Artículo

Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración

Allan R. Brewer-Carías

SUMARIO

I. CAMBIOS EN LAS REGLAS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS

1. *La necesidad de la existencia de un acto administrativo previo.* 2. *La necesidad de agotar la vía administrativa.* 3. *La necesidad de ejercer el recurso dentro de un lapso determinado.* 4. *La exigencia de condiciones para la legitimación activa y pasiva.* 5. *La revisión del requisito del solve et repete.*

II. CAMBIOS EN LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA INTERPOSICION DE LOS RECURSOS

1. *La admisión de poderes de oficio de los jueces en materia de suspensión de efectos.* 2. *La suspensión automática de efectos respecto de los actos cuasi-jurisdiccionales.* 3. *La posibilidad de suspensión de efectos de los actos consecuenciales.* 4. *La posibilidad de suspensión de efectos de los actos sobrevenidos.* 5. *La suspensión de efectos de pleno derecho de los actos tributarios y su extensión al ámbito municipal.* 6. *El carácter cautelar de la acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso de nulidad y la suspensión expedita de los efectos del acto recurrido.* 7. *La posibilidad de suspensión de efectos de actos de efectos generales.*

III. CAMBIOS EN EL PAPEL Y SITUACION DE LAS PARTES EN EL PROCESO

1. *Cambios en el principio de que la carga de la prueba coresponde al recurrente.* 2. *Cambios en relación a la situación de las partes.* 3. *Necesidad de cambios en relación a la actuación del Ministerio Público.*

Hemos señalado que el artículo 206 de la Constitución no sólo debe considerarse como una norma atributiva de competencias judiciales a un conjunto de órganos que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, sino como una norma fundamental de la Constitución, que consagra, además, el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración.

Bajo este ángulo, entonces, la jurisdicción contencioso-administrativa debe verse básicamente como un instrumento judicial destinado a asegurar la protección del administrado frente a la Administración y contra las arbitrariedades de los funcionarios, y no como un instrumento judicial para proteger a la Administración frente a los ciudadanos. Por ello, se impone la revisión de muchos aspectos del contencioso-administrativo, a los efectos de que se convierta en un efectivo instrumento para la reducción de las prerrogativas de la Administración frente a los ciudadanos, de manera que la regla sea el control de la misma y lo excepcional sean las prerrogativas que pueda invocar.

Algunos cambios aislados se han venido operando en muchos aspectos que permiten ver pasos de avance en este sentido, estando planteado su perfeccionamiento futuro. Ello sucede en materia de admisibilidad de los recursos, en los efectos de su interposición, en el papel de las partes y su actuación, así como en la actuación de los entes públicos en juicio.

I. CAMBIOS EN LAS REGLAS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS

Las reglas tradicionales relativas a la admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos, desde su origen, buscaban asegurar más las prerrogativas de la Administración para impedir que el Estado fuese llevado libre y directamente a juicio, que asegurar a todos el acceso a la justicia para procesar a la Administración. Bajo este ángulo, la teoría de las causas de inadmisibilidad de los recursos se formó para resguardar privilegios y prerrogativas de la Administración, sin que se planteara preocupación alguna por asegurar a los administrados, siempre, la posibilidad de poder cuestionar judicialmente la conducta de la Administración.

Ahora, al contrario, si se analiza el contencioso-administrativo como el resultado del ejercicio de un derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva de los administrados frente a la Administración, la tendencia que necesariamente tenemos que observar y propugnar, es a la reducción o minimización de los privilegios y prerrogativas de la Administración que, en definitiva, lo que han significado es el establecimiento de obstáculos para asegurar el efectivo acceso a la justicia por parte de los administrados, para juzgar a la Administración. En este sentido, algunos cambios y avances se han venido observando en aspectos tan clásicos como los de la admisibilidad de los recursos y acciones contencioso-administrativos, la necesidad de la existencia de un acto administrativo previo; el agotamiento de la vía administrativa; el lapso de caducidad; la legitimación activa y el principio *solve et repete.*

1. *La necesidad de la existencia de un acto administrativo previo*

El principio general tradicional en el contencioso-administrativo ha sido el de la necesidad de que la Administración haya adoptado una decisión formal, como requisito previo para que pueda abrirse un proceso contencioso-administrativo. En otras palabras, el principio ha exigido que para que un administrado pueda llevar a juicio a la Administración, ésta tiene que haber emitido una decisión formal previa sobre el asunto, la cual debe traducirse en un acto administrativo. Por lo tanto, si la actuación de la Administración no se ha manifestado en un acto administrativo expreso, el administrado está obligado, previo a todo proceso contencioso, a exigir de la Administración un pronunciamiento formal. Este principio es un reflejo clásico del poder de la autotutela de la Administración y que implica su prerrogativa de que sólo después que ella decida formalmente un asunto mediante un acto administrativo es que puede ser llevada a juicio.

Esta prerrogativa de la necesidad de un acto administrativo, previo a toda acción judicial contra la Administración, progresivamente ha encontrado correctivos en la legislación, de manera que no se convierta en un obstáculo al acceso a la justicia contra la Administración.

En efecto, uno de los reflejos más importantes de la prerrogativa, y más clásicos en nuestra legislación, ha sido el llamado "procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República", regulado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (artículos 35 a 62), y que implica la obligación para todo potencial demandante de la República, de obtener previamente un pronunciamiento en vía administrativa en torno a su pretensión patrimonial. Este pronunciamiento formal, una vez comunicado al interesado, debe ser acogido o no por él mismo. Si lo acoge, el asunto se solucionará con arreglo al acto administrativo dictado, y en caso de que el mismo no sea aceptado por el interesado, éste entonces, es cuando queda plenamente facultado para acudir a la vía judicial. Esta prerrogativa de la Administración, en todo caso, tiene legalmente su correctivo en caso de abstención de la Administración de contestar la reclamación patrimonial en los lapsos previstos en la ley, en el sentido

de que vencidos éstos sin haberse notificado al reclamante el resultado de su petición, queda facultado para acudir a la vía judicial (artículo 34 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República). La antigua Corte Federal consideró desde los años cincuenta, que "esa inacción o silencio de la Administración, equivale a un rechazo de la petición del reclamante" (sentencia de 3-6-58, *Gaceta Forense* Nº 20, 1958, 120 y siguientes).

Ahora bien, la exigencia de una decisión administrativa previa para poder someter a juicio a la Administración, ha sido uno de los principios fundamentales del proceso contencioso-administrativo, en el cual, los juicios de nulidad, en principio, no se conciben sin que exista un acto administrativo impugnable, es decir, una declaración de voluntad de la Administración formalmente emitida. En este campo, la prerrogativa de la decisión previa ha sido fundamental en el desarrollo del contencioso-administrativo.

Sin embargo, la progresiva penetración del principio conforme al cual el control contencioso-administrativo debe verse ante todo como un medio de tutela judicial de los derechos fundamentales, más que como un medio de protección de la Administración, también en este campo ha corregido la rigidez de tal prerrogativa, no tanto consagrando el principio general del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 4), sino permitiendo el ejercicio de un recurso contencioso-administrativo directamente contra la conducta omisiva de la Administración, sea por obstención o negativa, en decidir las peticiones que se le formulan.

En efecto, en los casos de iniciación de un procedimiento administrativo mediante la presentación de una petición a la Administración, por ejemplo, para el otorgamiento de una licencia o permiso, la figura del silencio administrativo negativo es una garantía inefectiva para la protección de los derechos del interesado, pues nada puede éste sacar de la presunción tácita denegatoria de su petición. En efecto, en ese caso, si se interpretase que hay un acto administrativo tácito denegatorio de la solicitud formulada, cabe preguntarse ¿cómo lo va a impugnar el interesado, si no hay motivación? Y en definitiva, nada ganaría el interesado con una decisión judicial que declarase la nulidad del acto denegatorio. En esos casos, en realidad, lo que el interesado requiere es que la Administración dicte el acto administrativo a que está obligada, o rechace formalmente la solicitud formulada, por lo que en estos casos, la garantía jurídica del mismo está en el recurso contra las conductas omisivas de la Administración y no en el silencio administrativo denegatorio.

Este correctivo del privilegio de la decisión previa como condición de acceso al contencioso, está en el recurso que había sido establecido desde los años cincuenta en la vieja Ley Orgánica de la Corte Federal, aun cuando nunca usado, y que a partir de 1976 ha sido recogido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contra la abstención o negativa de los funcionarios públicos a cumplir determinados actos a que estén obligados legalmente (artículos 42, ord. 23 y 182 ord. 1, Ley Orgánica Corte Suprema de Justicia), en cuyo caso, la pretensión procesal busca lograr que el juez obligue a la Administración a decidir, pudiendo el juez, incluso, suplir la carencia administrativa, relevando al interesado de la obligación de obtener el acto administrativo requerido para, por ejemplo, realizar una actividad. El juez, por tanto, no agota su decisión con un simple pronunciamiento sobre la ilegalidad de la conducta omisiva, sino que —como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo— "presupone la realización de actuaciones tendientes a satisfacer la pretensión deducida por el administrado" (sentencia de 6-12-84 *Revista de Derecho Público,* Nº 20, 1984, pág. 174).

Debe destacarse que con motivo de la promulgación del Código Orgánico Tributario, la llamada "acción de amparo" prevista en le mismo (art. 215 a 217) contra demoras extensivas de la administración tributaria en decidir peticiones de los interesados puede concluir con una decisión en la cual el juez puede, incluso, dispensar al

recurrente de realizar algún trámite o diligencia, lo que implica la posibilidad del juez de sustituir la omisión de la administración.

2. *La necesidad de agotar la vía administrativa*

El principio general de la autotutela de la Administración, que desemboca en la prerrogativa de la existencia de un acto administrativo previo al acceso al contencioso-administrativo, tradicionalmente se ha manifestado también en otra prerrogativa de la Administración que impide al particular acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa contra un acto administrativo que no cause estado, es decir, que no sea la última palabra que al respecto pueda pronunciar la Administración. En otras palabras, se trata de la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad de los recursos de anulación, de manera de permitir el acceso a la vía judicial sólo cuando la Administración no tiene más nada que decir sobre el asunto, por haberse agotado las instancias administrativas. Esta exigencia, como condición de admisibilidad, incluso se establece expresamente en el artículo 124, ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Este principio, desde el ángulo de considerar al contencioso-administrativo como un medio de tutela de los derechos de los administrados, también ha sido mitigado en algunos aspectos, y en otros requiere de urgentes reformas:

En primer lugar, ha sido el legislador el que en muchos casos ha garantizado el acceso a la justicia administrativa sin necesidad de agotar la vía jerárquica administrativa en todos aquellos casos en los cuales a los efectos del acceso al contencioso, la ley considera que la decisión administrativa primaria, dictada por un funcionario que no está en la cúspide jerárquica de una organización, agota la vía administrativa. Por ejemplo, es el caso de las decisiones del Director de Inquilinato del Ministerio de Fomento o de algunas de las decisiones de la Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Hacienda, contra las cuales no procede recurso jerárquico ante el Ministro respectivo, y se considera que en sí mismas causan estado.

En segundo lugar, la necesidad de agotar la vía administrativa mediante el ejercicio de los recursos administrativos, ha sido mitigado en la legislación al establecerse expresamente al carácter optativo del recurso jerárquico. Tal es el caso del Código Orgánico Tributario que establece la posibilidad de intentar el recurso contencioso tributario "contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso (art. 185, I).

En tercer lugar, el principio del agotamiento formal de la vía jerárquica como requisito de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos ha sido corregido también con la introducción general en la legislación, del principio del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 4), conforme al cual, transcurridos los lapsos para que la Administración decida un recurso administrativo, se entiende que lo ha resuelto negativamente y el interesado puede interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación, aun sin haber obtenido la decisión formal del Ministro, por ejemplo, como superior jerárquico, que es la que en principio agota la vía administrativa. El silencio administrativo negativo, así, garantiza el acceso a la justicia administrativa, frente a la abstención de la Administración de decidir los recursos administrativos que agotan la vía administrativa.

Ahora bien, a pesar de estos dos correctivos legislativos al principio de la necesidad de que el acto administrativo impugnado en vía contencioso-administrativa cause estado, debe señalarse que el sistema de agotamiento de la vía administrativa previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, ha hecho mucho más complicado y engorroso el acceso a la justicia contencioso-administrativa, razón por la

cual requiere de una urgente reforma. En efecto, la mencionada Ley Orgánica exige para que se agote la vía administrativa el ejercicio sucesivo y obligatorio de dos recursos administrativos, primero el de reconsideración y luego el jerárquico, el cual sólo puede ejercerse contra la decisión que resuelve el primero (artículo 95). Esta regulación, que restringe por sí misma el acceso a la justicia contencioso-administrativa, incluso es todavía más grave en los casos de decisiones de los órganos superiores de los institutos autónomos, las cuales no pueden ser recurridas jamás, directamente, en vía contencioso-administrativa, sino que tienen que ser impugnadas ante el respectivo Ministro de adscripción a través de un denominado "recurso jerárquico" (artículo 96), que no es tal. Esto, además de acentuar el centralismo ministerial, impide que las decisiones de los Institutos Autónomos se puedan impugnar por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y que sólo pueda recurrirse ante la Corte Suprema contra las decisiones de los Ministros que resuelvan el "recurso jerárquico" que se haya interpuesto contra las decisiones de los órganos superiores de los respectivos Institutos Autónomos.

Por último, debe señalarse en relación a esta prerrogativa administrativa del necesario agotamiento de la vía administartiva como condición de admisibilidad de los recursos de nulidad y que se configura como una restricción al derecho a la tutela judicial frente a la Administración, que en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales se introdujo una importantísima reforma que permite el acceso a la justicia administrativa directamente contra un acto administrativo cualquiera, aun cuando sea de los que no han causado estado, siempre que el acto viole o amenace violar un derecho o garantía constitucional, y el recurso de nulidad se intente conjuntamente con una pretensión de amparo constitucional. Así, el artículo 5º de la Ley Orgánica prescribe que en los casos de ejercicio de la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con un recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, "no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa".

3. *La necesidad de ejercer el recurso dentro de un lapso determinado*

Otra prerrogativa tradicional de la Administración, que se justifica por la necesidad de que las actuaciones administrativas tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica, es la que se materializa en la exigencia legal de que como condición de admisibilidad de los recursos de nulidad, éstos deban ejercerse en un lapso, vencido el cual, los actos adquieren firmeza y no pueden ser impugnados por vía de acción, pues ésta caduca. Así se establece expresamente en el artículo 84, ordinal 3º y en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, la consideración de la vía contencioso-administrativa como una manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, sin duda exige compatibilizar el principio de la estabilidad de las decisiones administrativas con el principio de la legalidad. Es decir, la caducidad de un recurso de nulidad por transcurrir el lapso de seis meses previsto en la ley para su ejercicio, no puede convertir en legal lo que es ilegal, y menos aún puede dar estabilidad a decisiones que, por ejemplo, estén viciadas de nulidad absoluta o violen derechos constitucionales.

El correctivo tradicional al principio de la caducidad de las acciones contencioso-administrativas de nulidad, siempre ha sido el que la ilegalidad, en todo caso, puede oponerse por vía de excepción como lo señala el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En esta forma, si bien la acción de nulidad no puede intentarse cuando caduca el lapso, el interesado siempre puede oponer la ilegalidad del acto cuando en cualquier forma, en juicio, se pretenda exigir su cumplimiento o

ejecución. Por tanto, de acuerdo a este principio, la caducidad *per se,* jamás hace legal lo ilegal, por más estabilidad que tengan las actuaciones administrativas.

Recientemente, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha establecido otro correctivo importante a los efectos que podría producir la estabilidad de actos ilegales, y es que si se trata de un acto que viole o amenace violar un derecho constitucional, si la pretensión de amparo se formula conjuntamente con la acción contencioso-administrativa de nulidad, "el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo", por lo que frente a actos administartivos que violen derechos o garantías constitucionales, si la acción contencioso-administrativa se acompaña de una pretensión de amparo, no hay lapso de caducidad alguno para interponer la acción; es decir, ésta no caduca (artículo 5).

Hemos sostenido, además, que el mismo principio debería aplicarse a los casos de actos nulos de nulidad absoluta que enumera el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a pesar de que el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establezca la distinción, y los artículos 8, 79 y 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prescriban tanto la ejecución de todos los actos administrativos, aun los absolutamente nulos, como el carácter no suspensivo de los recursos administrativos. Es decir, hemos sostenido que los actos administrativos nulos de nulidad absoluta, nunca pueden adquirir firmeza, por lo que siempre podrían ser impugnados, ya que por el transcurso del tiempo nunca pueden llegar a ser convalidados. Sin embargo, en ausencia de una previsión legal expresa —salvo por lo que se refiere a los actos que violen derechos y garantías constitucionales—, el mismo resultado de la impugnabilidad en todo tiempo de los actos nulos de nulidad absoluta resulta de la interpretación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que autoriza a la Administración a reconocer en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, la nulidad absoluta de sus actos. Si esto es así, a pesar de que las acciones de nulidad hubiesen caducado, el interesado puede en cualquier momento solicitar a la Administración que reconozca la nulidad de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta. de manera que contra la negativa podría ejercerse la acción contencioso-administrativa de nulidad, que llevaría a la revisión judicial del acto nulo por la vía del juzgamiento del acto que lo confirme. Así, se obvia la rigidez del principio de la caducidad de las acciones cuando se trata de actos viciados de nulidad absoluta.

Esta doctrina ya ha sido acogida expresamente por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 14 de agosto de 1991, en la cual se resolvió lo siguiente:

> "...aún cuando hubieren precluido los diferentes recursos, por otra vía, por ejemplo, la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta, en cualquier tiempo, los particulares pueden lograr su anulación, en vía administrativa (artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), y de serles negada tal anulación pueden aún ejercer jurisdiccionalmente el correspondiente recurso de anulación, no contra el acto primitivo, pero sí contra la negativa de la Administración de declarar la nulidad de un acto nulo absolutamente". *Revista de Derecho Público,* Nº 47, 1991, pág. 113).

4. *La exigencia de condiciones para la legitimación activa y pasiva*

Otro de los principios fundamentales del contencioso-administrativo es la exigencia, como condición de admisibilidad de las acciones de nulidad, de que quien impugne el acto ante la autoridad judicial tenga interés personal, legítimo y directo en la anulación solicitada cuando se trata de actos de efectos particulares; y que, asimismo, en

los casos de impugnación, quienes pretendan hacerse parte como coadyuvantes de la legalidad del acto impugnado, tengan interés personal, legítimo y directo en que el acto no sea anulado. Así lo exigen expresamente los artículos 121 y 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Estos requisitos de legitimación, acumulativos, del interés personal, legítimo y directo para impugnar o defender en juicio un acto administrativo de efectos particulares, los ha precisado la jurisprudencia señalando que corresponden primero, a los "titulares de derecho subjetivos administrativos, vale decir, aquellos sujetos que derivan su capacidad procesal de vínculos previamente establecidos con la Administración y que resultan afectados por el acto que ha irrumpido contra tales vínculos"; y, en segundo lugar, a los que se encuentren "en una especial situación de hecho en relación al acto recurrido el cual afecta su esfera jurídica"... "que lo hace más sensible que el resto de los administrados a esa eventual violación del principio de legalidad" (véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 13-11-90 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 15-11-90 en *Revista de Derecho Público*, Nº 44, 1990, págs. 158 a 160).

En la primera de las sentencias citadas, incluso, la Corte Primera precisó el sentido de los términos que califican la legitimación, conforme a su doctrina sentada en sentencia precedente de 13 de octubre de 1988, así: *interés personal* es el que puede hacer valer el autor "en su nombre o en el de un sujeto o comunidad que represente", es decir, el interés en la nulidad o no del acto debe ser del propio sujeto que lo impugne o defienda; *interés legítimo*, es el que corresponde al mencionado sujeto derivado sea de un título jurídico que implique el derecho a una tutela legal, sea de "una particular situación de hecho frente al acto administrativo en forma que el mismo recaiga sobre su esfera, afectándola en materia determinante"; e *interés directo*, deriva de la "necesidad de que el efecto del acto recaiga sobre el actor", es decir, "que el acto esté destinado al actor" (Véase la sentencia citada de la Corte Primera, en *Revista de Derecho Público*, Nº 44, 1990, pág. 158 y 159).

Ahora bien, la enumeración de tales características de interés personal, legítimo y directo como condición de la legitimidad en el contencioso-administrativo, por supuesto, es un límite frente a las representaciones de intereses difusos, las cuales no tienen la legitimidad requerida para actuar en los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares. El interés difuso que representan, por ejemplo, las asociaciones de consumidores, de usuarios o ambientalistas, por su carácter indeterminado y genérico no podría servir de fundamento para la intervención judicial en juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, por la falta del carácter "personal, legítimo y directo" que requiere la ley. Lo mismo podría plantearse respecto de las asociaciones de vecinos que regula la Ley Orgánica de Régimen Municipal, las cuales, actuando como representantes de simples intereses difusos de carácter vecinal, no tendrían la legitimación necesaria para actuar en dichos juicios; y sólo podrían actuar en defensa del interés colectivo que en concreto representan, cuando el acto recurrido afecta o vulnera directamente, no sólo a uno o más vecinos en concreto, sino el interés colectivo cuya defensa tiene encomendada, es decir, cuando afecta a la globalidad del área urbana que abarca la respectiva asociación, y por tanto, a la globalidad de los vecinos.

Mientras la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no se reforme, el acceso a la justicia administrativa está limitado a los titulares de un interés personal, legítimo y directo, pudiendo este ser, sin duda, un interés colectivo (de una comunidad, asociación o colectividad concreta), quedando excluidos de la legitimación los representantes de intereses difusos. Abrir la legitimación a estos intereses, sería convertir la acción de nulidad contencioso-administrativa en una acción popular, lo que no sólo es contrario a nuestra tradición que la prevé sólo en materia de acciones de inconstitucionalidad, sino que podría trastocar todo el sistema de control de legalidad de la

acción administrativa, al abrirse la vía del chantaje entre particulares, cuando del acto administrativo derivan derechos o intereses privados concretos.

5. *La revisión del requisito del solve et repete*

Por último, dentro de las condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso-administrativas de anulación, se destaca la previsión del artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que establece lo siguiente:

> "Cuando la ley exija como condición para admitir algún recurso contra el acto, que el interesado pague o afiance el pago de una cantidad líquida, deberá presentarse también constancia de que se ha dado cumplimiento a dicho requisito a menos que la misma ya haya sido agregada al expediente administrativo, en cuyo caso así se hará constar en la solicitud".

La consecuencia de ello es que si dichos documentos no se presentan, el juez no debe admitir la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 84, ordinal 5º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del requisito de admisibilidad conocido como el *solve et repete,* conforme al cual, la posibilidad de impugnar un acto administrativo, por ejemplo, que imponga una multa, sólo procede cuando ésta se haya pagado o afianzado previamente. Así lo exigen innumerables leyes especiales.

El principio, que se había desarrollado como un privilegio de la Administración, progresivamente ha sido cuestionado en todas partes. Así, el Tribunal Constitucional Italiano, en 1973, lo declaró inconstitucional, y en España, después de promulgada la Constitución de 1978 que garantiza el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, se ha zanjado definitivamente la colisión que con dicho derecho se plantea por la exigencia del pago o afianzamiento previo, lo cual ya en 1983 fue considerado inconstitucional.

El problema también se ha venido planteando en Venezuela, con la consideración del principio como inconstitucional, por significar su exigencia una violación al derecho a la defensa que garantiza el artículo 68 de la Constitución, al imponer una limitación intolerable al acceso a la justicia y al derecho a la tutela judicial frente a la Administración. Y así, después de dos sentencias de la Corte Suprema en Corte Plena en las cuales la Corte no anuló las normas legales que preveían el principio de *solve et repete,* conforme a los alegatos de que eran inconstiucionales, desestimándolos por razones intertemporales de vigencia de las normas impugnadas (sentencias de 15-10-85 y de 26-10-88, Véase en *Revista de Derecho Público* Nº 25, 1985, págs. 149 y 150 y Nº 37, 1988, págs. 99 a 102); la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, en sentencia de 14-10-90 ha resuelto definitivamente el asunto, y por vía de control difuso de la constitucionalidad, ha considerado inconstitucional por violación del derecho a la defensa previsto en el Texto Fundamental (artículo 68), la exigencia legal del *solve et repete,* y en consecuencia, ha aplicado preferentemente la Constitución, inaplicando la norma legal que lo consagraba, en el caso concreto, el artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduana.

En dicha sentencia, en efecto, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

> "...observa la Corte, que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses, garantía fundamental que —en criterio de la Sala— se vería afectada, de

aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia. Los términos de la norma de rango superior son, sin lugar a dudas, contundentes: "*Todos* pueden utilizar los órganos de la administración de justicia, para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por *la ley*, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes". Y añade, en párrafo separado: "la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

En tales circunstancias, observa la Sala la inmotivada restricción (derivada del principio *solve et repete*), constituiría una declaración del legislador que debe ser desatendida por el juez, vista su inconstitucionalidad".

En vista de ello, la Sala acudió a los poderes de control difuso de la constitucionalidad que calificó como un "principio general del derecho" recogido, por lo demás, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, y formalmente reconoció:

"la preferente aplicación del artículo 68 de la Constitución sobre los artículos 137 de la Ley Orgánica de Aduanas y 462 de su Reglamento; textos —legal y reglamento— que en cuanto condicionan económicamente el acceso de los particulares al Poder Judicial, constituye una violación flagrante del derecho a la defensa, garantizado por la transcrita norma constitucional. En virtud de lo cual, se abstiene la Sala de aplicar los señalados artículos al caso de autos, y así lo declara igualmente" (Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 44, 1990, págs. 162 a 165).

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia ha declarado que considera como inconstitucional la exigencia del requisito del *solve et repete* como condición de admisibilidad de los recursos de nulidad, y ha aplicado preferentemente la Constitución, absteniéndose de aplicar las normas legales y reglamentarias que en el caso concreto la preveían.

La decisión de la Corte tiene una importancia fundamental y se inserta en la consideración del contencioso como un medio de tutela judicial de los derechos e intereses particulares frente a la Administración; y si bien, sus efectos sólo son *inter partes* y no *erga omnes* —en virtud de que no se dictó como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad— su valor de precedente es incuestionable y definitivo en el campo contencioso-administrativo, razón por la cual su doctrina tendrá que ser invocada ante los tribunales contencioso-administrativos inferiores para exigir la inaplicabilidad de las normas legales que, al regular el principio *solve et repete*, violan el artículo 68 de la Constitución, comenzando, por supuesto, por lo establecido en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

II. CAMBIOS EN LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA INTERPOSICION DE LOS RECURSOS

Uno de los principios tradicionales del derecho administrativo es el de la presunción de legitimidad, veracidad y legalidad de los actos administrativos, lo que significa que los mismos, siendo válidos y eficaces, son de obligatorio cumplimiento tanto para la propia Administración como para los particulares. De ello deriva, además, el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, que al gozar de dicha presunción, en sí mismos constituyen un título ejecutivo y pueden ser ejecutados de inmediato.

La consecuencia inmediata de tales principios, en el ámbito del contencioso-administrativo, es que el control judicial de la legalidad se configura como un medio para

desvirtuar la presunción señalada que, por supuesto, es *juris tantum*. Por ello, la sola interposición de los recursos no suspende la ejecución de los actos administrativos, y mientras su nulidad no sea pronunciada por la autoridad judicial, la Administración puede ejecutarlos. De allí deriva el principio de los efectos no suspensivos de los recursos contencioso-administrativos, pudiendo sin embargo el juez respectivo, suspender los efectos del acto impugnado, siempre que sea de efectos particulares, "cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva", tal y como lo establece el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo impugnado, está regulada en la Ley Orgánica, en general, como una excepción procesal al principio de los efectos no suspensivos de la interposición de los recursos de nulidad; y que en principio, sólo procede a instancia de parte.

Estos principios tradicionales, sin embargo, han venido progresivamente siendo mitigados, y diversos cambios comienzan a evidenciarse.

1. *La admisión de poderes de oficio de los jueces en materia de suspensión de efectos*

En efecto, en primer lugar, debe destacarse la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de admitir la posibilidad de que la Corte dicte de oficio la medida de suspensión aun en casos en los cuales no haya sido solicitada expresamente, pero que resulte ser la intención expresada por los recurrentes. Así, en el caso de la impugnación de un Decreto referente a limitaciones a la propiedad en el Parque Nacional Mochima y que los recurrentes interpretaron como un acto de efectos generales respecto del cual no procedía la suspensión de efectos; la Corte Suprema, al considerarlo como un acto de efectos particulares estimó que "la voluntad" de los recurrentes había sido la suspensión de los efectos del acto, razón por la cual la Sala Político-Administrativa pasó a valorar si estaban cumplidos los demás extremos del artículo 136 de la Ley Orgánica, y resolvió suspender los efectos del acto (sentencia de 16-11-89 en *Revista de Derecho Público, Nº* 40, 1989, pág. 127).

2. *La suspensión automática de efectos respecto de los actos cuasi-jurisdiccionales*

En segundo lugar, debe señalarse la doctrina de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en mitigar el carácter excepcional de la decisión de suspensión de efectos de los actos administrativos, y considerar que procede automáticamente respecto de los actos dictados por la Administración en función jurisdiccional, los cuales ha calificado dicha Corte como "cuasi-jurisdiccianales". En efecto, en sentencia de 11-10-90, la Corte Primera sostuvo lo siguiente:

> "...en los casos en los cuales se solicite la suspensión de los efectos de un acto cuasi jurisdiccional, esto es, de aquellos en los cuales la Administración actúa como un árbitro que decide una controversia entre particulares como lo es la providencia del Inspector del Trabajo objeto del recurso de nulidad, la ejecutoriedad del mismo debe ser apreciada con un criterio menos rígido que el que se aplica para los actos en los cuales la Administración ejerce su función natural y típica como lo es la de satisfacer en forma inmediata las necesidades públicas concretas.
>
> En efecto, en tales actos el recurso contencioso-administrativo se acerca al sentido de una apelación de una sentencia definitiva en muchos aspectos, en la cual, el efecto suspensivo es inmediato" (Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 44, 1990, pág. 168).

3. *La posibilidad de suspensión de efectos de los actos consecuenciales*

En tercer lugar, debe igualmente destacarse que frente a la tesis tradicional de que la suspensión de efectos del acto administrativo recurrido en vía contencioso-administrativa, "sólo puede recaer sobre el acto cuya nulidad ha sido solicitada a través del correspondiente recurso de anulación", que "no puede comprender otros actos, aun conexos con el impugnado de nulidad, si no han sido demandados conjuntamente con aquél" y que "los efectos de la suspensión ni se extienden ni amplían a aquéllos actos, que más que actos de ejecución del acto impugnado, son otros actos diferentes y autónomos, aunque para dictarse se hubiera tenido en cuenta lo resuelto por aquellos" (Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de 21-3-90 en *Revista de Derecho Público,* Nº 42, 1990, págs. 129 y 130); la misma Corte Suprema de Justicia, en un avance fundamental para garantizar la efectiva tutela judicial frente a la Administración, ha admitido recientemente la posibilidad de que la suspensión de efectos del acto impugnado de nulidad comprenda los actos consecuenciales del impugnado, e incluso, los sobrevenidos.

En efecto, en cuanto a los actos consecuenciales, la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la demanda de nulidad del acto de improbación de la Memoria y Cuenta de un Alcalde, admitió como procedente la supensión de los efectos de sus actos consecuenciales: la suspensión del Alcalde en el ejercicio de sus funciones y la subsiguiente convocatoria a referéndum. La Corte, en Sala Político-Administrativa, en efecto consideró lo siguiente:

> "La amplia facultad discrecional que le concede el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, permite a este Alto Tribunal la posibilidad de pronunciarse y decidir de manera irrestricta —puesto que ninguna limitación le impone la norma respecto de todos los efectos producidos por el acto administrativo individual impugnado, y de acordar o no la suspensión —total o parcial de los mismos, sólo con vista de las «circunstancias del caso» concreto en examen" (*Revista de Derecho Público,* Nº 46, 1991, págs. 146 y 147).

4. *La posibilidad de suspensión de efectos de los actos sobrevenidos*

Pero no sólo la Corte Suprema ha admitido la suspensión de efectos respecto de los actos consecuenciales del acto impugnado, sino también de los actos administrativos sobrevenidos dictados en ejecución del mismo. Así, la Corte Suprema, en el caso de la impugnación del Decreto que limitó los derechos de propiedad en el Parque Nacional Mochima, cuyos efectos habían sido suspendidos, en el mismo juicio, en sentencia de 22-11-90 se pronunció sobre la suspensión de efectos de un Decreto posterior, dictado un año después, y que reproducía el anterior, a los efectos de "asegurar la efectividad de su decisión y el derecho de tutela judicial de los recurrentes" considerando que la suspensión de los efectos de actos sobrevenidos debía sujetarse a que se dieran los siguientes supuestos:

> "1. Que el acto reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones suspendidas.
>
> 2. Que no hubieran desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión.
>
> 3. Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma entidad que dictó el anterior.
>
> 4. Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente.

5. Que en el proceso en donde se dictó la medida de suspensión no se hubiese pronunciado sentencia definitiva" (*Revista de Derecho Público,* Nº 44, 1990, págs. 170-173).

Con base en esta doctrina, los tribunales contencioso-administrativos se han pronunciado, en juicio, sobre la suspensión de todos los actos de ejecución del acto administrativo impugnado, y cuyos efectos han sido previamente suspendidos. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado claramente sus poderes en cuanto a velar por la ejecución efectiva de sus decisiones, en particular las que suspenden los efectos del acto impugnado (Véase sentencia de 22-11-90 en *Revista de Derecho Público,* Nº 44, 1990, págs. 177 y 178).

5. *La suspensión de efectos de pleno derecho de los actos tributarios y su extensión al ámbito municipal*

En quinto lugar, debe destacarse el importantísimo avance que en relación a garantizar la efectiva tutela judicial frente a la Administración, ha significado la disposición del Código Orgánico Tributario, el cual, en dicha materia, ha consagrado expresamente el principio contrario a la tradición del contencioso-administrativo, en el sentido de establecer que el ejercicio de los recursos contencioso-tributarios tiene efectos supensivos respecto de la ejecución de los actos recurridos (artículo 178). Esta norma ha tenido una importantísima repercusión jurisprudencial en el sentido de que en virtud del carácter supletorio del Código respecto del ordenamiento municipal conforme al artículo 114 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14-3-91, ha extendido el principio al ámbito de la impugnación de los actos tributarios municipales, estableciendo la doctrina de que:

"la interposición de recursos contencioso-administrativos de anulación en contra de actos tributarios municipales, suspenden la ejecución del acto recurrido, sin que se requiera examinar si en verdad ello es necesario para evitar perjuicios irreparables por la definitiva. En otras palabras, que la interposición de la demanda de anulación, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 178, produce como efecto inmediato procesal la no ejecución del acto impugnado, por lo que ya no es un problema la procedencia o no de dicha suspensión como medida precautelativa, sino una consecuencia propia de aquellas demandas, que no cabe discutir o evidenciar. Es decir, que al igual que otros efectos que produce la sola presentación de la demanda (por ejemplo, evitar la caducidad, etc.), la suspensión de la ejecución de los actos tributarios, impugnados de nulidad, se produce por el hecho simple de su interposición, sin atender a si con ello se garantizan o no los efectos del fallo definitivo" (*Revista de Derecho Público,* Nº 45, 1991, págs. 166 y 167).

6. *El carácter cautelar de la acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso de nulidad y la suspensión expedita de los efectos del acto recurrido*

En sexto lugar, debe mencionarse en relación a la suspensión de efectos de los actos administrativos en vía contencioso-administrativa, el sentido automático de la misma cuando se formula junto con el recurso contencioso-administrativo una pretensión de amparo.

La intención del legislador al regular ese ejercicio conjunto de la acción de amparo con el recurso de nulidad frente a los actos administrativos, fue precisamente el per-

mitir al juez contencioso-administrativo en los casos de lesiones o amenaza de lesión a derechos constitucionales por el acto administrativo, suspender inmediatamente los efectos del acto administrativo, *in limine litis,* en forma mucho más expedita, de manera que la acción de amparo, en definitiva, se debía resolver en una medida cautelar de suspensión de efectos del acto impugnado, sin mayores trámites ni requerimiento de informes y sin audiencia constitucional, mientras duraba el juicio de nulidad.

A pesar de esta intención del legislador que resulta de lo propuesto en la Cámara del Senado al discutirse la ley, los tribunales contencioso-administrativos no entendieron el sentido de la regulación, y comenzaron a interpretar que en los casos de ejercicio conjunto de la acción de amparo con el recurso de nulidad, debían llevarse los dos juicios en paralelo, sin percatarse que el principal, en esos casos, es el juicio de nulidad, y el accesorio es el de amparo, que debía limitarse en una medida cautelar de suspensión de efectos, como mandamiento judicial de protección constitucional.

Afortunadamente, a partir de 1991 y en la conocida decisión de la Corte Suprema de Justicia de 10-7-91 dictada en el caso Tarjetas Banvenez y otros, la Sala Político-Administrativa ha puntualizado definitivamente el carácter de la acción de amparo cuando se intenta conjuntamente con un recurso de nulidad, habiendo seguido el siguiente razonamiento:

En primer lugar, la Corte puntualizó las dos vías procesales de amparo previstas en la ley: la acción autónoma y el ejercicio conjunto con otros medios procesales, y sus diferencias, así:

> "La Ley Orgánica de Amparo, al desarrollar los artículos 49 y 50 de la Constitución, otorga a las personas naturales o jurídicas, habitantes o domiciliadas en Venezuela, la posibilidad de acudir ante los tribunales que ella señala, con el propósito de ser amparados en el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, mediante el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.
>
> A tal fin, el texto de la ley prevé fundamentalmente dos mecanismos procesales: la acción autónoma de amparo, y la acumulación de ésta con otro tipo de acciones o recursos. Ambas modalidades de ejercicio difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza y consecuencias jurídicas.
>
> En efecto, en el primer caso, al ser una acción que se ejercita en forma autónoma, independiente, no vinculada ni subordinada a ningún otro recurso o procedimiento, es indudable que esa acción, así ejercida, debe ser, por su naturaleza restablecedora, capaz, suficiente y adecuada para lograr que el mandamiento de amparo que se otorgue se baste por sí solo, sin necesidad de acudir a otro u otros procedimientos judiciales, para volver las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración y hacer desaparecer definitivamente el acto o hecho lesivo o perturbador.
>
> Por estas razones, ha sostenido reiteradamente este Supremo Tribunal en jurisprudencia que una vez más ratifica, que en tales supuestos el accionante en amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, directa e inmediata, lo cual no significa —se precisa ahora— que el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha consumado efectivamente. De no ser así —ha dicho también esta Sala— no se trataría entonces de una acción constitucional de amparo sino de otro tipo de recurso, por ejemplo, el contencioso-administrativo, cuyos efectos anulatorios no se corresponden con los restitutorios del amparo y «si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no sólo esa sino

todas las vías procedimentales establecidas en nuestro sistema de Derecho Positivo», desnaturalizando el carácter extraordinario del amparo. (S. 23-5-88, Fincas Algaba).

Por lo que atañe a la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales, el texto normativo en referencia contempla tres supuestos: a. la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3º); b. la acción de amparo acumulada al recurso contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la Administración (artículo 5); y c. la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6º, ordinal 5º).

En cualesquiera de estos supuestos de acumulación la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma) pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino *subordinada,* accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal. Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de las hipótesis señaladas, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto de que se trate "mientras dure el juicio".

Así, en efecto, rezan los dispositivos legales que contemplan tal figura:

> ..."La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, *podrá suspender la aplicación de la norma* respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, *mientras dure el juicio de nulidad*". (Artículo 3, L.O.A.).
>
> ..."Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso-administartivo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. *En estos casos, el Juez en forma breve, sumaria, efectiva* y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, *suspenderá los efectos del acto recurrido* como garantía de dicho derecho constitucional, violado, *mientras dure el juicio*». (Artículo 5, L.O.A.).

Igual sucede cuando el agraviado opta por recurrir a las vías judiciales ordinarias, en cuyo caso, al alegar la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez, acogiéndose al procedimiento establecido en la Ley de Amparo, deberá «*ordenar la suspensión provisional de los efectos del*

De lo anterior se deriva, para esta Sala, que la acción de amparo propuesta conjuntamente con una de otro tipo participa de todos los caracteres procesales inherentes a la acumulación de acciones, esto es: que ha de ser resuelta por un solo juez (el mismo que sea competente para conocer de la acción principal), y que ambas pretensiones (la de amparo y la nulidad u otra) deben ser tramitadas en un solo proceso que tiene dos etapas: la del amparo, previa, y la con-*acto cuestionado*». (Artículo 6, ordinal 5º).

tenciosa, la cual forzosamente cubre, en la decisión final, tanto la medida cautelar que inevitablemente perece en esa oportunidad, como el pronunciamiento judicial acerca de la nulidad solicitada. En otras palabras, si por las características analizadas el mandamiento de amparo se traduce única y exclusivamente en la suspensión provisional del acto recurrido en nulidad, la sentencia que decida ésta deja sin efecto aquella medida cautelar dictada en forma previa, tanto si el acto cuestionado es anulado como si es confirmado, porque, en uno u otro caso, carece ya de sustentación jurídica.

Sentado lo anterior, observa también la Sala otras distinciones importantes entre la acción autónoma de amparo y la acumulada a otro recurso. En efecto, mientras en la primera es condición de procedencia, como se ha dicho, que se invoque y demuestre la violación directa, inmediata, flagrante, de un dispositivo o garantía constitucionales que, por sí solos, determinen la necesidad del mandamiento de amparo como medio definitivo de restablecer la situación jurídica vulnerada; en el segundo caso, dada la naturaleza suspensiva de este mandamiento de amparo que sólo tiende a detener provisionalmente los efectos del acto perturbador hasta que se decida el juicio que lo anule o confirme, la denuncia de infracción de normas constitucionales puede estar acompañada de transgresión de textos de rango inferior que precisen o desarrollen el derecho o garantía constitucionalizados, pues tratándose de un solo proceso instaurado contra el mismo acto cuya nulidad se pretende obtener por la vía del recurso contencioso correspondiente, nada obsta a que los instrumentos jurídicos sub-constitucionales que sustentan la nulidad sean invocados también al interponer las acciones acumuladas. Lo que no puede hacer el juzgador para acordar la suspensión de los efectos del acto denunciado como lesivo, es encuadrar la situación planteada en la regulación o solución legal o sublegal de la misma, porque en tal hipótesis estaría decidiendo anticipadamente, quiéralo o no, la nulidad del acto impugnado al pronunciarse determinantemente acerca de la existencia de uno de sus vicios, sea éste de procedimiento o de fondo, cuestión que forma parte del debate procesal probatorio que ha de instaurarse precisamente con motivo del recurso de nulidad.

En efecto, siendo distintas las consecuencias que dimanan de una acción autónoma de amparo y de la ejercida conjuntamente con otro recurso (restitutorias en el primer caso y cautelares en el segundo), basta en esta última el señalamiento de la norma o garantía constitucional que se consideren violadas, fundamentado además en un medio de prueba que constituya *presunción* grave de la violación o amenaza de violación denunciada, para que el juez, en forma breve y sumaria, acuerde procedente la suspensión de los efectos del acto como medio de tutelar anticipadamente los posibles efectos de la sentencia que posteriormente habrá de dictar en el juicio de nulidad (artículos 5 y 22 Ley Orgánica de Amparo).

Considera esta Sala, por otra parte, que en el amparo acumulado, ese «medio de prueba» a que alude el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, puede consistir en el propio acto administrativo impugnado en nulidad, cuyo texto debe ser examinado por el juez de amparo para concluir si, a su juicio, del mismo acto administrativo de efectos particulares se deduce la presunta violación constitucional alegada por el recurrente y acordar, en consecuencia, la medida suspensiva de sus efectos que le ha sido solicitada".

En segundo lugar, la Sala Político Administrativa puntualizó claramente el carácter cautelar del amparo cuando se ejerce conjuntamente con el recurso de nulidad, consistente en principio en la suspensión de efectos del acto recurrido mientras dure el juicio de nulidad, así:

1º "Que de la interpretación concatenada de los artículos 5º y 22 de la Ley Orgánica de Amparo se infiere claramente la distinción entre la acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso de nulidad y la acción de amparo autónoma o el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto a que —no obstante la común exigencia de la violación directa de una norma constitucional—, estos dos últimos recursos tienen una finalidad distinta (restitutoria en el amparo autónomo y anulatoria en la acción de inconstitucionalidad), en tanto que, en el amparo conjunto, se trata de una medida cautelar que sólo requiere como fundamento «un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación» (artículo 22), así como la consideración, por parte del tribunal, de que la suspensión de los efectos del acto recurrido resulta procedente como garantía del derecho constitucional violado, *mientras dure el juicio* (artículo 5º); es decir, que la medida cautelar se revela como necesaria para evitar que el accionante, por el hecho de existir un acto administrativo, se vea impedido de alegar violación de derechos constitucionales. De ahí que la suspensión de sus efectos pretenda mantener sin ejecución el acto impugnado, si el juez considera que debe suspenderse dicho acto por la presunción grav de violación constitucional invocada en el amparo.

Por tanto, si se exigiese la misma rigurosidad en la sustentación de la acción de amparo acumulada que la que se requiere para las otras acciones señaladas (amparo autónomo y recurso de inconstitucionalidad), la de amparo conjunta resultaría prácticamente inútil, pues carecería del específico sentido que tiene: obtener que se suspendan en el tiempo los efectos de un acto administrativo que *podría* afectar el derecho constitucional, *eventual lesión* que el *juez del amparo* aprecia como presumible".

En tercer lugar, al resolver sobre el carácter cautelar de la acción de amparo cuando se intenta conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación, la Corte Suprema precisó el ámbito de los poderes suspensivos y no anulatorios del juez en su decisión. En el caso concreto, al analizar la sentencia dictada en primera instancia, señaló:

2º "Que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo no ha debido declarar, por vía de amparo, que el acto de la Comisión Nacional de Valores demandado en nulidad violó el derecho de defensa de las empresas recurrentes, pues con tal declaratoria confunde el ámbito de una acción de amparo acumulada al recurso contencioso de anulación que no permite, en esa etapa previa del proceso, pronuciamientos de esa naturaleza que envuelven consecuencias anulatorias propias sólo del juicio de nulidad en la correspondiente sentencia definitiva y ajenas a la acción de amparo acumulada.

En efecto, como ya se ha dicho repetidamente, la naturaleza instrumental de una acción de amparo ejercida con base al artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo, está dirigida a obtener la suspensión temporal del acto administrativo impugnado y el juez debe acordarla si los derechos constitucionales invocados como conculcados están fundamentados en un medio de prueba (incluso el propio acto administrativo), que lleve al sentenciador a considerar que existe indicio o presunción grave de la violación o de la amenaza de violación constitucional alegada, por lo que resulta procedente la suspensión del mismo, mientras dure el juicio de nulidad".

3º "Que la decisión de la Corte Primera en lo tocante a la reducción de los lapsos procesales del recurso contencioso-administrativo de nulidad, inserta en el dispositivo del mandamiento de amparo, resulta asimismo extraña a la materia de la acción de amparo ejercida con fundamento en el artículo 5º de la Ley

Orgánica de Amparo, la cual debe quedar circunscrita a la suspensión temporal —si se la considera procedente por vía de amparo—, de los efectos del acto recurrido en nulidad".

4º "Que el tribunal *a quo* erró en el tratamiento y solución del juicio de amparo, al decidir como «amparo definitivo» ratificar una medida que le había sido solicitada por las accionantes sólo como «amparo provisional» consistente en la suspensión de la Asamblea de Accionistas del Banco de Venezuela, SAICA, convocada para el lunes 12 de noviembre de 1990 y la cual fue acordada por ese órgano jurisdiccional el 9 de noviembre de ese año como medida cautelar innominada, obviando de este modo pronunciamiento acerca del petitorio específico de fondo del amparo, cual era la suspensión de los efectos de la Resolución 284-90 de la Comisión Nacional de Valores". (Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 47, 1991, págs. 169 a 174).

Después de la sentencia antes reseñada, la doctrina de la Corte Suprema y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha sido constante en indicar que el amparo acumulado al recurso contencioso-administrativo de anulación es de carácter estrictamente cautelar, teniéndose que sujetar:

"al régimen de las medidas cautelares, concretamente a la que en este último recurso más se le asemeja: la suspensión de efectos del acto administrativo recurrido por ilegalidad, consagrada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es decir: un pronunciamiento por vía de amparo sobre la inconstitucionalidad o no de la supuesta conducta lesiva, supondría adelantar opinión sobre el fondo del recurso de anulación contra un acto administrativo que, dotado como se encuentra de la llamada «presunción de legitimidad», invoca como fundamento una norma legal en la que la propia decisión recurrida afirma que se encuentra prevista tanto la infracción calificada por el Consejo de la Judicatura en el caso, como la sanción por ese organismo aplicada. Pero tal pronunciamiento sobre el fondo del contencioso de anulación, intentado conjuntamente con la acción de amparo, le está vedado a la Corte en esta etapa del proceso. Así lo declara la Sala, reiterando en este caso, su propia jurisprudencia (s. S. P-A del 10-7-91, caso: «Tarjetas BANVENEZ»)". (Caso María Gloria Carrillo de González, sentencia de 11-2-92, consultada en original).

En definitiva, la consideración del amparo intentado conjuntamente con el recurso de nulidad, como una pretensión cautelar, generalmente de suspensión de efectos del acto recurrido, lo que conduce es a admitir dicha suspensión en forma expedita sin necesidad de que el juez contencioso-administrativo pida informes a la autoridad presunta agraviante, ni de que se celebre audiencia constitucional alguna.

El sistema de protección de los derechos constitucionales cuando se intenta la acción de amparo conjuntamente con el recurso de nulidad, sin embargo, no llega en nuestro país a la consagración del efecto suspensivo de los recursos, sino a la posibilidad de que en forma expedita e inmediata el juez contencioso-administrativo decrete la suspensión de efectos. El paso siguiente de avance que debe darse, en todo caso es el que se ha consagrado en la Ley 62/1978 de España sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que ha invertido la regla del carácter no suspensivo de los recursos de nulidad, consagrando, al contrario, que siempre que se invoquen con alguna seriedad en los recursos contencioso-administrativos de anulación, derechos fundamentales, la regla es precisamente el carácter suspensivo del recurso.

7. *La posibilidad de suspensión de efectos de actos de efectos generales*

De acuerdo a lartículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la medida de suspensión de efectos de los actos administrativos que puede acordarse judicialmente, está prevista sólo respecto de los actos administrativos de efectos particulares, habiendo sido reiterada y tradicionalmente negada por los tribunales contencioso-administrativos respecto de los actos de efectos generales Ello sin duda, puede producir situaciones injustas cuando se trata de actos de efectos generales que, sin embargo, puedan afectar directamente la situación jurídico subjetiva de un particular, sin que para ello sea necesario un acto posterior de ejecución. En situaciones de ese tipo podría admiitrse la suspensión de efectos del acto recurrido, siempre, por supuesto, en relación al recurrente, es decir, con efectos *inter partes*.

En este sentido debe identificarse una reciente sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de 12-5-92 en la cual la Sala decidió la suspensión de efectos de un acto administrativo del Consejo de la Judicatura de convocatoria a un concurso que había sido impugnado. En este caso, por supuesto, la suspensión de efectos tiene carácter *erge omnes* mientras dura el juicio, y la explicación de ello es que el acto de convocatoria a un concurso en realidad no es un acto de efectos generales (como erróneamente lo calificó la Corte), sino un acto general de efectos particulares. Como tal, conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte, sus efectos eran suspendibles judicialmente.

Ahora bien, lo inconstante de esta sentencia y dejando aparte el error conceptual en cuanto a calificar el acto de convocatoria a un concurso como un "acto general, de efectos generales", es que al considerarlo como un acto administrativo de efectos generales y resultar por tanto inaplicable el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte para suspender sus efectos judicialmente, la Sala hizo uso de las facultades cautelares previstas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, y suspendió los efectos del acto recurrido.

III. CAMBIOS EN EL PAPEL Y SITUACION DE LAS PARTES EN EL PROCESO

El recurso contencioso-administrativo de anulación tradicionalmente se ha considerado como un medio judicial destinado a impugnar los actos administrativos, y por tanto, como un medio judicial tendiente a desvirtuar la presunción de legalidad, legitimidad y veracidad que tienen los actos administrativos.

En efecto, si conforme a esta presunción los actos administrativos surten efectos de inmediato como actos que han de considerarse válidos y ajustados a derechos, el recurso de nulidad tiene por objeto permitir al recurrente que se encuentra lesionado en sus derechos e intereses por el mismo, poder desvirtuar tal presunción que es *juris tantum*. Esto implica que, en principio, el recurrente tiene la carga de la prueba en el proceso, en el cual no siempre se ha asegurado la igualdad de las partes, es decir, del recurrente y de la Administración recurrida.

1. *Cambios en el principio de que la carga de la prueba corresponde al recurrente*

Como se ha señalado, frente a la presunción de legalidad y veracidad que tienen los actos administrativos, como privilegio de la Administración, es al recurrente al que corresponde, cuando impugna el acto en la vía contencioso-administrativa, probar lo que alega, es decir, la lesión a sus derechos o intereses producida por el acto recurrido y además, la ilegalidad que le imputa al mismo.

Sin embargo, este principio general ha venido sufriendo modificaciones en beneficio de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los recurrentes, y por ejemplo, cuando se trata del alegato de un vicio de incompetencia del acto recurrido, la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos ha invertido la carga de la prueba, en el sentido de exigirle a la Administración la prueba de la competencia del funcionario, antes que exigirle al recurrente la prueba de la incompetencia del mismo. Este criterio se acogió definitivamente a partir de una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 14-12-85, en la cual se sostuvo que:

> "cuando se denuncia como vicio de ilegalidad la competencia, o sea, si se niega la competencia del órgano que dictó el acto, es a éste a quien corresponde demostrar su propia competencia y no al recurrente o denunciante. En efecto, el recurrente no tiene por qué demostrar que el organismo en concreto no es competente; le basta con negarlo, y por el contrario, quien produjo la decisión impugnada, debe comprobar que sí es competente. Es decir, el primero, alega, y por eso no está sujeto a demostrar una negación, sólo puede alegarla. El segundo afirma un hecho positivo al formular su decisión, es decir, que sí es competente, en consecuencia, debe comprobar su afirmación positiva" (*Revista de Derecho Público* Nº 25, 1985, págs. 140 y 141).

Otro cambio importante en el principio de que la carga de la prueba corresponde al recurrente en la vía contencioso-administrativa se ha establecido jurisprudencialmente, al exigirse que la Administración remita al juez el expediente administrativo, donde dbe cursar la prueba de los presupuestos fácticos que dieron lugar al acto administrativo y que constituyen los motivos del mismo. La consecuencia ha sido que si en casos de impugnación de un acto administrativo, por ejemplo, por vicios en la causa, la Administración no remite al Tribunal el expediente administrativo, ello se considera como una falta de prueba por parte de la Administración de los presupuestos de hecho del acto, debiendo decidir entonces el juez en beneficio del recurrente. En estos casos, ha dicho la Corte Suprema, el Tribunal:

> "carece de elementos objetivos para decidir, pues en los autos solamente se encuentra, muchas veces, con una resolución sancionatoria, que es simplemente la declaración de voluntad de la Administración, y con un escrito de impugnación que es la opinión o defensa del administrado, y por eso se coloca al juzgador en situación de decidir sin probanzas de ningún caso y, por principio, en tal caso, debe favorecer al inculpado" (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 12-12-74 en *Gaceta Oficial* Nº 1.718 Extra de 20-1-75).

En sentencias más recientes, el principio se ha formulado con carácter general respecto de procedimientos sancionatorios o de pérdida de derechos. Así la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha señalado que frente a actos administrativos sancionatorios:

> "al recurrente sólo le cabe alegar que la Administración no cumplió con el procedimiento y que incurrió en falta para que la Administración se vea obligada a presentar la prueba contraria de la justificación de su actuación" (sentencia de 29-11-90) en *Revista de Derecho Público* Nº 44, 1990, pág. 122).

Esta doctrina sigue la que ya había sido sentada por la Corte Primera desde 1987, recogida por la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa en sentencia del 14-8-89, en la cual se señaló que en los procedimientos sancionatorios o de pérdida de derechos, "la Administración soporta la carga de la prueba y al recurrente sólo le toca alegar que el órgano administrativo no cumplió con el procedimiento legalmente

previsto o que incurrió en falta para que la Administración se vea obligada a presentar la prueba contraria de la justificación de su actuación (vid. sentencias de 12-3-87; 28-1-88 y 25-2-88 de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo)" (*Revista de Derecho Público* Nº 39, 1989, pág. 156).

La ausencia de envío del expediente administrativo al juicio, por tanto, se configura como falta de prueba por parte de la Administración de los presupuestos de hecho o motivos del acto recurrido, procediendo su declaratoria de nulidad.

En esta materia, además, la jurisprudencia ha señalado que la falta de envío del expediente administrativo al juicio contencioso por parte de la Administración, que debe contener el *iter* procesal administrativo, hace presumir la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente prescrito, lo que vicia de nulidad absoluta el acto recurrido (sentencia del Tribunal Superior Primero en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital de 26-6-90 en *Revista de Derecho Público* Nº 43, 1990, pág. 104).

2. *Cambios en relación a la situación de las partes*

El principio general del procedimiento consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, de que los jueces deben mantener a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades, lamentablemente no tiene aún plena aplicación en el contencioso-administrativo, no por culpa de los jueces, sino de una legislación francamente arcaica que ha revestido a la Administración de privilegios y prerrogativas contrarios al principio de la igualdad procesal, que en un futuro deben ser superados.

Existen en efecto, una serie de prerrogativas procesales de la Administración que colocan a los particulares recurrentes en una situación desigual en el proceso y que, incluso, podría decirse que violan el principio constitucional de la igualdad. Estas prerrogativas son, en términos generales, las relativas a la citación de los entes públicos con el establecimiento de lapsos, a veces excesivos, para que la citación se haga efectiva (art. 39 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República); la excepción respecto de los efectos de la confesión ficta, cuando no se comparece a la constestación de la demanda (art. 6 Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y art. 40 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República); la no exigibilidad de caución procesal a los entes públicos (art. 15 Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y art. 45 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República); la excepción al principio de que las partes están a derecho (art. 38 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y art. 103 Ley Orgánica de Régimen Municipal); y la excepción a la condenatoria en costas a los entes públicos (art. 6 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y art. 47 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

Además de estas prerrogativas procesales se destaca el privilegio de los entes públicos de la inembargabilidad de los caudales y bienes públicos, o en general, la excepción a que puedan ser objeto de medidas preventivas o ejecutivas (embargo, secuestro, hipoteca, etc.) contempladas en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Este privilegio, en compañía ha sido calificado con razón por Eduardo García de Enterría, como "un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio" (*Hacia la Nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1989, pág. 151).

Ahora bien, en relación a esta situación de desigualdad extrema, algunos progresos deben destacarse en relación a la condenatoria en costas a la Administración y a la ejecución de sentencias frente a la misma.

En efecto, frente al principio tradicional de que la Administración no podía ser condenada en costas, el Código Orgánico Tributario estableció con carácter general el principio de que cuando en el juicio contencioso-tributario resultase totalmente vencido el ente público por sentencia definitivamente firme (sujeto activo del tributo), este será condenado en costas, las cuales no pueden exceder del 10% de la cuantía del recurso, acción o demanda (art. 211). El Tribunal, sin embargo, puede eximir de costas a la parte perdidosa cuando haya tenido motivos racionales para litigar.

En esta misma orientación, y en relación a los Municipios, la Ley Orgánica de Régimen Municipal también ha contribuido a reducir los márgenes de desigualdad procesal, al establecer la posibilidad de condenatoria en cosas al Municipio cuando éste resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme en juicio de contenido patrimonial, señalándose, sin embargo, que "en ningún caso se condenará en costas al Municipio, cuando se trate de juicios contencioso-administrativos de anulación de actos administrativos municipales" (art. 105). Esta excepción incorporada en la reforma de 1989, sin duda, constituye un retroceso odioso frente al progreso que se había evidenciado con la promulgación de la Ley en 1978. Particularmente ello es así en los casos de acciones contencioso-administrativas de nulidad y condena patrimonial, pues para que pudiera proceder la condenatoria en costas habría que intentar dos acciones sucesivas: en primer lugar, la de nulidad; y luego, anulado el acto, una acción por daños y perjuicios, en cuyo caso, sí procedería la condena en costas.

Debe señalarse, además, que en materia de ejecución de sentencias de condena al pago de sumas de dinero o entrega de bienes, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al establecer normas procesales específicas (art. 104), atribuye al juez contencioso-administrativo poderes importantes para hacer ejecutar las sentencias, lo que significa una superación a la situación tradicional que deja en manos de la Administración la ejecución de las sentencias dictadas en su contra.

3. *Necesidad de cambios en relación a la actuación del Ministerio Público*

De acuerdo con el artículo 218 de la Constitución, el Ministerio Público tiene por misión velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes, y conforme al artículo 220, ordinal 1º, tiene a su cargo velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales. Estas tareas del Ministerio Público, sin duda, le confieren un papel fundamental en los juicios contencioso-administrativos, particularmente aquellos en los cuales se ventilan cuestiones de ilegalidad e inconstitucionalidad. Por ello, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exige en sus artículos 116 y 125 que en los juicios de nulidad de los actos administrativos necesariamente se notifique al Fiscal General de la República, para que informe o dictamine en el juicio.

Esta función del Ministerio Público es esencial en materia contencioso-administrativa, y para comprender esto, basta recordar el papel primordial que han cumplido los "Comisarios del Gobierno" ante el Consejo de Estado francés, en la formación de la doctrina y de las decisiones de ese órgano, pues esos *Commisaires du Gouvernement* no han sido otros que *Mâitre des réquetes* del Consejo de Estado actuando en función de ministerio público.

Pues bien, un cambio profundo se impone en la participación del Ministerio Público en los juicios contencioso-administrativos, no sólo para que se asegure su participación efectiva en todos los juicios de nulidad, sino para consolidar su actuación independiente no sólo respecto de la Administración, sino de los grupos de presión que con frecuencia interfieren en la Justicia. El Ministerio Público tiene por delante una de las funciones que puede ser su tarea más importante para, precisamente, velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes.