

Informe de Investigación

TÍTULO: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Contencioso Administrativo
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Summaria cognitio, Periculum in mora, Instrumentalidad, Provisionalidad, Prueba de medida cautelar.
Fuentes: Doctrina Normativa Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 09/10

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	2
2. DOCTRINA.....	2
a) Características estructurales	2
1. Instrumentalidad.....	2
2. Provisionalidad.....	3
3. Urgencia.....	3
3.a. Medidas Inaudita altera parte.....	4
3.b. Medidas ante causam.....	5
3.c. Medidas cautelares provisionales.....	6
4. Summaria Cognitio.....	6
b) Presupuesto: Periculum in mora.....	7
1. Tipología.....	8
2. Demostración.....	8
3. Bilateralidad del periculum in mora.....	9
c) Presupuesto: Fumus boni iuris.....	10
1. Juicio de probabilidad y verosimilitud.....	10
2. Diferencia entre juicio de probabilidad y juicio de verdad.....	11
3. Prueba del fumus boni iuris.....	12
4. Manifestaciones concretas del fumus boni iuris en el proceso contencioso administrativo.....	13
d) Momento procesal para solicitar la medida cautelar.....	13
1. Anticipadas.....	13
2. En fase de tramitación.....	15
3. En fase de conciliación.....	16
4. En fase recursiva.....	18
5. En fase de ejecución.....	19
3. NORMATIVA.....	21

a) Código Procesal Contencioso Administrativo.....	21
4. JURISPRUDENCIA.....	22
a) Características y presupuestos de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.....	22
I. Características de las medidas cautelares.....	24
II. Presupuestos de las medidas cautelares.....	26

1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información sobre las medidas cautelares aplicables en el procedimiento contencioso administrativo, se incluye doctrina nacional que desarrolla sus principales aspectos, y la normativa vigente del Código Procesal Contencioso Administrativo, así como citas jurisprudenciales al respecto.

2. DOCTRINA

a) *Características estructurales*

[JIMÉNEZ MEZA, JINESTA LOBO, MILANO SÁNCHEZ, GONZÁLEZ CAMACHO]¹

1. Instrumentalidad

“Toda medida cautelar es esencialmente instrumental. Esa relación de instrumentalidad la tiene con la sentencia definitiva, cuya efectividad garantiza provisionalmente anticipando, total o parcialmente, sus efectos; lo que determina, a su vez, su subordinación y accesoriedad respecto del proceso principal.

Tal instrumentalidad es de "segundo grado" o reforzada, por su relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, al constituir el "instrumento del instrumento". Es, asimismo, hipotética, puesto que, asegura la eficacia práctica de la sentencia definitiva, bajo el supuesto que ésta tenga un contenido determinado, del que se anticipan sus efectos previsibles.”

2. Provisionalidad

“Toda medida cautelar es, necesariamente, provisoria, ya que, la relación constituida es, por naturaleza, intrínsecamente interina, se agota en el momento de dictarse la sentencia de mérito. Consecuentemente, las medidas cautelares tienen una "vida genéticamente provisoria", hasta tanto no sobrevenga la decisión definitiva, operan con autonomía y estabilidad relativas sobre la situación jurídica cautelada.

La duración de la medida precautoria, está supeditada a la pendencia del proceso principal, por lo que su eficacia nunca es definitiva, sino tan solo provisoria.

La provisionalidad trae causa de su "intrínseca modificabilidad y revocabilidad". Efectivamente, durante su vigencia, pueden producirse modificaciones por ulteriores variaciones en las circunstancias concretas que determinen su mutación (eficacia "re-bus sic stantibus").

La cautela decretada produce un efecto vinculante en tanto no se alteren los presupuestos que fundaron el dictado de la resolución, de modo que cesa cuando se produce una mutación de las circunstancias. No existe contradicción alguna en reconocerle a la medida cautelar efectos de cosa juzgada formal, dentro de los límites indicados, siempre que descansa sobre idénticos presupuestos, esto es, la misma causa petendi, no obstante, si ésta varía, existen motivos suficientes para modificarla o revocarla.

El artículo 19, párrafo 1o, del CPCA enfatiza este efecto al indicar que podrán decretarse "(...) las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Por su parte, el numeral 29 deja patente la eficacia rebus sic stantibus de las cautelares, en una doble vertiente -tanto para levantarlas como para decretarlas-, al indicar lo siguiente: "1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte podrá modificarla o suprimirla.

2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar".

3. Urgencia

“La urgencia presupone dos exigencias fundamentales que son las siguientes: a) evitar que se cause un daño o perjuicio y b) para lograr tal fin se derogan una serie de reglas generales que operan en circunstancias normales. La urgencia es una especificación del principio de necesidad el cual supone, para situaciones anormales, una derogación del principio de legalidad.

Merced a las exigencias de la sociedad contemporánea la tutela judicial debe ser rápida para que realmente sea efectiva, por lo que el factor tiempo es determinante para garantizar el acceso a la justicia.

La urgencia posibilita el dictado de las siguientes medidas cautelares a) inaudita altera parte -sin otorgar audiencia previa-, b) ante causam -antes de ser interpuesto el proceso- y c) provisionálísimas -para asegurar los efectos de la cautelar que pueda disponerse-”

3.a. Medidas Inaudita altera parte

“La urgencia puede determinar que el órgano jurisdiccional en casos excepcionales, a instancia de parte, ordene una medida cautelar sin conceder audiencia a la contraparte para garantizar su eficacia y actuación. En tales supuestos, la premura no admite dilación alguna -contradictorio-, puesto que, el sujeto pasivo de la cautela puede sustraerse a sus efectos.

El artículo 25 del CPGA, sobre el particular preceptúa lo siguiente: "1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.

2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modiücar o revocar lo dispuesto.”

En realidad se trata de una norma sumamente equilibrada que precisa de una explicación en virtud de incorporar una serie de elementos y condiciones novedosas, incluso, a la luz del Derecho comparado.

El párrafo 1° del artículo 25 del CPCA agrava la circunstancia en que procede una medida cautelar inaudita altera parte al indicar que procede "En casos de extrema urgencia (...)", de modo que no se trata de una simple urgencia sino de una cualificada, puesto que, requiere que sea última, severa o intensa, calificación que, en buena medida, obedece a la derogación de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio como garantía del debido proceso o la defensa. Bajo esta inteligencia, solo una urgencia calificada de extrema tiene la condición de derogar tales garantías procesales.

El mismo párrafo lo del artículo 25 del CPCA trata de equilibrar cualquier abuso que pueda existir en el ejercicio del derecho a la tutela cautelar inaudita altera parte, puesto que, prevé la posibilidad de disponer, por parte del órgano jurisdiccional, una contracautela. La disposición se justifica en el carácter particularmente intenso e incisivo de la medida dispuesta en tales circunstancias, el cual se ve amplificado, con la ausencia del contradictorio. La contracautela tiene por objeto asegurar la reparación o indemnización de cualquier eventual daño o perjuicio que se le pueda irrogar a las situaciones jurídicas sustanciales del sujeto pasivo de la medida. Se trata de una novedad jurídica que resulta absolutamente conforme con el principio de proporcionalidad o razonabilidad.

El párrafo 2o, por su parte, contiene una norma de avanzada, puesto que, prevé una audiencia ex post a la adopción de la medida, sin que tenga ningún efecto suspensivo sobre la ejecución, con lo cual no se enervan los efectos de la cautela dispuesta. Esta audiencia debe ser oral y los elementos de convicción que se logren recabar le permitirán al órgano jurisdiccional contar con mayores y más fundados elementos para mantener la medida, modificarla o revocarla.”

3.b. Medidas ante causam

“La urgencia determina la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponerse el proceso principal, la que debe ser excepcional porque la apariencia de buen derecho depende, en buena medida, de la demanda y de los documentos que se acompañen a ésta.

El numeral 19, párrafo 2o, del CPCA dispone que “Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso”. De modo más específico, el artículo 26 del CPCA estatuye lo siguiente:

1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.

2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia.”

A diferencia del artículo 243 del Código Procesal Civil que dispone un plazo de caducidad de un mes para interponer el proceso principal, el numeral 26 del nuevo CPCA opta por un plazo más corto de 15 días contabilizado a partir de la notificación común del auto que acoge la cautela. En realidad, frente a la norma del CPC hay un claro acortamiento.

En este caso, la eficacia de la medida cautelar queda condicionada a la interposición del proceso

principal que justifica su adopción. Si no se procede de esa forma, cesa la eficacia de la medida cautelar adoptada, se ordena levantar y se condena al promovente al pago de los eventuales daños y perjuicios causados -por un posible ejercicio abusivo y antisocial del derecho a la tutela cautelar-, los que se liquidarán diferidamente en la fase de ejecución de sentencia. El legislador presume la falta de interés por el transcurso del plazo de caducidad.”

3.c. Medidas cautelares provisionálísimas

“Las medidas provisionálísimas en realidad son un instrumento de la propia cautela que pueda decretarse finalmente, de modo que su instrumentalidad es del tercer grado, del mismo modo su provisionalidad es más acentuada. Realmente proceden en situaciones urgentísimas o de extrema urgencia, aunque el CPCA no haga referencia a tales conceptos jurídicos indeterminados.

El ordinal 23 del CPCA dispone, al efecto, lo siguiente: “Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionálísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizarla efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.”

Este precepto, además de novedoso en nuestro medio jurídico y del Derecho comparado, prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares, incluso, ex officio, de forma inmediata, esto es, sin dilación alguna y cuando se hace referencia al término prima facie se está indicando que la medida puede ser adoptada inaudita altera parte, esto es, sin contradictorio o audiencia por la premura de la situación. En esta hipótesis no se aplica el párrafo 2o del artículo 25 del CPCA, puesto que, este tipo de cautelas tienen una eficacia provisionálísima, de modo que la ausencia de ese trámite queda subsanado con la audiencia o traslado general de 3 días que debe otorgar el órgano jurisdiccional al adoptar la medida cautelar final (artículo 24 CPCA). Resulta obvio que la medida

provisionálísima es levantada o modificada cuando se adopta la principal. Obsérvese como la parte final del numeral de comentario exige la presencia indeclinable de la instrumentalidad (“vínculo necesario”) respecto del objeto del proceso -pretensiones- y la cautela principales.”

4. Summaria Cognitio

“Toda medida cautelar es adoptada en virtud de una cognición sumaria, puesto que, la plena solo resulta predicable del proceso principal. La cognición sumaria o prima fa-tie cognitio, parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que no deja de ser delicado, por cuanto, el contradictorio y la pariedad de las partes se ven sensiblemente afectados.

Tal cognición sumaria obedece al designio de la urgencia, como también a la necesidad de no transformar el auto que se pronuncia acerca de la cautelar en la sentencia de mérito, prejuzgando el fondo del asunto. Para que la medida cautelar despliegue eficientemente su función, el órgano jurisdiccional debe conformarse con la verosimilitud o probabilidad resultante de una cognición más expedita y superficial que la ordinaria.

*El objeto de la cognición sumaria lo son las características de la medida y los presupuestos (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*) que deben concurrir concomitantemente.*

*La consecuencia de esa cognición superficial es la sensación de miedo e inseguridad experimentada por el órgano jurisdiccional al adoptar una medida especialmente intensa bajo condiciones precarias o limitadas de defensa y contradictorio, a diferencia de la certeza y seguridad cuando discurre por las reposadas formas del proceso de cognición plena. La manera de combatir esa sensación de incerteza (*horror vacui*) es reafirmando el deber de motivación y otorgando audiencia previa al sujeto pasivo -excepción hecha de los supuestos excepcionales y urgentes en que debe dictarse *inaudita altera parte*-.*

Fiel reflejo de la cognición sumaria lo constituye el artículo 24, párrafo 1o, del CPCA que contempla una simple audiencia por el plazo de 3 días acerca de la solicitud de la medida cautelar para que el órgano jurisdiccional proceda a pronunciarse. Sin embargo, el párrafo 2o, prevé una eventual segunda audiencia oral, de resultar necesario, a criterio del órgano jurisdiccional, para evacuar algún tipo de prueba y contar con mayores elementos de convicción para decretarla.”

b) Presupuesto: *Periculum in mora*

[JIMÉNEZ MEZA, JINESTA LOBO, MILANO SÁNCHEZ, GONZÁLEZ CAMACHO]²

“El numeral 21 del CPCA se refiere a este presupuesto al indicar que “La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales de la situación aducida (...).”

*El Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, Sección Primera en el auto N°. 402-95 de las 15 hrs. del 29 de noviembre de 1995, definió el peligro en la mora de la siguiente forma: “IV.- (...) El *periculum in mora*, consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte adora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Sigúese de lo anterior, que el *periculum in mora* requiere la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena (...).”*

Como se ve, el *periculum in mora* es el peligro que amenaza a la situación jurídica sustancial aducida, en virtud de la lentitud de la tutela ordinaria. Debe ser, tal y como lo indica el auto transcrito, un temor objetivamente fundado, que corresponda a una situación de peligro actual, real y objetivo, determinada por las condiciones en las que se encuentra el administrado.

El daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la medida cautelar, pues de no ser así el daño temido deviene efectivo. En general, cualquier riesgo que pueda suponer amenaza de ineffectividad es, potencialmente, un posible peligro que la cautelar está llamada a conjurar.”

1. Tipología

“El *periculum in mora* es un concepto jurídico indeterminado difícil de reconducir a un esquema de contenido unívoco, traduciéndose en una situación de hecho compleja y variable. No obstante su casuismo, la doctrina ha identificado dos grandes manifestaciones de éste que son las siguientes:

a) *El peligro de infructuosidad o inutilidad de la sentencia de mérito: Se produce cuando durante el desarrollo del proceso se verifican hechos que hacen imposible o difícil la efectividad de la sentencia. Se combate cristalizando la situación de hecho o de derecho hasta el dictado de la sentencia. Este tipo de peligro suele ser enfrentado a través de las medidas cautelares conservativas o negativas como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución del acto administrativo -tratándose de la actividad formal de la administración pública-, en cuanto impide que la situación de hecho o derecho sobre la que recaerá la sentencia principal se modifique durante la pendencia o mora del proceso.*

b) *El peligro del retardo o la tardanza de la sentencia de mérito: Producido por la mera duración del proceso con un prolongado estado de insatisfacción de la situación jurídica sustancial. Se neutraliza anticipando provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva, a través de las medidas positivas o innovativas.”*

2. Demostración

“En punto a la prueba del *periculum in mora*, no existe absoluta unanimidad, puesto que, se puede sostener, bajo ciertas circunstancias, que el *periculum in mora* debe ser valorado por el juez pero no precisa de su demostración. Así, en el Auto 402-95 del Tribunal Superior, se indica con claridad meridiana lo siguiente: T- (...) En otro orden de ideas, y a propósito del argumento del representante del Estado en el sentido que la incidentista no demostró los daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, es preciso señalar que en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde pueden quedar de relieve por su propia evidencia (...).”

No obstante lo indicado en el Auto N°. 402-95 del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, debe entenderse que lo normal y ordinario, es que el administrado que solicita la medida cautelar, acredite el periculum in mora, hasta lograr un grado de certeza razonable acerca de la amenaza inminente de un daño a la situación jurídica sustancial de la que, probablemente, es titular. En tal sentido, la doctrina afirma que la cognición acerca del periculum debe asumir un nivel de certeza sobre la existencia de las condiciones de hecho.”

3. Bilateralidad del periculum in mora

“Dentro de este presupuesto debe ubicarse lo que la doctrina italiana ha denominado la "bilateralidad del periculum in mora" -principio de proporcionalidad- que le impone al órgano jurisdiccional ponderar los diversos intereses involucrados al dictar una medida cautelar.

El artículo 22, párrafo lo, del CPCA dispone lo siguiente: "Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros (...) de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros."

Este concepto, le impone al órgano jurisdiccional reflexionar sobre la función, presuntamente reequilibradora de las situaciones jurídicas sustanciales desbalanceadas, de las medidas cautelares, esto es, su finalidad de compensar la intrínseca desventaja de la parte más vulnerable. En tales supuestos, tal función resulta neutralizada por el perjuicio contrapuesto del destinatario de esa medida cautelar.

Debe valorarse comparativamente el interés del sujeto activo con el interés público y el de terceros; la medida sólo se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cualitativa y cuantitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento.

La exigencia de ponderar el interés público o de tercero, obedece a la necesidad de no partir de un criterio unidireccional y absoluto (irreparabilidad de los perjuicios) en el otorgamiento de la medida cautelar. En suma, el perjuicio de difícil o imposible reparación debe dejar de ser el eje sobre el cual bascule todo el sistema cautelar del contencioso-administrativo.

Este elemento del periculum in mora, pone de manifiesto la necesidad de armonizar o equilibrar la eficiencia y continuidad de la actuación administrativa con el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida del administrado (artículo 8 LGAP).

(...)

Por último, cabe señalar que si bien el interés público en el nuevo GPGA es contemplado desde un ángulo exclusivamente adjetivo, este concepto jurídico indeterminado debe ganar terreno en la mecánica sustancial de las medidas cautelares, trasladando el onus probandi (carga de la prueba) de la perturbación del interés público o general a la Administración.”

c) Presupuesto: Fumus boni iuris

[JIMÉNEZ MEZA, JINESTA LOBO, MILANO SÁNCHEZ, GONZÁLEZ CAMACHO]³

“Este presupuesto llamado, también, apariencia o humo de buen derecho se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte promovente y que, aparentemente, la legitima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia definitiva -probabilidad de salir vencedor de la litis-.

Así el artículo 21 del CPCA dispone que “La medida cautelar será procedente (...) siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad”.

Obviamente, la verificación de este presupuesto debe efectuarla el órgano jurisdiccional antes de conceder la medida cautelar, sin que tal juicio prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria. En todo caso, obsérvese que en la estructura del nuevo CPCA el temor a adelantar criterio se reduce, por cuanto, normalmente quién ordenará las cautelares será el juez tramitador, siendo que el mérito es resuelto por el Tribunal colegiado del juicio oral y público.”

1. Juicio de probabilidad y verosimilitud

“El juicio sobre la situación jurídica sustancial cautelada debe ser aproximativo, presuntivo, “prima facie” pues en vía sumaria no es posible establecer con certeza su existencia, ya que, para tal fin está el proceso ordinario de cognición plena. En virtud de la urgencia y la sumariedad el órgano jurisdiccional debe conformarse con la apariencia de buen derecho o verosimilitud, se prescinde de la certeza que ofrece la plena cognitio.

Consecuentemente, la indagación del fumus boni iuris se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada, razón por la que no prejuzga el mérito del asunto; y se afirma esto último, porque bien puede suceder que el estudio de fondo destruya la apariencia, en cuyo caso la sentencia final deberá desestimar las pretensiones aducidas.

Se afirma que el fumus, desde un punto de vista fenoménico, es una "emanación vaporosa" que solamente se "intuye" por el juez, esto es, una valoración subjetiva y discrecional. No obstante, como bien lo acota García de Enterría, este presupuesto debe determinarse a partir de una ponderación previa según criterios jurídicos objetivos, no se trata de apelar al olfato del juez, pues el humo de buen derecho no se aprecia por la nariz, sino mediante una valoración objetiva "prima facie" del fondo del proceso, para de esa forma no caer en el terreno de lo subjetivo e inaprensible. Indudablemente, existe una "cierta zona de incertidumbre" en los términos bien conocidos de la teoría del "margen de apreciación".

Basta, entonces, que el juez compruebe y arribe al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante probable o presumiblemente será reconocido en la sentencia definitiva de mérito. Esto es, la situación jurídica sustancial debe presentar "prima facie" admisibilidad y fundamento jurídico, una razonable apariencia; o si se quiere, en un sentido negativo, que los motivos de la pretensión aducida en el recurso no sean manifiestamente infundados, por lo que el recurrente tiene probabilidad de salir vencedor de la contienda.

El órgano jurisdiccional realiza un juicio hipotético o cálculo probabilístico del contenido de la futura sentencia principal, y más en concreto del éxito de la pretensión principal, dado que "(...) la concesión de la providencia cautelar está, implícitamente pero necesariamente, basada en la previsión de que la parte solicitante tenga probabilidades de resultar victoriosa en el mérito (...)".

2. Diferencia entre juicio de probabilidad y juicio de verdad

"Afirma Calamandrei que toda sentencia se reduce a un juicio de probabilidad o verosimilitud, y no de verdad absoluta. Empero, hay supuestos en el derecho procesal en los que la ley contrapone la verosimilitud a la verdad, al disponer que "aun antes del

juicio definitivo acerca de la verdad de un hecho en que puede fundarse el fallo, baste el juicio acerca de la verosimilitud de él para producir in itinere ciertos efectos procesales, como podría ser (...) la concesión de una providencia sumaria".

Para comprender la distinción, basta señalar que el juicio de verosimilitud "tiene un carácter instrumental, en contraposición al juicio de verdad, que tiene carácter final. El juicio de verosimilitud, en los casos en que el derecho procesal lo considera relevante, tiene la característica que es no sobre el hecho, sino sobre la afirmación del hecho, es decir, acerca de la alegación (positio) del hecho, proveniente de la parte que pide ser admitida a probarlo y que lo afirma como históricamente ya ocurrido.

El órgano jurisdiccional en un proceso dispositivo tiene que decidir "secundum alie-gata et probata partium", así se presentan dos momentos claramente distinguibles: en primer término la parte debe alegar o afirmar y describir los hechos, y luego, probarlos; el juicio de verosimilitud concierne "al primer momento, el de la alegación, antes de que el procedimiento probatorio ya haya sido iniciado; mientras que el juicio final de verdad (aunque el juicio de verdad, psicológica y sociológicamente, se reduzca, en último análisis, a un juicio de verosimilitud), versa acerca de los resultados de las pruebas, sólo puede intervenir en clausura del procedimiento probatorio".

Consecuentemente para decretar una medida cautelar basta el juicio de verosimilitud, dada su característica estructural de la provisionalidad, pues tiene un ciclo vital interino, hasta que en el proceso principal se dicta la sentencia de mérito. En virtud de su precariedad puede "fundarse en el pedestal poco resistente de una verdad también interina, cual puede surgir de una simple valoración de verosimilitud".

En suma, la adopción de una medida cautelar no puede fundarse en la certeza sobre la existencia de la situación jurídica alegada en el proceso principal, ni en la mera solicitud del demandante, se precisa que la pretensión aducida ofrezca indicios de probabilidad, verosimilitud y seriedad.

Por ello, el fumus boni iuris resulta ser el "término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre, base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud."

3. Prueba del fumus boni iuris

"A efecto de simplificar y acelerar el dictado de la medida cautelar, se autoriza al juez a conformarse con un juicio de verosimilitud "fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie"

Normalmente, cuando la ley le concede relevancia al juicio de probabilidad, como etapa diferente al juicio de verdad, transforma la alegación en prueba provisional; con lo que el juez no puede permanecer inerte ante la alegación de la parte, sino que debe estimarla creíble al efecto de conceder la cautelar procedente. En este sentido, García de Enterría estima que el "humo de buen derecho" consiste en una "(...) valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración prima facie, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar detenidamente".

4. Manifestaciones concretas del fumus boni iuris en el proceso contencioso administrativo

“El fumus boni iuris, sólo puede apreciarse, en tesis de principio, en el momento de la demanda, al carecer, antes de esa oportunidad, de elementos de juicio suficientes. No obstante, habrá ocasiones en las que, necesariamente, la medida cautelar debe y puede adoptarse “ante causam”, por lo que para subsanar posibles inconvenientes, el solicitante podrá aportar todos los datos posibles y el tribunal valorar la conducta y comportamiento de las partes.

De modo general puede señalarse que si el asunto se encuentra en casación y la sentencia del Tribunal es estimatoria de las pretensiones del recurrente, se refuerza la apariencia de buen derecho de la posición de éste.

Tal y como lo dispone el artículo 21 del CPCA el juez debe valorar que la pretensión esté dotada de seriedad, consistencia y fundamento de modo que no carezca palmariamente de estos atributos y no sea, por consiguiente, temeraria. Correlativamente, se debe ponderar la falta de seriedad en la contestación de la Administración.

A partir de esta verificación inicial, la evidencia del fumus boni iuris varía según el tipo de conducta administrativa impugnada (...)”

d) Momento procesal para solicitar la medida cautelar

[LÓPEZ CAMACHO]⁴

“La adopción de la medida cautelar procede en cualquier estado del proceso, variando en cada ocasión su trámite, para corresponderse con el momento procesal correspondiente, según se anota en líneas generales a continuación.”

1. Anticipadas

“La medida cautelar ante causam se denomina así porque se dicta previamente al inicio del



procedimiento, y debe respetar, como cualquier medida los principios que la rigen, en especial, la proporcionalidad y razonabilidad de lo ordenado en ella. Al respecto comenta JINESTA que la "urgencia determina la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponerse el proceso principal, la que debe ser excepcional porque la apariencia de buen derecho depende, en buena medida, de la demanda y de los documentos que se acompañen a ésta. "84 En este caso, el 26 del CPCA indica que la demanda deberá presentarse en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge, bajo pena de ordenar su levantamiento y condenar al pago de los daños y perjuicios causados. Así las cosas, la eficacia de la medida queda supeditada a una condición resolutoria consistente en la interposición en tiempo del proceso principal. De manera que si no se interpone el proceso, y por tanto, se abusa de la tutela cautelar por esta vía, quien así proceda deba indemnizar en fase de ejecución de sentencia lo conducente. La doctrina ha dicho que este plazo es de caducidad mucho menor que el establecido en el 243 del Código Procesal Civil.

El código no exige que al momento de interponer el proceso principal se ratifique la solicitud de medida cautelar, de manera que bastará que se interponga dentro del plazo establecido para entender cumplidos los requisitos que exige la normativa a este respecto.

Se trata de una medida cautelar principal, por lo que es susceptible que en un nivel de instrumentalidad de tercer grado de ella dependa una medida provisionalísima, adoptada de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la principal inaudita parte. Siempre y cuando guarde el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

Tal posibilidad de solicitar una tutela cautelar antes de que inicie el proceso es una exigencia derivada del Derecho de la Constitución, para todo caso en que la ejecutividad de la conducta administrativa ponga en peligro la efectividad de la tutela, La constitucionalidad de las medidas cautelares anticipadas ya fue zanjada por la Sala desde que se pronunció en relación con el tema de las medidas cautelares "atípicas" (innominadas o propias de un sistema cautelar de cláusula abierta). Así, en la sentencia 2000-4530 del treinta y uno de mayo del 2000 indicó: "V.- Sobre el plazo de las medidas cautelares ante causam. La adopción de medidas cautelares ante causam resulta posible, siempre y cuando la administración proceda en un plazo razonable a incoar un procedimiento administrativo, respecto del cual la medida provisional es instrumental y accesorio. De lo contrario se desnaturalizarían las características estructurales básicas de toda medida cautelar (instrumentalidad y provisionalidad). "(S.C. V. 252-07)

También en sentencia 1030-06 la Sala reiteró la posibilidad de tomar medidas anticipadas, lo cual no desvirtúa su instrumentalidad. La Sala se pronunció ahí sobre la legitimidad y pertinencia de las medidas cautelares que han sido impuestas sobre la base de una investigación preliminar (...)



Así las cosas, en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha analizado la razonabilidad de la adopción de medidas cautelares ante causam, bajo la condición del respeto al principio de instrumentalidad que las caracteriza, es decir, las mismas son posibles siempre que estén sujetas a un término perentorio breve. La regulación del CPCA se enmarca entonces dentro de tales parámetros o lineamientos constitucionales básicos.

Nada dice el Código sobre cuánto antes deben ser solicitadas las medidas en caso de hacerlo ante causam, sin embargo, deberá acudirse entonces al plazo previsto para la interposición del proceso (art. 39 CPCA), pues precisamente de la urgencia de su interposición es que se justifica la solicitud antes del inicio del proceso.

Tal como se verá más adelante, pueden darse casos de medidas mixtas; es decir, por ejemplo: ante causam - inaudita altera parte, porque no toda medida ante causam es inaudita parte, al menos el código no lo dice así expresamente, o bien, provisionalísima -ante causam, etc. Estas posibilidades las analizaremos en próximos apartados."

2. En fase de tramitación

"Ya en fase de tramitación, es decir, una vez que se inicia el proceso puede presentarse el caso de las medidas inaudita altera parte, o bien, provisionalísimas, dictadas de manera inmediata y prima facie; así como la medida cautelar principal adoptada por la vía general del 24 CPCA. Debe anotarse que no toda medida adoptada prima facie es provisionalísima aunque la provisionalísima siempre es prima facie.

Las medidas provisionalísimas del 23 CPCA se presentan en circunstancias excepcionales, donde la urgencia imponga medidas para asegurar la eficacia de la propia medida cautelar principal. Es decir, se trata de una medida que se impone en el tanto se sustancia la medida principal a fin de asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer luego en ésta. En este tanto, es un "instrumento del instrumentó" o bien, con instrumentalidad de "tercer grado" como las llama JINESTA LOBO. Dicho autor dice que "Este precepto, además de novedoso en nuestro medio jurídico y del Derecho comparado, prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares, incluso, ex officio, de forma inmediata, esto es, sin dilación alguna y cuando se hce referencia al término prima facie se está indicado que la medida pueda ser adoptada inaudita altera parte, esto es, sin contradictorio o audiencia por la premura de la situación. En esta hipótesis no se aplica el párrafo 2° del artículo 25 del CPCA, puesto que, este tipo de cautelas tienen una eficacia provisionalísima, de modo que la ausencia de ese trámite queda subsanado con la audiencia o traslado general de 3 días que debe otorgar el órgano jurisdiccional al adoptar la medida cautelar final (artículo 24 CPCA). Resulta obvio que la medida provisionalísima es levantada o modificada cuando se adopta la principal. Obsérvese como la parte final de comentario exige la presencia inescindible de la

instrumentalidad ("vinculo necesario") respecto del objeto del proceso — pretensiones - y la cautela principales."

Se deberán adoptar estas medidas excepcionales si el juez considera que existe un grave riesgo de que se puedan frustrar los efectos de la eventual resolución estimatoria de la pretensión cautelar principal en su ausencia. Por lo tanto, dada su naturaleza provisionalísima, debe ser adoptada de inmediato, sin audiencia, y, con mayor razón, sin apelación, pues será después de la audiencia que se tomará la resolución definitiva. La habilitación de medidas provisionalísimas es para los jueces un especial reto, porque podemos adelantar que no va a resultarles fácil actuar con la rapidez que el Código les exige.

Ahora bien, según Jinesta Lobo las medidas principales o provisionalísimas pueden adoptarse sin haber oído a la parte contraria (art. 25) en casos de extrema urgencia donde así se imponga para garantizar su eficacia y actuación concreta. Se trata de la medida inaudita altera parte que, dado que se adopta a limine y sin recurso alguno, impone una fundamentación agravadamente circunstanciada, sin omitir particularidades y con toda menudencia en su consideración, nunca una aplicación apriorística, rutinaria o inconsistente con sus supuestos excepcionalísimos. Dicho carácter especial y de reforzada prudencia, ponderación y mesura, justifican la referencia expresa que hace el articulado del código a la posibilidad de imponer una caución o cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 CPCA (Cfr. párrafo lo del 25 CPCA). La audiencia en este caso se da ex post sin efectos suspensivos, por el plazo de tres días, a las partes, que, en opinión de la doctrina debe ser "oral y los elementos de convicción que se logren recabar le permitirán al órgano jurisdiccional contar con mayores y más fundados elementos para mantener la medida, modificarla o revocarla", el código no prevé expresamente tal audiencia oral sino solo una audiencia "por tres días"¹⁹⁰, pero sí se podría aconsejar su celebración, para lograr que el juez tenga de primera mano los elementos que requiere para formar el juicio cautelar definitivo.

Debe reiterarse que para adoptar la medida inaudita altera parte han de darse circunstancias de "extrema urgencia" y no de simple urgencia, entendida como circunstancias de excepcional premura que impongan la acción inmediata del órgano jurisdiccional. (...)"

3. En fase de conciliación

"El artículo 78 CPCA establece expresamente que el juez conciliador podrá adoptar, por su cuenta, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias. Esto obedece al espíritu del código que busca promover las condiciones necesarias para la solución autocompositiva del conflicto, y de alentar a las partes para que encuentren por sí mismas la salida acudiendo a la concordia.



Las medidas cautelares en esta fase podrán tener dos propósitos fundamentales: a) la protección del objeto y garantizar las resultas del proceso, que es el general de toda medida y b) un propósito específico de la fase de conciliación, es decir, posibilitar las condiciones idóneas para que se dé el proceso de negociación o para garantizar la eficacia del acuerdo conciliatorio. En este caso, las medidas tendrán una particular vinculación con la fase procesal, de manera que podrán y deberán ser revisadas una vez terminada ésta, por estar supeditadas éstas a tal propósito específico que podría quedar insubsistente al fracasar la fase conciliatoria. De manera que una vez fracasada aquélla el juez tramitador podrá entonces revisar, modificar, o suprimir la tomada por el juez conciliador.

La PGR planteó en la discusión del código una serie de inquietudes sobre ésta habilitación al juez conciliador para imponer medidas cautelares. El origen de tales inquietudes se debe a la separación que plantea la estructura del código entre juez de trámite y juez conciliador, y a posibles vulneraciones a su función específica motivadas por el recargo de la función de tutela cautelar que suponen una solución heterocompositiva y no autocompositiva del problema cautelar en fase de conciliación, al extremo que indicó la PGR que tal habilitación podría llegar incluso a frenar una posible conciliación.

Es cierto que el juez ha servido de mediador a lo largo de toda la fase de conciliación, y que ha escuchado a las partes poner "poner las cartas sobre la mesa". Sin embargo, las inquietudes que esto pudiera generar sobre su imparcialidad, pueden superarse si se sopesa el derecho fundamental a la tutela cautelar pronta y cumplida, por un lado, y los posibles inconvenientes que pudiera tener suprimir este poder y separarlo para dárselo al juez tramitador que no está plenamente conciente de lo que está pasando en ese momento procesal, con el necesario atraso que esto conlleva. Es más, nos atrevemos a opinar que lejos de perjudicar a la conciliación, en ciertas ocasiones, será un requisito necesario para "sentarse a la mesa" el asegurar el objeto del proceso o evitar graves daños o perjuicios de la situación aducida. Es decir, de la habilitación inmediata de tutela cautelar al juez conciliador dependerá en muchos supuestos la efectividad misma de la fase de conciliación.

El Juez que atiende la medida cautelar no se involucra en detrimento de su función y de su imparcialidad, al contrario, es garante de la legalidad y de la tutela judicial -cautelar inclusive - dentro de la fase a su cargo. A favor de esta habilitación también ha argumentado Aldo Milano, con apoyo de doctrina francesa (Le Gars) y de jurisprudencia constitucional (S.C.V. 6224-05), la necesidad de que "desparezcan las asimetrías, lo cual es posible alcanzar, mediante la oportuna intervención del juez conciliador." A lo que hay que sumar que la intervención del juez en fase de conciliación no lo inhabilita per se para resolver luego. Por ejemplo, al momento de dar el nihil obstat, la homologación del acuerdo conciliatorio, con lo que emite juicio también sobre la legalidad de lo hecho y de si esto lesiona o no el interés público.



El Magistrado González Camacho también respondió a las inquietudes antes señaladas diciendo: "Bien, para las propias del procedimiento de conciliación, si es que fuera necesario, o cuando surgiere la situación de emergencia o que amerite en definitiva, siempre que procuremos la protección del objeto y garantizar las resultas del proceso.// Si sobreviene la circunstancia que obliga a la medida cautelar estando en el transcurso de esas audiencias, quién más que el juez conciliador. Por qué no darle los poderes para que él adopte en el transcurso de las diferentes audiencias que podrían darse semana a semana, la medida cautelar.// O es que entonces, tendríamos que regresar el proceso al juez tramitador, para que el juez tramitador, no, pues simplemente él - de acuerdo con las circunstancias que se le presentan - adopta las medidas dentro del entorno. Es un juez más, habilitémoslo en el plano de igualdad. No le demos ningún tipo de trato discriminatorio con desmejoramiento de la situación. "

A lo anterior hay que agregar que tal habilitación obedece también a la necesidad de garantizar la eficacia misma del acuerdo conciliatorio, como bien apuntaba Jinesta Lobo durante el proceso de discusión en la subcomisión: "... la filosofía de las medidas cautelares es garantizar la eficacia del acuerdo conciliatorio en este caso. Entonces, qué puede suceder. Que si se señalan varias audiencias, porque es un asunto complejo, puede acontecer que se produzca la consolidación de situaciones de hecho o de derecho que se tornan irreversibles si el juez conciliatorio no tomo o no adopta una medida cautelar, con lo cual eso provocaría el fracaso de la conciliación. ". Y quién mejor que el juez conciliador para garantizar la eficacia de un acuerdo tomado en la fase bajo su cargo. Esta habilitación obedece al respeto máximo de la celeridad procesal, pues está evitando que, de alguna forma, el tiempo pueda generar situaciones de irreversibilidad en perjuicio del acuerdo.

El juez conciliador tomará además su decisión dentro de su entorno especial. La razón principal de encomendarle el trámite a un juez conciliador es que la negociación es una técnica que requiere de habilidades y conocimientos especiales, y, aún más, de una convicción sobre la conveniencia de aplicar el instituto aún mediando problemas de Derecho público. Tales condiciones será más probable encontrarlas en jueces con formación especial en conciliación. De manera que los posibles y eventuales inconvenientes de otorgarle facultades cautelares, además de ser necesariamente superados por imponerle así razones de orden superior antes vistas, podrán ser superados por un juez especializado en conciliación y que, como tal juez, está obligado y formado para resolver con imparcialidad y conforme a derecho."

4. En fase recursiva

"Al habilitar el CPCA la adopción de medidas cautelares "durante el transcurso del proceso o en fase de ejecución" (art. 19.1 CPCA), esto implica que también son procedentes en la fase recursiva (ya sea que se trate de recursos ordinarios u extraordinarios). En estos casos, la competencia dependerá del tipo de recurso, tratándose de revocatoria la competencia para conocer de la medida recae en el mismo órgano, sin embargo, tratándose del recurso de apelación o casación

(arts. 44.5 y 51.6. RCPCA) el órgano competente cambiará. En tales casos, la competencia para conocer y resolver acerca de las medidas cautelares adecuadas y necesarias recaerá en el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y en la Sala Primera en los asuntos bajo su conocimiento.

(...)

Nuestra legislación opta, en el sentido contrario, por la habilitación expresa para que sea el órgano de alzada o el que conoce del recurso extraordinario quien conozca también de las medidas cautelares necesarias en los asuntos bajo su conocimiento, lo cual, ciertamente favorece al justiciable, por facilitar así los trámites requeridos para un pronunciamiento oportuno y eficaz, pero además engarza con la estructura del proceso en el Código y con la naturaleza de la casación que éste impulsa. Ya que la casación en el CPCA tiene una función nomofiláctica relativa, pues junto la tutela del derecho objetivo también procura que la decisión sea justa, de acuerdo con la nueva comente italiana que ha encontrado reflejo en la doctrina española de la casación. A la luz de esta función es permisible ordenar la práctica de cualquier prueba o diligencia que permita resolver el recurso interpuesto de la mejor manera posible. Es decir, el Código habilita al juez de casación para tener contacto en la búsqueda de dicha solución justa con un gran elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, sin desmedro de su posición, lo cual empata ciertamente con esta habilitación cautelar. Es perfectamente posible entonces ofrecer y recibir prueba en sede recursiva, incluso prueba para mejor resolver.

En el contexto de nuestra normativa tampoco encuentra asidero la objeción de que sería contradictorio que el superior pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución provisional de la sentencia, pues, por un lado, el 146 sólo permite la "ejecución provisional" de la sentencia en lo que se encuentre firme (que no es medida cautelar sino ejecución de lo no recurrido) y, por el otro se trata de aspectos diferentes y, en último término, los tribunales están llamados a coordinar sus funciones.

Por último, en lo que respecta al recurso extraordinario de revisión (art. 154 CPCA), siendo un remedio excepcional por causas taxativas que potencia un fallo justo por encima incluso de la inmutabilidad de las sentencias firmes, como tal remedio excepcional, que busca evitar la consolidación de fallos injustos, cabe perfectamente, por la misma razón, la habilitación cautelar a la Sala Primera si es requerida en esa sede extraordinaria."

5. En fase de ejecución

"El artículo 19 prevé expresamente que se tomen medidas cautelares en fase de ejecución. Las



particularidades de estas serán derivadas de su especial vinculación con la fase procesal, pues estarán encaminadas al correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia, según regula el 86 RCPA. Esto obedece a que en tal fase el condenado que sometimiento pleno de la Administración al ejercicio del poder jurisdiccional. Aquí no se aplicaría, en consecuencia, el régimen ordinario de impugnación de los actos administrativos no vinculados, sino que entra en juego el poder cognitivo y declarativo directo del juez de ejecución.

Nótese que la ulterior conducta administrativa que es necesaria para cumplimentar el fallo judicial - que acoja o desestime la pretensión objeto del proceso contencioso -está regida por sus propios principios, no siempre equiparables con el régimen común que rige a los actos de la administración, ya que dicha conducta debe estar inescindiblemente ligada al fallo judicial cuyo cumplimiento implica y que le sirve de fundamento último. En este caso, según las palabras del Tribunal Supremo Español, "«o nos encontramos ante una actuación administrativa autónoma, sino ante una resolución dictada en cumplimiento de una Sentencia". Es decir, la actividad de cumplimiento de un fallo judicial por parte de la administración no es la manifestación pura de una potestad administrativa originaria, sino actos de ejecución voluntaria limitados negativamente por la fuerza coercitiva de la sentencia y donde el juez es el señor de la ejecución no sólo en las palabras sino también en los hechos. Es decir, se trata de una actividad cuya posición jurídica cambia, ya que mediando la sentencia, existe un deber de cumplir lo dispuesto en la sentencia firme y no evadirlo, por cualesquiera medios, lo que somete al Juez su vigilancia y lo faculta a intervenir si es necesario anulando cualesquiera conductas contrarias a lo dispuesto en sentencia firme, y, si es necesario, utilizando sus poderes de sustitución.

Después de firme la sentencia condenatoria, la administración tiene el deber de cumplir el fallo y toda persona (pública o privada) está obligada a prestar la colaboración requerida por los tribunales para la debida y completa ejecución de lo resuelto. Esta obligación es expresión del deber constitucional de colaboración (art. 140.9 constitucional y 156.2. CPCA). En tal caso a una diferencia cualitativa, pues la conducta administrativa que se adopte no será actividad administrativa originaria sino vinculada con la sentencia que se le sirve de guía y fundamento, lo que conlleva que está sometida directamente al control del juez ejecutor, dentro del ámbito de lo jurisdiccional, más no propiamente judicial pues no es llevada a cabo por un órgano jurisdiccional o su comisario. Pero si el juez entra directamente (con o sin colaboradores) a sustituir a la administración, o bien, encomienda a un tercero "comisario" su ejecución, siempre bajo su control, estamos ante actividad formalmente jurisdiccional, y es al juez a quien se le imputa tal actuación, como manifestación de la función jurisdiccional de ejecutar lo juzgado (art. 153 constitucional). Sin que ello implique, por regla general, que la administración se vea relegada en su deber de cumplir el fallo, pues tal deber coexistirá con la potestad jurisdiccional sustitutiva, y por ello, no podría, ni por asomo impedir u obstruir el pleno ejercicio de ésta y, por su medio, el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en sentencia firme.

Es decir, en la forma sintética que expresa el CPCA (art. 155.2.), en fase de ejecución el juez ejecutor tiene "todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia". Lo cual lo faculta expresamente, por habilitación que encuentra su raigambre constitucional directamente en el 153 de la Carta Magna, a tomar todas "las medidas adecuadas y necesarias

para su pronta y debida ejecución", incluso de anulación pues "será contraria al ordenamiento jurídico la conducta administrativa que no se ajuste a lo dispuesto en sentencia firme " (175.1. CPCA).

El Código supedita lo anterior a la "solicitud de parte" (art. 155.3. CPCA); lo cual, ciertamente, es cuestionable tratándose de medidas cautelares, pues si una situación de la inercia de la administración, o bien la conducta de que el juez ejecutor está enterado, perjudica irrazonablemente la ventaja o altera de algún modo grave el contenido de la sentencia, debería existir la posibilidad para éste de tomar las cautelas adecuadas y necesarias para asegurar la plena eficacia de lo fallado y no debería estar supeditado lo anterior a una solicitud de parte - aún sólo inicial y no de renovada procedencia, ya que, según quedo dicho, las labores de aseguramiento de una ejecución son jurisdiccionales y no habría intromisión en la administración por ello."

3. NORMATIVA

a) Código Procesal Contencioso Administrativo⁵

ARTÍCULO 19.-

1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso.

ARTÍCULO 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código.

ARTÍCULO 21.- La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

ARTÍCULO 22.- Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

4. JURISPRUDENCIA

a) Características y presupuestos de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA]⁶

"XI .- En cuanto al fondo, cabe considerar que la gestión que aquí se conoce, es un incidente de suspensión, que pertenece al género de las medidas cautelares, y por ende su naturaleza jurídica e interpretación deben considerarse dentro de una doctrina particular. Sobre el tema, esta Sección en voto 321-2001 de once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno, expresó:

"II .- El proceso cautelar como garantía fundamental: En vista de la fundamentación que el Juez de Instancia refiere para la decisión que adopta, resulta imprescindible hacer las siguientes consideraciones. Para nadie es un secreto, el lamentable retraso que sufren la mayoría de los procesos escritos, y dentro de ellos, particularmente el contencioso- administrativo, pese a los esfuerzos y resultados favorables que al respecto se han logrado. Esa tardanza en la decisión final (inevitable en algunos casos), pone en peligro con suma frecuencia, la supervivencia del derecho debatido, y cuando no, hace nugatorio el resultado de la sentencia favorable. En tales supuestos, de no ponerse en marcha unas adecuadas y prontas medidas cautelares, se hace de la contienda judicial, un verdadero fraude procesal, en donde el retraso del fallo, provoca la negación misma de lo pretendido, por mucho que procure lo contrario. En ese sentido, se aplicaría a cabalidad el viejo y conocido aforismo de "giustizia ritardata, giustizia denegata". De nada vale tener el respaldo del Ordenamiento Jurídico, si no se encuentra una protección oportuna. De esta manera, la razón obtenida y otorgada en la culminación de la contienda, no debe ser ensombrecida por la consumación de la conducta administrativa antijurídica. O para decirlo en los términos clásicos y



precisos de G. Chiovenda: “ la necesidad de acudir a un proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón ” (il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione). Si el Estado ha monopolizado para sí el servicio público de la Administración de Justicia a nivel jurisdiccional, está obligado a proveer y facilitar mucho más que el acceso a los Tribunales, pues también debe procurar la protección de aquellos derechos e intereses sometidos a litigio durante toda la existencia de la controversia jurisdiccional (en su fase de conocimiento y ejecución), y aún antes. Esto no es más que la representación real de una obligación constitucional impuesta al Estado, que encuentra su correlato en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. En nuestro medio, de la combinación adecuada de los artículos 11, 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, se extrae con facilidad su existencia y contenido, los que han sido corroborados por la consolidada jurisprudencia de la Sala Constitucional. Es éste, un derecho de contenido complejo, que se manifiesta, entre otras muchas formas, en la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales; de obtener una decisión bien fundada de Juez predeterminado por la Ley, y de ejecutar en el tiempo razonable y de forma adecuada, la resolución que se dicte. A lo anterior, se tiene que agregar como parte de ese abanico, el derecho a una tutela cautelar también efectiva. Con este derecho fundamental, sin duda alguna, se garantiza algo más que la potestad decisoria para la declaración de lo que jurídicamente es debido, pues esta protección no existe, sin la consecución real de lo concedido en sentencia, y esa consumación, no se obtiene si no se adoptan medidas, garantías o cautelas precisas que aseguren la eficacia de lo resuelto. La efectividad que se atribuye a la tutela judicial, exige que se reconozca no sólo el derecho abstracto de acción, sino también, el que la resolución judicial satisfaga la pretensión del recurrente. En este sentido, es preciso señalar que “... la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que se consuma cuando se alcanza la efectividad de lo reconocido, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas, garantías o cautelas necesarias a fin de preservar la eficacia de lo resuelto...”. La justicia cautelar, como parte de la judicial efectiva, tiene así un papel extremadamente importante en este aspecto, pues tiende a la complitud o universalidad *ratione temporis*, es decir, cubre de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo. Son ellas, las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del “juicio”, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. De este modo, puede afirmarse sin ambages, que es éste un verdadero derecho fundamental y no una potestad discrecional del Juez. El recurrente tiene el derecho a obtenerla si los motivos que invoca son fundados, es decir, si pelagra la efectividad de la protección final del fondo del asunto, a menos que entre en juego la medida preventiva. Así las cosas, esta esfera de protección provisional pasa a ser una exigencia de la efectividad de las resoluciones judiciales, que son a su vez, el instrumento a través del cual se otorga un derecho-deber inalienable. Bajo esta perspectiva, al legislador le está proscrita cualquier supresión absoluta de ellas, pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido esencial de este derecho constitucional. De igual forma, este derecho merece la misma protección, tanto si el bien jurídico que se pretende preservar es un derecho fundamental sustantivo, como si no lo es. Es decir, no está restringido en modo alguno a los derechos fundamentales, y ni siquiera a los de orden y creación constitucional, sino a todos y cada uno de ellos, cualquiera sea su rango y origen. En efecto, la tutela judicial efectiva es un derecho instrumental, que sirve para la defensa de derechos e intereses legítimos, por tanto, si la justicia cautelar es parte de ella, deberá ser eficaz y completa, con independencia de que la actividad requerida de los tribunales, lo sea para la protección de un derecho fundamental, de un derecho subjetivo ordinario o de un simple interés legítimo. También es verdad, que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública, no es violatorio de la Carta Fundamental, sino que por el contrario, engarza con los principios



constitucionales de eficiencia y eficacia, enunciados de forma expresa en el ordenamiento administrativo común (artículos 4, 225 y 269 de la Ley General de la Administración Pública), al igual que, en términos generales y abstractos, la ejecutividad de un acto tampoco resulta en todo incompatible con el derecho de la Constitución (véanse las sentencias de la Sala Constitucional N^{os}. 2180 y 2360, ambas de 1996). Pero de este mismo derecho fundamental, deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de aquélla respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos, reclama la posibilidad de acordar las que, siendo adecuadas, aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso. Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades del poder, de la actuación administrativa, impuesta por el párrafo primero del artículo 49 de la Constitución, comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos. La prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control judicial, y por tanto, debe entenderse que, para la fiscalización que la Constitución exige, ha sido articulado el instituto de comentario, extensivo también a este ámbito. De lo anterior conviene subrayar que efectivamente, este beneficio deviene en exigible, no sólo por aplicación directa del artículo 49 Constitucional, sino que además, se extrae sin forzamiento de los numerales 33 y 153 del mismo cuerpo normativo superior. Así, el derecho de igualdad impone que ninguna materia esté excluida de la posible aplicación de medidas cautelares, y que tampoco pueda restringirse su ampliación a todas las posibles circunstancias, por aplicación del principio de igualdad de los justiciables; en tanto que una de la funciones básicas impuestas por la misma Constitución a la jurisdicción contenciosa, no es otra, que el control de “la legalidad de la función administrativa”, lo que incluye, según se ha dicho, el carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos. Con vista en lo anterior, no cabe otra conclusión más que: la tutela cautelar constituye un derecho fundamental que se desprende del artículo 33 constitucional (que referido al principio de igualdad, se aplica en este caso tanto al juez administrativo y sus potestades, como al justiciable, que tiene derecho a idénticas garantías de las que se conceden en otros ámbitos jurisdiccionales); 49.3 (en el que se incluye la protección mínima de los derechos subjetivos y los intereses legítimos) y en el mismo 49 párrafo 1^o) (que impone a los Tribunales un control universal de la función administrativa), y como tal, debe ser reconocido siempre por el legislador y aplicado en todo caso por el Juzgador, aún si no existe norma legal expresa para ello. Está claro: la tutela judicial cautelar (en cualquiera de sus vertientes), ha pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad, situándose, incluso, al abrigo frente a la intervención del legislador mismo.”

I. Características de las medidas cautelares

“III.- Características de las medidas cautelares: Constituyendo una etapa necesaria y separada en la unidad del proceso, posee ciertas características que la doctrina generalizada ha sabido agrupar. Así se pregona de ellas su instrumentalidad o accesoriedad, provisionalidad, urgencia y funcionalidad. En realidad, estas particularidades han sido ampliamente desarrolladas por la doctrina, motivo por el que ahora bastará con tan sólo mencionar el significado de cada uno de los adjetivos mencionados. Se dice que son instrumentales en cuanto su función es garantizar la fiel y completa efectividad del fallo del proceso principal, en beneficio de la parte victoriosa en éste. La medida cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que, necesariamente, está vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (e incluso al proceso mismo), por la función de asegurar su efectividad práctica. En el decir de CALAMANDREI, nacen en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva, o sea, constituyen una tutela mediata.”

a. Instrumentalidad

“Son un instrumento del instrumento, es decir, una instrumentalidad elevada al cuadrado. Esto implica que: a) Sólo pueden interponerse frente a un proceso principal, en curso o por incoarse. En este último supuesto, de no instaurarse el “juicio” en un determinado plazo, decae la medida acordada. En otras palabras, es posible que aquélla pueda ser prejudicial, a condición de que la demanda principal sea interpuesta dentro del período temporal establecido por la ley, pues en caso contrario, deberá operar la caducidad automática e inmediata de la que se hubiere adoptado. Es ésta una de las manifestaciones más claras de la accesoriedad. b) Se extinguen cuando el proceso principal termina. Si fue desestimado porque ya no tiene sentido; si fue favorable, porque entran a regir las reglas de la ejecución. c) Son un conjunto de efectos jurídicos diferentes, que por lo general, coinciden tan sólo parcialmente con los efectos de la sentencia principal, aunque en algunas oportunidades pueden llegar a coincidir plenamente con ésta, a condición de que sean provisionales. Según se ha dicho, son accesorias porque sólo pueden darse en función de otro asunto base, sin el cual o sin la suposición del cual, no podrían otorgarse. Están unidas en consecuencia, a la pretensión esgrimida en el expediente principal, de la que no pueden desvincularse totalmente.”

b. Provisionalidad

“Asimismo, se les atribuye también la provisionalidad, lo que significa que son temporales y sujetas a lo que en definitiva se resuelva en el fallo final del proceso, el que las desplaza para todo efecto. Más simple, la medida se mantiene hasta que se dicte sentencia. Es en ella, donde se confirma la adoptada, o por el contrario, se revoca. El pronunciamiento definitivo la sustituye y la extingue, aún si no está firme o pendiente de recurso, salvo si éste fuera de doble efecto o de efecto suspensivo, pues con ello estaría impedida la ejecución de la sentencia, y en tal caso, la medida tendrá que mantenerse. De esta forma, CALAMANDREI afirma que a través de este mecanismo, se obtiene la comprobación definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes, para obtener la constitución ope iudicis de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, rebus sic stantibus, hasta el pronunciamiento del fallo principal. La provisionalidad podría entenderse incluida como parte de la instrumentalidad, pero en vista de su especial relevancia, es preferible catalogarla como característica independiente. Adicionalmente a lo dicho, la urgencia es otra de las notas distintivas del instituto en comentario, que se traduce en la necesidad de que sean resueltas de manera inmediata, sin “las reposadas formas del proceso” (Calamandrei), lo que impide muchas veces el pleno conocimiento de los supuestos que la justifican.”

c. Sumariedad

“Esa urgencia que se refleja en la sumariedad de la gestión (sumario cognitio), conlleva una gran limitación de los plazos, trámites y elementos probatorios, por lo que existe alguna posibilidad de error, circunstancia que justifica los amplios poderes del Juez para que pueda corregir la dispuesta (si es errónea), o sustituirla en virtud de hechos nuevos que la conviertan en ilegítima. De allí que este remedio provisional sea revocable ante la aparición de nuevas circunstancias fácticas, que



lleven al Juzgador al convencimiento de lo contrario, o al menos de lo diverso. Esto no es más que la sujeción a la regla rebus sic standibus, que permite su modificación al ritmo de las circunstancias que la justificaron. Pero esa posibilidad de error al que se aludía antes, provocada por la urgencia, justifica también, que en casos especiales, se exija caución de la parte victoriosa, para que en el supuesto de lesión a los intereses públicos o de terceros y ante la desestimación de su demanda, sirva ésta como indemnización a los eventuales daños y perjuicios irrogados. Son esas las conocidas medidas de contracautela, conforme a la terminología de Chiovenda. Cabe agregar que, en casos especial y excepcionalmente urgentes, en donde el daño es inminente (por lo general debido a la ejecución inmediata del acto administrativo impugnado, o por la denegatoria del mismo), es viable la adopción prima facie, es decir, inaudita parte. Por último, se afirma que la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se ejercita y pretende. Es decir, que debe estar en función de la pretensión efectuada, y es a esto lo que denominan funcionalidad de la medida. En tanto más próxima o funcional sea con respecto a la sentencia definitiva, mejor será cumplida su finalidad, lo que en modo alguno permite prejuzgar sobre el asunto principal. Su provisionalidad y funcionalidad, deben ir acompañadas del respeto por la resolución final de fondo, a la que deben plena sumisión, pues lo contrario, sería autorizar la definición total del proceso a través de medidas definitivas e irreversibles, convirtiendo así la justicia cautelar en una indebida y prematura justicia definitiva.”

II. Presupuestos de las medidas cautelares

“IV.- Presupuestos: Sobre este aspecto, la misma doctrina, con el auxilio jurisprudencial, se ha encargado con bastante éxito de perfilar cada uno de los elementos objetivos necesarios para que opere. Si bien es cierto se han construido sobre la base de la suspensión de los efectos del acto administrativo, no existe ningún obstáculo para que esos mismos presupuestos, sean a su vez los aplicables de modo general a cualquiera de ellas, y dentro de éstas, a las positivas. Sobre el número de requisitos que debe existir, se ha dado una gran variedad de criterios, sin embargo, se citan casi de manera unánime tres elementos esenciales, a saber: el periculum in mora, el fumus boni iuris y la ponderación de todos los intereses en juego, particularmente el interés público.”

a. Periculum un mora

“a. Periculum in mora: en efecto, esa posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal (periculum in mora), se presenta, no sólo como base imprescindible de la medida cautelar, sino como su presupuesto básico y central, sobre el que realmente gira toda su existencia. El peligro en la demora, implica -según la doble concepción de CALAMANDREI-, peligro en la infructuosidad y peligro de tardanza de la resolución principal, que en términos más simples, no es más que el retraso en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño que se produce, precisamente, a causa de este retraso (daño inminente y demora en el proceso principal). El instituto del que se habla, tiene su justificación y su razón de ser, en el riesgo que para el derecho debatido supone la dilación en la definición definitiva del conflicto planteado. De no existir esa peligrosidad para cualquiera de los bienes del recurrente, la medida cautelar pretendida está condenada al fracaso, pues no tiene razón de ser. Sin embargo, sabemos que la



existencia del contradictorio es imprescindible, pues “sólo Dios puede juzgar sin necesidad del mismo”, y el hablar de proceso, implica irremediablemente un lapsus temporal. Lapsus que por sí mismo produce un daño para el titular del derecho litigioso, que se agrava muchas veces, por la especulación que el obligado hace de las ventajas que ello le depara, en tanto se de un retraso en la resolución judicial firme. Por eso, se ha dicho líneas arriba, que la justicia cautelar pretende conservar o en su caso propiciar, una situación fáctico-jurídica real y efectiva, que mantenga vivas las expectativas generadas en el principal, de cuya victoria pueda obtenerse luego, una ejecución eficaz y cabal, en cumplimiento pleno de lo ejecutoriado. Pero si la amenaza contra el objeto del debate es inexistente, no puede sostenerse con fundamento la necesidad de este especial y preventivo auxilio judicial. Sin embargo, una vez que el desafío se hace presente, la medida cautelar nos permite “hacer las cosas pronto y hacerlas bien”. En pocas palabras, se trata “de evitar la frustración práctica del proceso, amenazado con larguísimos años de demora en su resolución”. Ya se ha insistido sobre la naturaleza del daño requerido para la procedencia de la pretensión cautelar, pues obviamente no basta con cualquier acción dañosa, sino que deberá ser real y efectivo; material, moral, religioso o de cualquier otra índole; concreto y cierto, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futuro. Sí interesa destacar, que dicho daño ha de ser de difícil o imposible reparación, no en el sentido de que sea irresarcible, sino irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto, y por el contrario, existen lesiones que aunque resarcibles, no son necesariamente reversibles. La irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización. La certeza del daño, no exige sin embargo, su plena prueba, pues en vista de la sumariedad de la gestión cautelar, de la urgencia y algunas veces de la potencialidad del daño mismo, es prácticamente imposible su comprobación. Algunas veces incluso, son consecuencia lógica e ineludible de la conducta pública, por lo que no exigen mayor elemento probatorio. En este caso, debe darse una comprobación a “través del principio racional de prueba”, que no es otra cosa que el necesario y posible en cada caso particular.”

b. Fumus Boni iuris

“b. Fumus Boni iuris: Pero para que la medida cautelar sea procedente, se afirma que además debe existir seriedad en la demanda, es decir, una probabilidad de acogimiento de la cuestión principal. Es este el denominado principio del fumus boni iuris, que para la doctrina no es otra cosa que la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia. Esa seriedad y consistencia de las pretensiones invocadas por el accionante, que hacen posible el acogimiento de la demanda en la sentencia definitiva. No obstante, aquí debe tenerse a la vista, que por la necesaria sumariedad del proceso cautelar, es virtualmente imposible para el Juez determinar con certeza la existencia de ese buen derecho, el que por demás, debe definirse normalmente en la sentencia y no antes. Así las cosas, por esa precariedad de los elementos de cognición, tan sólo podrá exigirse al interesado la apariencia de un buen derecho, que dé al Juzgador algún viso de seriedad de la demanda. No se trata entonces, de comprobar el certero fundamento jurídico de la pretensión, ni de prejuzgar sobre el fondo, o de establecer siquiera, como se ha dicho, un “criterio sumario de las expectativas de estimación del recurso”, sino tan sólo que aquélla no sea descabellada ni temeraria, de modo que pueda evitarse la emisión de una medida cautelar en perjuicio de la Administración o de terceros, sin ninguna posibilidad de triunfo en el derecho pretendido. Bastará con esa apariencia inicial de seriedad, para que pueda darse por cumplido el requisito de comentario. Así, el elemento del fumus boni iuris deberá tomarse como criterio para su



denegatoria, sólo en aquellos supuestos en los que no exista, de manera evidente y manifiesta, fundamento en la demanda, de modo que en el fuero interno del Juez, exista el convencimiento de que aquella pretensión está dispuesta al fracaso. De esta forma señala CALAMANDREI que son dos las condiciones para que pueda adoptarse: la apariencia de un derecho y el peligro de insatisfacción de ese derecho aparente. A su vez, el primero de ellos, exige un doble análisis: de un lado, la posible existencia del derecho o interés material del recurrente, y por otro, la probabilidad de que la conducta administrativa (activa u omisiva) sea antijurídica. La presencia del *fumus boni iuris* es, sin duda alguna, básica e imprescindible, como un elemento más de los requeridos para la medida cautelar, pero no por eso determinante y suficiente en exclusiva para la estimación de la misma. Si se toma en esa su verdadera dimensión (como un presupuesto más), se evitan posiciones que a la postre pudieran crear interpretaciones no deseadas.”

c. Interés Público

“c. Interés Público: Por último, debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (incluido como parte del derecho fundamental de la tutela judicial, también consagrado en nuestra Constitución Política), y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en forma indiscriminada, en todos ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar ...”

XII .- Conviene dejar muy en claro, que una medida cautelar no es el escenario adecuado para entrar a discutir la nulidad del acto administrativo impugnado cuyo suspensión se pide aquí, ni del acuerdo por el cual, se le otorgó a la Compañía de Inversiones La Tapachula S.A., un permiso temporal de funcionamiento de la ruta 128, mientras se sacaba a licitación pública. Como se explicó anteriormente, el propósito no es prejuzgar sobre el fondo del asunto principal debatido, sino garantizar provisionalmente la eficacia *in natura* de la sentencia definitiva que se llegue a dictar. El problema de la “apariencia de buen derecho” será tratado posteriormente.”



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Jiménez Meza, M. Jinesta Lobo, E. Milano Sánchez, A. González Camacho, O. (2006) El nuevo proceso contencioso-administrativo. Poder Judicial. Escuela Judicial. Costa Rica. Pp 162-167.
- 2 Jiménez Meza, M. Jinesta Lobo, E. Milano Sánchez, A. González Camacho, O. Idem. Pp 168-173.
- 3 Jiménez Meza, M. Jinesta Lobo, E. Milano Sánchez, A. González Camacho, O. Idem Pp 173-178.
- 4 López Camacho. J. (2009) La tutela cautelar en el Código Procesal Contencioso Administrativo. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho Público. Universidad de Costa Rica. Pp 93-109.
- 5 Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley No. 8508 del 28 de abril de 2006.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Segundo Circuito Judicial de San José, a las catorce horas treinta y cinco minutos del veintisiete de mayo del dos mil diez. Resolución No. 250-2010-II.