23.

8 En puridad no se trata de una labor de juzgar, pues la Administración no tiene poder jurisdiccional, el cual solo pertenece a los tribunales del orden judicial.

9 Artículo 25, párrafo IV, Ley núm. 107-13: En todo caso, las medidas provisionales acordadas con motivo del procedimiento administrativo se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.

10 De acuerdo con la clásica distinción de la doctrina italiana, algunos lo dividen entre el peligro en la infructuosidad de la decisión resolutoria (ejecución imposible) y el peligro en el retardo; es decir, el daño irreparable que sufrirá el peticionante por el tiempo aunque la decisión definitiva declare su derecho, o sea, el *periculum in damni*.



una expectativa o probabilidad, sino de verosimilitud. En efecto, es cierto que el conocimiento de la medida cautelar es “por las ramas”, no tocando fondo ni haciendo derecho, pero la Administración debe estar en poder de elementos que le permitan entrever que en el fondo del recurso se declararía la certeza de ese derecho. Dicho de otra forma, quien deba decidir debe poder establecer, a) el peligro de la insatisfacción del derecho aparente, y b) la apariencia de buen derecho¹¹.

COROLARIO

La actuación de la Administración tiene apariencia de lo correcto. La presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos permite que, “entre lo que el hacha va y viene” (mientras su invalidez no sea declarada) se pueda ejecutar inmediatamente y exigir de forma coercitiva al administrado el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos administrativos válidamente dictados, según su naturaleza, serán ejecutivos y ejecutorios cuando se cumplan sus condiciones de eficacia, en los términos de la ley¹². La ejecutividad es consecuencia lógica del privilegio de la declaración previa y la legitimidad del acto administrativo, mientras que la ejecutoriedad vendría referida a la ejecución material del acto por parte de la Administración que lo dictó¹³.

La interposición de los recursos en sede administrativa no suspenderá en principio la ejecución del acto impugnado, salvo disposición legal expresa en contrario¹⁴, como ocurre en los casos de actos sancionadores¹⁵. Es por ello que la tutela cautelar administrativa cobra gran importancia para evitar daños irreparables y garantizar que el resultado final del recurso no se convierta en una ilusión óptica del procedimiento. Un sano ejercicio de la función pública también supone reconocer que quienes sirven esa función son personas físicas o naturales, perfectibles pero no perfectas.

Esto significa que pueden cometer errores y que, cuando se radica un recurso en sede, pueden evitar que su error desencadene consecuencias funestas para el administrado, llegando, inclusive, a comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad que representa. Por tanto, comenzar a aplicar la tutela cautelar administrativa en los casos que se cumplan los presupuestos de ley ya mencionados, aun bajo fijación de garantías, es una buena forma de brindar no solo un servicio de más calidad, sino también de mitigar los efectos de una imprudencia grave.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*: Oxford University, 2011, t. I.
- Cámara de Cuentas de la República Dominicana. Resolución núm. Adm-2021-X-008 de fecha 1 de noviembre de 2021, disponible en: www.camaradecuentas.gob.do.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed.: Madrid, Editora Civitas, 1989.
- *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed.: Madrid, Editora Civitas, 1995.
- GARCÍA DEL ROSARIO, Argenis. *Derecho procesal administrativo*: Santo Domingo, Consejo del Poder Judicial, 2015.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 107-13 del 8 de agosto de 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. G. O. núm. 10722
- Ley núm. 13-07 del 5 de febrero de 2007, que crea la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Tributaria.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo, parte general*, 11.ª ed.: Madrid, Editora Tecnos, 2016.
- Tribunal Constitucional, TC/77-15, 24 de abril de 2015, disponible en www.tribunalconstitucional.gob.do.
- VÁSQUEZ GOICO, Rafael. *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo dominicano*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2018.

11 CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*: Oxford University, 2011, t. I, p. 64.

12 Art. 11, Ley núm. 107-13.

13 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo, parte general*, 11.ª ed.: Madrid, Editora Tecnos, 2016, p. 555.

14 Artículo 49.

15 Artículo 44, párrafo único.