

Las medidas innovativas como extensión de la tutela cautelar idónea en el contencioso-administrativo dominicano

*Juan Manuel Guerrero**

*“Justice delayed is justice denied”
(Justicia retrasada es justicia denegada)
Proverbio inglés*

Resumen

La Ley No. 13-07 sobre transición al control jurisdiccional de la actividad administrativa del Estado otorgó al Tribunal Superior Administrativo la competencia para conocer los asuntos contencioso-administrativos. En adición, dicha ley le atribuyó competencia a la presidencia de dicha jurisdicción para ordenar aquellas medidas cautelares idóneas, a fin de preservar los derechos de los ciudadanos en conflicto con la administración pública. Se describen estas medidas y se analiza su alcance y contenido.

Summary

The Law No. 13-07 about transition to jurisdictional control management activity of the State gave to the Administrative Court the jurisdiction to hear the contentious-administrative matters. In addition, this law granted them competence to the presidency of such jurisdiction, to order those appropriate precautionary measures to preserve the rights of citizens in conflict with the government. These measures are described and their scope and content is analyzed.

(*) El autor es profesor de Derecho Administrativo y Coordinador de la Maestría de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM); socio fundador de Fermín & Guerrero, Consultores en Derecho Público.

Uno de los logros más apreciables de la denominada “Revolución Domínguez” (así denominada por el profesor Olivo Rodríguez Huertas), celebrando la promulgación de la Ley No. 13-07 de transición al control jurisdiccional de la actividad administrativa del Estado y el traspaso de las competencias jurisdiccionales que desde 1947 ostentaba la Cámara de Cuentas –órgano de control externo de los recursos públicos– a su natural destinatario, el Tribunal Superior Administrativo, imbricado en el Poder Judicial, fue el de la potestad concedida a la Presidencia de dicha Jurisdicción, en aras de que, en el curso de un proceso, pudiese adoptar “... la medida cautelar idónea ...”, en aras de preservar los derechos de las personas en conflicto con la Administración Pública. La referida fórmula quiso apartarse de nuestra tradición gala, representada por el referimiento, mismo que, por regla general, opera “en cour d’instance”, estableciendo una opción despojada de todo formalismo.

A propósito de ello, se hace imperativo reseñar que el objetivo fundamental que procuran las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo es hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el Artículo 69 de la Constitución de la República¹.

En otras palabras, la persecución del reconocimiento o tutela de los derechos que se persiguen en justicia no resultaría eficaz, si en el transcurso del proceso se materializan los daños que se procuran evitar, pues, como atinadamente apuntaba Giuseppe Chiovenda, “la necesidad del proceso para tener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón.

De lo anterior resulta que la medida cautelar “tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o amenaza”².

Bien es cierto que la mayoría de las veces las providencias cautelares están orientadas a despojar al acto administrativo de su carácter ejecutorio, derivado del privilegio de la presunción previa de legalidad. Sin embargo, fue el notable maestro Italiano Carnelutti quien escindió los procesos cautelares en: i. conservatorios (embargos, prohibición de no innovar, inhibición general de bienes, entre otros), destinados a impedir cambios y alteraciones en la situación litigiosa, al asegurar e inmovilizar bienes y derechos, a partir del estado de litispendencia, y ii. innotativos, ya que “existen en efecto, casos en los que se comprometería

1. Que, como acertadamente ha apuntado el Profesor Rodríguez Huertas, la tutela cautelar ha sido reconocida, con rango de derecho fundamental, en la jurisprudencia comparada: Alemania (1973), España (1982), Italia (1985), Francia (1987), entre otros. Ver: Rodríguez Huertas, Olivo: El derecho fundamental a la tutela cautelar, Revista Gaceta Judicial No. 0093, 19 de Octubre de 2000.
2. CHINCHILLA MARÍN, Carmen: La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, 1991, pág. 42.

el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho, y se presente una modificación anticipada de la situación jurídica”³. Un ejemplo de ello sería la orden de “desaduanizar” alguna mercancía perecedera, en ocasión de un litigio, a propósito del cobro por reliquidación de aranceles.

Las medidas innovativas suelen envolver medidas positivas, susceptibles de ser encaminadas inaudita parte, con base en la “extrema urgencia”. La legislación dominicana consagra un poder genérico cautelar al Juez Presidente del Tribunal Superior Administrativo. Ello ocurre a partir del artículo 7 de la Ley No. 13-07, según el cual,

“[el] recurrente podrá solicitar, en cualquier momento del proceso, por ante el Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario”.

Sin embargo, en ocasión de la Sentencia No. 087-2014 emitida en fecha 29 de octubre de 2014, la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, a propósito de una solicitud de medida cautelar innovativa, estableció lo siguiente:

“... la finalidad de [ese tipo de] ... solicitud toca fuertemente asuntos constitucionales con el fondo y por tanto desborda las atribuciones conferidas por la ley a la Presidencia de este Tribunal Superior Administrativo como juez de lo cautelar ...”.

Aunque no compartimos el parecer del Tribunal Superior Administrativo, expresado en el *Ars Decidendi* y los *Obiter Dicta* de la providencia cautelar, *Ut-Supra* transcrita, reconocemos que un sector autorizado de la doctrina comparada estima que la institución de la medida cautelar innovativa carece de justificación suficiente.

En Argentina, Lino Palacio señala que generalmente se asignan a la prohibición de innovar la finalidad consistente en impedir la modificación –mientras dura el proceso– de la situación (de hecho o de derecho) existente al momento de disponerse la medida, desechándose, en consecuencia, la posibilidad de que mediante ésta se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad a ese momento⁴.

3. REYRANO, Jorge Walter: *Medida Cautelar Innovativa*, Depalma Ed., Buenos Aires, 1981, Pág. 13.

4. PALACIO, Lino: *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, reimpresión, Abeledo-Perrot Ed., Buenos Aires, 1989, Pág. 15.

No obstante, y coincidiendo con el parecer de Susana De La Sierra expresado en su obra, Tutela cautelar contenciosa-administrativa y derecho europeo con prólogo del profesor Luis Martín Rebollo, pensamos la fórmula reproducida por el artículo 7 y su Párrafo I de la Ley N. 13-07 que recalca los criterios de idoneidad y de necesidad⁵ –los cuales se reproducen en otros ordenamientos jurídicos, incluidos el español y el de la Unión Europea– exige una ponderación de intereses en la que las perspectivas de éxito de la demandada ocupen un lugar destacado⁶.

Citando a Schoch, la referida autora destaca que, si bien la necesidad es un concepto jurídico indeterminado, es posible su reducción a cero y, si se estima, por otra parte, que una medida es necesaria para regular una situación jurídica, que de esta manera no se vería menoscabada durante el tiempo necesario para obtener razón procesal, la adopción de dicha medida es obligada para el juez⁷. Su discrecionalidad se vería disminuida al mínimo, y no habría cabida a la ponderación de intereses, pues, no existirían intereses a ponderar, sino una situación que ha de ser subsumida en el criterio de necesidad. Ya lo decía Calamandrei:

“... la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales defectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos ...”⁸.

De igual manera, la Sentencia de 23 de agosto de 1995 pronunciada por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso-administrativo de la Región Capital de Venezuela, recaída en el caso Almacenes La Colmena, S. R. L. y otros, refiere lo siguiente:

“... es necesario que los litigios contencioso-administrativos sean juzgados rápidamente, o que, al menos, el juez contencioso-administrativo

5. En esa misma línea, las doctrina y jurisprudencia costarricenses han deducido la existencia de las medidas cautelares positivas, a partir de su normativa, bajo fórmula genérica y abierta –similar a la nuestra – y con base en los criterios de idoneidad y de necesidad. Ver JINESA LOBO: Ernesto: El Proceso Contencioso-Administrativo en Costa Rica, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y GARCÍA PÉREZ, Marta: La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica, Editorial Argentina Venezolana, 2014, Pág. 128.
6. DE LA SIERRA, Susana: Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo, Thomson Aranzandi Ed., Madrid, 2004, Pág. 178.
7. *Ibidem*.
8. CALAMANDREI, Piero: Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Ara Editores, Lima, 2005, Págs. 48-49.

Las medidas innovativas como extensión de la tutela cautelar idónea en el contencioso-administrativo dominicano, Juan Manuel Guerrero.

disponga de las más amplias posibilidades de dictar medidas cautelares, posibilidad que una de las más contundentes manifestaciones del derecho a la Tutela Judicial Efectiva”.

Por último, y reconociendo el carácter opinable de la cuestión, damos testimonio de fe en la temprana aprobación del Ante-Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la que habrá de salvarnos de otra transitoriedad que supere un nuevo quinquenio para que expresamente contemple, como parte del catálogo de las medidas cautelares, a las de innovar, no innovar, cautelarísimas, positivas, entre otras, imprescindibles, a la hora de garantizar la Tutela Judicial –y administrativa – Efectiva.