



La suspensión en la ejecución del acto administrativo

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Proceso Contencioso Administrativo.
Palabras Clave: Medidas cautelares, Proceso Administrativo, Suspensión en la ejecución del acto, Daño causado.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 17/04/2013.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la suspensión del acto administrativo que sucede con causa de la interposición de un proceso administrativo, se citan votos que refieren a: las medidas cautelares en el proceso administrativo, el análisis de los elementos para la procedencia, la naturaleza del “auto” de suspensión, daño de imposible o difícil reparación, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA.....	2
1. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Presupuestos para que proceda la suspensión de los efectos del acto	2
2. Proceso contencioso administrativo: Análisis de los elementos para la procedencia de la suspensión del acto administrativo	7
3. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Resolución judicial que la resuelve tiene naturaleza de "auto"	10
4. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo: Continuación de la actividad mientras se resuelve sobre suspensión de licencia para juegos	13
5. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre elementos esenciales	13
6. Análisis de la instrumentalidad al proceso principal: Requisitos para que proceda la suspensión de la ejecución del acto administrativo	16
7. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Necesario daño o perjuicio de difícil o imposible reparación	17
8. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Improcedente al no verificarse daños de difícil o imposible reparación	19
9. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Presupuestos para que proceda como medida cautelar y carga de la prueba	20
10. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre los presupuestos.....	21

JURISPRUDENCIA

1. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Presupuestos para que proceda la suspensión de los efectos del acto

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]ⁱ

Voto de mayoría:

“IV.- El desarrollo de la materia procesal en la actualidad, tiene a las medidas cautelares como un tercer género a la par de los procesos de condena y de conocimiento y ha elevado a la categoría de derecho fundamental, el tutelar. Se busca la efectividad de las sentencias de cualquier naturaleza y que prevalezca en su caso, el derecho del **actor** victorioso a que la sentencia sea ejecutada en sus propios términos y cuando no sea posible, que tal imposibilidad no derive de la falta de adopción de las medidas necesarias de aseguramiento, conservación anticipación o sustitución. Como lo señaló la Sala Constitucional, es "... el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción ..." (sentencia N°2005-6224, de las 15:16 horas del 25 de mayo de dos mil cinco).- Para que sea posible acordar la **suspensión** de la **ejecución** del **acto** objeto del recurso contencioso de interés, éste debe imputarse activo y efectivo contra el administrado, esto es, contener plena eficacia y emanar los efectos jurídicos al destinatario, ello para constituir así una excepción al principio general de la ejecutividad, y para que ello sea posible, es necesario en primer lugar que la **ejecución** pueda ocasionar daños y perjuicios graves, de reparación imposible o difícil y, ponderar en segundo término y en cada caso, la medida en que el interés público requiera la **ejecución**, para otorgar la **suspensión** en mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego, ello implica que cuando las exigencias de **ejecución** que el interés público presenta aparezcan como reducidas, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la **suspensión**, que ipso iure, el **acto administrativo** en cuestión, no tiene vigencia jurídica actual y por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad, solo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la **suspensión** de la **ejecución**, daños que a esta altura procesal, solo se presentan de manera relativa para aquellos en que la diferencia del porcentaje del subsidio no se les ha reconocido. Daño que a la vez es reparable por los mecanismos del reclamo **administrativo**, a instancias del interesado y a exigencia completa del cumplimiento al convenio citado.- No puede entenderse como conditio sine qua non de toda **suspensión** basada en la nulidad de pleno derecho atribuida al **acto** impugnado por la parte, cuando las causas de nulidad alegadas por este en su demanda aún aparezcan como ostensibles, patentes y manifiestas, cuando ello, es solo el ápice de discusión del quid litigioso, que por

demás, espera a las condiciones propias de la argumentación resolutoria final.- Ya este Tribunal ha conocido y resuelto varias solicitudes de **suspensión del acto administrativo** en cuestión, con criterio uniforme, y tanto en Sección Primera como en Sección Segunda, se ha mantenido la posición de denegar la **suspensión**. La presente, por su contenido, y su prueba, no difiere sustancialmente de aquellas ya resueltas, pues mantienen una misma línea argumentativa y un mismo escenario probatorio, resultando incluso, una exposición impugnativa común para todos estos asuntos, aspectos que no hace variar las condiciones por las cuales este Tribunal ha denegado la solicitud en alzada, al no comprobarse la acreditación de daños irreparables, y en este caso la situación no es distinta a las demás causas, ya que de los autos no se acredita el presupuesto formal de este tipo de incidencia, sea la indubitable acreditación de los daños y perjuicios graves, de reparación imposible, pues varía únicamente la matrícula registrada como folio real en el Registro Nacional, razón por la cual al no comprobarse, que el **acto** por medio del cual JASEC declaró de "interés público" la finca inscrita en el Registro Público, Partido de Alajuela, matrícula número 2-176356-000, de conformidad con lo dispuesto en su Junta Administrativa, según acuerdo de artículo 1 de sesión extraordinaria 4188 de agosto de 2007 pueda provocar daños de difícil o imposible reparación al **actor** y que los daños que se pudieren causar al interés público sean cuantitativa y cualitativamente inferiores al daño que puede sufrir el **actor** con la **ejecución del acto**, según se está del estudio de los autos, provoca que consecuentemente se mantenga lo ya resuelto reiteradamente por este Despacho. Se prohija en absoluto, por así constar en la pieza judicial, lo dispuesto por el ad quo cuando estima: "Es preciso indicar que el daño en casos como el que nos ocupa, es esperable, no sólo por el lapsus temporal que implica la tramitación del proceso principal, sino que, y particularmente por la propia naturaleza del **acto** que se impugna, siendo comprensivo de las diligencias relacionadas, que como objeto principal, se dirigen la desposesión y posterior transmisión de la titularidad (dominio) de un bien inmueble, hoy propiedad del **actor**. Sin perjuicio de ello, no es suficiente con que el daño en estos términos sea esperable. Tal y como se ha indicado supra, corresponde a la parte incidentista, demostrar que además este daño es de imposible o difícil reparación y en que grado, cosa que no hace. La declaratoria de interés público, y a partir de ahí, las restantes actuaciones que corresponden ser desarrolladas en dirección al desapoderamiento y posterior traslado de titularidad de un bien inmueble propiedad privada, que pasa en razón de ello a ser demanial, constituye per se, un daño que aún y cuando es propio de las diligencias de expropiación, requiere justamente en función de estas diligencias como requisito para la perfección del traslado de la titularidad, la justa y objetiva indemnización en favor del despojado de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la Ley de Expropiaciones. Así las cosas, no solamente parece pretender la parte incidentista sostener sus pretensiones, con fundamento en la simple enunciación de un daño, sino que en relación con éste, omite argumentar, en función de que criterios habría de tenerse como uno de imposible o difícil reparación, pues en principio, (principio que tendría que desvirtuar), el traslado forzoso de la titularidad del bien es justamente lo que el ordenamiento manda sea íntegra y objetivamente indemnizado en su favor. No indica el accionante que circunstancias irrumpen en el escenario que hagan imposible, o en extremo dificultoso la determinación del justiprecio, o cómo, aún y mediando este requisito, exista un daño no posible cubrir por las vías de un eventual proceso de expropiación que en sede judicial permita discutir sobre el justo precio del bien del que

se le pretende privar, todos aspectos respecto de los cuales este juzgador no se encuentra mandado a suponer".

V.- Sobre este particular tema, el Tribunal ha resuelto en lo conducente de la siguiente manera: **a)** expediente 07-1653-163-ca, en voto 301- 2010 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de Julio del año dos mil diez se estableció: "Estima este Tribunal que lleva razón el Juez de primera instancia al denegar la medida cautelar solicitada, ya que los alegatos de la parte incidentista están todos referidos a la Nulidad del **acto**, expropiatorio, en virtud de la supuesta falta de competencia del órgano que lo dictó, declarando de interés público la finca matrícula 237308-000 propiedad del **actor**, argumentos de sumo respetables, pero que no es posible revisar dentro de una medida cautelar donde el fondo del asunto no puede ni debe ser analizado. Es por ello que no es posible para este Tribunal emitir criterio alguno dentro de ésta medida sobre los aspectos de nulidad absoluta del objeto del proceso que se solicita suspender, por cuanto son, como se repite aspectos de fondo de la demanda ordinaria que se conoce. Ahora bien se tiene que el Juez, a la hora de entrar a conocer una medida cautelar típica de **suspensión** de los efectos de un **acto administrativo**, debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la **suspensión** solicitante con el interés público y el de terceros, por lo que, únicamente otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativamente y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte Administración Pública o tercero. De ahí que se hable de que este tipo de "daño" no ha de ser simples o graves, es preciso que sea de reparación difícil o imposible, en virtud de lo cual deben ser claramente indicados y probados en forma concreta, especificando el porque son de reparación difícil o imposible. La gestión presentada no cumple con los presupuestos mínimos requeridos para su adopción, ya que no se acredita la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación, en los términos previstos en el artículo 91.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y párrafo primero del artículo 242 del Código Procesal Civil, ya que no se hizo llegar a los autos prueba fehaciente de cuales eran cada uno de los daños de dicha naturaleza que podría sufrir el **actor** con la sustracción del dominio de su propiedad, situación que en todo caso, se repite es cuantificable. En virtud de lo cual debe rechazarse el recurso formulado y confirmar la sentencia venida en alzada". **b)** En expediente número 07-1681-163-CA, voto 204-2010-I de las once horas cincuenta minutos del siete de abril del dos mil diez, se indicó: "Como se ha venido sosteniendo la procedencia de una medida cautelar parte de la verificación sobre el cumplimiento de varios requisitos, de tal suerte que el incumplimiento de cualquiera de ellos es motivo suficiente para el rechazo de la gestión. En este caso, la señora jueza funda su razonamiento principal para denegar la gestión en que no logra constatar la existencia de daños de difícil o imposible reparación (entre otros aspectos conexos), aspecto que esta Sección del Tribunal tampoco logra ubicar. Evidentemente, sobre la base del razonamiento de la parte **actora**, si una expropiación se ha dado en contradicción con los mandatos constitucionales o legales se le estarían causando daños de muy diversa naturaleza, pero eso no quiera decir que sean de imposible o difícil de reparación. Se trata de un supuesto normativo muy restrictivo donde sólo en algunos casos se configura el supuesto; mientras que en los restantes no procede la medida cautelar. En este caso no se satisface lo normado en el artículo trescientos diecisiete del Código Procesal Civil en cuanto al deber de acreditar las manifestaciones. No existen elementos que

permitan deducir que estamos frente a un daño de difícil o imposible reparación; por el contrario, todo parece indicar que este es de carácter económico y que si es posible de reparar. Reiteramos que no basta con que exista algún tipo de daño, pues evidentemente estos deben existir como un presupuesto de la legitimación activa para la demanda como un todo. Por último y no menos importante es de precisar que evidentemente dentro de todo proceso existe una relación de intereses entre las partes, pero manifiestamente en el caso resulta de mayor relevancia aquel que presenta el ente público. Véase que se está discutiendo las condiciones de suministro de un servicio público básico y sustancial como es la electricidad, de forma que la **suspensión del acto administrativo** podría traer como consecuencia problemas de falta de abastecimiento de este en las condiciones necesarias para la vida en sociedad. En una ponderación de los intereses en juego, manifiestamente la balanza se inclina a favorecer el interés público en este caso en perjuicio del particular, aún cuando se pueda aceptar la existencia de este último. Los perjuicios de acceder a la **suspensión del acto administrativo** podrían ser de tal magnitud que resulta imposible adoptar una posición a favor del **actor** en cuanto la medida cautelar que hoy se conoce. De esa manera la determinación del a-quo sí se encuentra debidamente fundamentada, que respeta plenamente el principio de valoración razonable de la prueba y que el Tribunal comparte en un todo los motivos que tuvo el señor Juez para denegar la medida, debe entonces denegarse la apelación." y, **c)** en expediente número 07-1681-163-CA, voto 205-2010-I, de las once horas cincuenta y cinco minutos del siete de abril del dos mil diez, nuevamente se señaló: "El Tribunal, luego de la ponderación de las circunstancias que rodean este caso, llega al convencimiento idéntico al del Juzgador de instancia, motivo que impone confirmar el fallo combatido. Así, aún cuando el Juzgado reconoce la existencia de un proceso expropiatorio y otro que fundamenta el presente incidente que es ordinario, no se logra ubicar las contradicciones que la parte recurrente dice que se presentan en el caso. Por el contrario, parece existir la suficiente claridad sobre el tema; muestra de lo dicho es que si se trata de un proceso expropiatorio la causa que ahora nos ocupa, simplemente sería manifiestamente improcedente la gestión. La naturaleza del proceso de justiprecio impide plantear un incidente de **suspensión del acto**, como bien lo articula en su razonamiento el recurrente, por lo que desde el momento que la autoridad judicial inicia su valoración considerando la posibilidad de acceder a lo solicitado (lo que al realizar el análisis frente al caso en concreto llega a desechar), es consecuencia directa de la ubicación del tipo de sumaria que ahora nos ocupa. Incluso, aún cuando la parte dice que ese vicio se consolida lo cierto es que la lectura del texto no permite arribar a esa conclusión, más parece ser que el alegato constituye por sí una apreciación subjetiva de los promoventes, carentes de toda fundamentación. En cuanto al tema de la ausencia de pronunciamiento de todos los argumentos de la parte, debemos considerar con sumo cuidado esta aseveración. Si se tratara en este caso de una sentencia en la cual se estuviera definiendo el punto objeto de litigio, evidentemente el principio tendría plena aplicación; pero estamos frente a una medida cautelar. Donde como venimos sosteniendo se trata de la necesidad de verificar el cumplimiento del cúmulo de requisitos, de tal suerte que el incumplimiento de cualquiera de ellos es motivo suficiente para el rechazo de la gestión. En este caso, la señora jueza funda su razonamiento principal para denegar la gestión en que no logra constatar la existencia de daños de difícil o imposible reparación (entre otros aspectos conexos), aspecto que esta Sección del Tribunal

tampoco logra ubicar. Evidentemente, si una expropiación se ha dado en contradicción con los mandatos constitucionales o legales (que es el razonamiento de la parte **actora**) al afectado se le están causando daños de muy diversa naturaleza, pero eso no quiere decir que sean de imposible o difícil reparación. Ese aspecto no consta durante toda la carpeta del incidente que hoy nos ocupa y tampoco se han aportado pruebas en el recurso de apelación conocido en este momento; simplemente se trata de una aseveración carente de toda prueba, como bien lo hace ver la juzgadora. En esa condición si hacía falta un elemento resultaba innecesario entrar a valorar los restantes elementos más en detalle y mucho menos los argumentos de la parte sobre estos, máxime cuando como venimos señalando, la ausencia de cualquier requisito lleva como consecuencia jurídica el necesario rechazo de la gestión. Reiteramos que no basta con que exista algún tipo de daño, los que evidentemente se podrían estar generando, sino que estos deben de ser de imposible o difícil reparación y en este caso ese adjetivo indispensable no se configura. A más abundamiento, es de precisar que llegar a establecer si un **acto** es nulo o no, que parece ser el aspecto que más resiente el interés del recurrente por no haber sido establecido con claridad en la resolución recurrida es por antonomasia un aspecto que no podía ser conocido en una medida cautelar. Es en esencia la médula del fondo del alegato de la parte dentro del ordinario, elemento que por su misma naturaleza y como se indicó anteriormente no podría ser analizado con tal nivel de profundidad dentro de una medida cautelar. Se trataría de un motivo de inhibición del juzgador para seguir conociendo de la sumaria, pues llevaría como necesaria consecuencia venir a adelantarse y señalar su posición sobre la existencia del derecho frente al caso en concreto como análisis de fondo y no meramente como estudio de buen derecho para los efectos de una medida cautelar. Es exactamente lo que el juez no puede hacer lo que los recurrentes esperaban que le dijeran, sin considerar la ilicitud de ese pronunciamiento en este momento procesal. Desde tal análisis la prudencia de la juzgadora de omitir cualquier pronunciamiento sobre ese aspecto, lejos de ser un vicio en la determinación como se le pretende endilgar, es un elemento consustancial para poder entrar a conocer válidamente una solicitud de medida cautelar. Igual situación ocurre con respecto a los hechos probados, que en este momento no podrían señalar adjetivos calificativos sobre la conducta administrativa en cuanto a la licitud o no, pues ello llevaría aparejado hacer la conducta antijurídica en este momento procesal; es de recordar que el señalamientos de hechos probados dentro de una determinación establecida en el cause del proceso, presenta una condición temporal. El total de la prueba no se ha evacuado, no se han conocido la totalidad de los alegatos de las partes, y más importante todavía, el Juzgador (a) se encuentra imposibilitado a considerar aspectos de fondo hasta tanto no llegue a la etapa procesal que corresponde. Por último y no menos importante es de precisar que evidentemente dentro de todo proceso existe una relación de intereses entre las partes, pero manifiestamente en el caso resulta de mayor relevancia aquel que presenta el ente público. Véase que se está discutiendo las condiciones de suministro de un servicio público básico y sustancial como es la electricidad, de forma que la **suspensión del acto administrativo** podría traer como consecuencia problemas de falta de abastecimiento de este en las condiciones necesarias para la vida en sociedad; de esa manera, aún cuando el interés particular puede ser sumamente relevante al poder estar afrontando un perjuicio por un **acto** viciado (según su razonamiento) este resulta de menor relevancia jurídica. Es de recalcar que la medida cautelar es excepcional y no la regla frente a un cúmulo de

supuestos normativos que en este caso no se ven satisfechos, como lo hace ver el juzgado de instancia y esta Sección del Tribunal. De esa manera la determinación del a quo sí se encuentra debidamente fundamentada, que respeta plenamente el principio de valoración razonable de la prueba y que el Tribunal comparte en un todo los motivos que tuvo el señor Juez para denegar la medida, debe entonces denegarse la apelación." De lo dicho, este asunto no es excepción ni distinto a los indicados, debiéndose hacer eco como propio de las consideraciones expuestas al ajustarse y aplicarse a lo resuelto, debiéndose mantener la resolución recurrida por encontrarse debida y legalmente dictaminada, confirmándose la misma."

2. Proceso contencioso administrativo: Análisis de los elementos para la procedencia de la suspensión del acto administrativo

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“III).- SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR: Dentro del proceso contencioso **administrativo**, la tutela cautelar tiene como función básica asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia de interés, en virtud de la lentitud patológica del proceso ordinario. Precisamente, las medidas cautelares, y los incidentes de **suspensión**, buscan que la tutela jurisdiccional esté garantizada, para que a pesar del tiempo que transcurra, el proceso ordinario cumpla su fin, y así se logre un resultado concretamente realizable. Esto resulta congruente con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. El artículo noventa y uno de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estipula: “ 1- *La Interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el **acto** o la disposición impugnada, salvo que el tribunal acordare, a instancia del demandante la **suspensión**. 2- Procederá ésta cuando la **ejecución** hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.*” La finalidad del ordinal transcrito es garantizar por cierto lapso de tiempo la eficacia o cumplimiento de la sentencia que se dicte en el expediente principal, evitando la consolidación irreversible de situaciones jurídicas o fácticas que hagan inútil la sentencia. Por su parte el artículo ciento cuarenta y seis de la Ley General de la Administración Pública, en lo que interesa, dispone que: “ *la Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, **actos administrativos** eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que puede resultar*”, con la única excepción de si son ineficaces o absolutamente nulos. Indica la norma además que es la excepción al principio anterior, la **suspensión** del **acto administrativo**, que se aplica sólo cuando se den ciertas circunstancias calificadas por la misma ley. Se debe partir del hecho de que los **actos** de la Administración tienen una presunción de legalidad que preserva el fin público para el que fueron dictados, por lo que otorgar la **suspensión** significa interrumpir la tutela del interés público que le sirva de fundamento, lo que puede realizarse única y exclusivamente cuando se compruebe que su **ejecución** causa daños y perjuicios de difícil o imposible reparación y que los intereses públicos aconsejen la **suspensión** del **acto administrativo**. Debe advertirse, que la **suspensión** de la **ejecución** del **acto**,

constituye una medida excepcional frente a la potestad de la Administración, manifiesta en la ejecutividad y ejecutoriedad de los **actos** (imprescindible para la buena y sana satisfacción de los intereses colectivos). La procedencia de la **suspensión del acto administrativo** debe estar precedida de varios elementos que configuran la necesidad de tal disposición, a saber: *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y contrapeso de intereses, (además de la existencia de los referidos daños y perjuicios de difícil o imposible reparación) tal y como lo ha desarrollado el Tribunal Contencioso **Administrativo**, Sección II, en su sentencia de las 10:45 horas del 22-junio de 2001: “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 real 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 proceso es imprescindible, pues “sólo Dios puede juzgar sin necesidad del mismo”, y el hablar de proceso, implica irremediamente 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 proceso 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 hasta la saciedad 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*: 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 seriedad 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 medida cautelar: 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*: 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 cada uno de 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 ”. D ebe añadirse que la medida cautelar en esta vía es instrumental, accesoria y provisional, en el tanto procura asegurar la eficacia de la sentencia de un eventual expediente principal. Desde esta perspectiva, debe realizarse un análisis que garantice la aplicación de la tutela cautelar ponderando los bienes jurídicos objeto de tutela alegados por ambas partes. Es de aclarar que en este momento procesal no pueden ser analizadas cuestiones que aludan a la legalidad del **acto** adoptado sede administrativa, ni se entra a estudiar el eventual buen derecho del **actor** sobre aspectos de fondo del asunto, que deberán ser resueltas en etapas posteriores, por lo que esta instancia debe ser analizada con extrema prudencia a fin de no incursionar sobre aquél. Tales argumentaciones deben ser relegadas para un eventual proceso de cognición.”

3. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Resolución judicial que la resuelve tiene naturaleza de "auto"

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“III) Es criterio de este Tribunal, que la resolución judicial que resuelve un incidente de **suspensión** de efectos de **acto administrativo**, tienen naturaleza de auto, el cual puede ser apelado, dentro del plazo de tres días, según lo dispone el artículo 559 del Código Procesal Civil (aplicable por remisión del numeral 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa). Por esa razón, está mal admitido el recurso de apelación que nos ocupa, por haber sido planteado vencido el plazo de ley, para su interposición. En los considerandos siguientes, se verá el fundamento de nuestra afirmación.-

IV) En un criterio que se comparte, la Sección Segunda de este Tribunal, consideró que la naturaleza procesal de las resoluciones que resuelven un incidente de **suspensión de acto administrativo**, es la de un auto. Así, en el considerando tercero del voto N° 607-2005 de las quince horas diez minutos del catorce de diciembre del dos mil cinco, se dijo al respecto: "El artículo 153 del Código de rito, clasifica las resoluciones jurisdiccionales de la siguiente forma: "1) Providencias, cuando sean de mero trámite. 2) Autos, cuando contengan un juicio valorativo o criterio del juez. 3) Sentencias, cuando decidan definitivamente las cuestiones debatidas mediante pronunciamiento sobre la pretensión formulada en la demanda. 4) Autos con carácter de sentencia, cuando decidan sobre excepciones o pretensiones incidentales que pongan término al proceso".-

En desarrollo de ese precepto, la doctrina nacional, ha indicado lo que sigue: // "El artículo 153 del Código Procesal Civil clasifica las resoluciones. Resolución es un concepto genérico que incluye cuatro pronunciamientos del juez: providencias, autos, sentencias y auto-sentencias. La palabra resolución se puede utilizar en forma indistinta para referirse a cualquiera de ellos, pero siempre hay que verificar el

contenido para poder identificar cada resolución dada su trascendencia, en especial para los plazos que deben dictarse y los recursos tienen.// 1. Providencias: son resoluciones de mero trámite, lo que equivale a decir que no contienen ningún juicio de valor por parte del juez. Inciso 1) Ejemplo de providencias sería conceder una audiencia a un incidente o bien a una liquidación de intereses y costas. No hay valoración del juzgador porque simplemente se procede conforme a la ley sin exigir ningún esfuerzo intelectual. Artículos 483 y 693 del Código Procesal Civil. El plazo para dictar una providencia es de tres días -artículo 151 ibídem- y en relación a ellas no cabe ningún recurso. Numeral 555 ibídem.// 2. Autos: para diferenciarlos de los autos con carácter de sentencia, se les suele denominar 'autos puros y simples'. Son aquellos donde sí hay un juicio de valor del juez, y tienden a impulsar el proceso hasta el dictado de la sentencia. Son resoluciones interlocutorias; o sea, que se dictan dentro del proceso sin que le pongan fin por el fondo. Inciso 2) Resuelven cuestiones exclusivamente procesales. La resolución inicial de todo proceso es un auto puro y simple, el cual requiere de un estudio previo del juez para determinar el cumplimiento de los requisitos legales (artículo 290 para el ordinario y 433 para el sumario). Otro ejemplo, no menos interesante, es la resolución recaída en los incidentes comunes de cuestiones formales. Sin que interese el resultado, con o sin lugar un incidente de nulidad lo resuelto es un auto simple. La nulidad se refiere a vicios de procedimiento y aún cuando se anule todo lo resuelto y actuado, no hay pronunciamiento sobre el fondo y por ende no se le pone fin al proceso con una solución a la pretensión material debatida. Estos autos se deben dictar en un plazo de cinco días, prorrogables a ocho en caso de resultar complejos (artículo 151 ibídem). Todos los autos tienen recurso de revocatoria, pero solo tendrán apelación los que expresamente la ley le concede ese recurso vertical. Artículos 554, 558, 559 y 560 del Código Procesal Civil.// 3. Sentencias: la sentencia es la forma normal de terminar el proceso, en contraposición con las cinco formas anormales que contiene el Código: desistimiento, deserción, renuncia del derecho, transacción y conciliación. Es la resolución donde se deciden definitivamente las cuestiones debatidas, y para ello el juez debe hacer expreso pronunciamiento de la pretensión material formulada en la demanda y contrademanda en caso que haya conforme a la ley. Inciso 3) El plazo para dictar las sentencias difieren de la naturaleza del proceso: un mes en ordinarios, quince días en los abreviados y diez días en los sumarios Artículos 151 y 434 ibídem. Al contrario de los autos, ninguna sentencia tiene revocatoria (artículo 158 ibídem), pero todas gozan de apelación (...)// 4. Auto-sentencias: se trata de resoluciones que no guardan la estructura comentada de una sentencia; es decir, no se le exigen las cuatro partes del artículo 155 del Código Procesal Civil. Por esa razón se les denomina "autos", pero al tener los mismos efectos de una sentencia porque resuelven cuestiones incidentales o excepciones que le ponen fin al proceso, se les agrega la palabra "sentencia". Un ejemplo claro de un auto-sentencia es el previsto en el artículo 436 ibídem cuando en un proceso sumario no hay oposición del demandado. En un ejecutivo simple, verbigracia, de oponerse el accionado se debe dictar la sentencia según la estructura estudiada, pero ello no sería necesario de no haber oposición porque no habría razón y faltarían datos para el segundo resultando y por supuesto para los considerandos. En estos casos, el Por tanto de una sentencia considerada sería el auto- sentencia al declararse con lugar la demanda por falta de oposición.-

También tiene el calificativo de auto-sentencias la resolución que se pronuncia sobre la excepción o incidente de prescripción o el incidente de pago total, las cuales le podrían poner fin al proceso. Es auto-sentencia sin determinar su resultado; ya sea que se acoja o se deniegue la prescripción o el pago total es auto-sentencia, pues lo que interesa es la finalidad o la naturaleza de la excepción o incidente sobre el fondo del asunto. Lo mismo no se puede decir del incidente de nulidad o del pago parcial, puesto que nunca le podría poner fin al proceso por el fondo. El auto-sentencia se distingue porque le pone fin al proceso por cuestiones sustantivas o de fondo, lo que significa que afecta la pretensión material de la demanda, lo que no sucede con la nulidad aunque cubra todo lo resuelto y actuado" (Parajeles Vindas, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Con jurisprudencia. Volumen 1. IJSA. 2a. edición San José, Costa Rica, págs. 91-95).-

Con vista en esas apreciaciones, que este Tribunal comparte en un todo, se concluye que los pronunciamientos que deciden en general sobre un incidente, califican como "autos", en la medida en que contienen un juicio valorativo del juzgador, a menos claro está, que lo resuelto en ellos ponga fin al proceso principal, en cuyo caso serían autos-sentencias.-

Ahora bien, cuando esas gestiones tienen que ver, como en el sub examine, con el establecimiento de medidas cautelares, resulta evidente que lo que allí se disponga no tendrá jamás, la virtud de dar término a la litis; lo cual es especialmente significativo, si lo requerido es que se impida ejecutar el acto impugnado dentro de un ordinario contencioso administrativo.-

En tal caso, sea que se ordene la suspensión de los efectos de esa decisión, o que se mantenga su ejecución, el expediente principal seguirá su curso normal, pues no habrá existido de momento, un pronunciamiento que afecte, en modo alguno, el fondo de la pretensión material deducida en autos.-

De hecho, la finalidad de la tutela cautelar es, por principio, asegurar la utilidad de un eventual fallo estimatorio, sin que se puedan emitir conclusiones anticipadas sobre la cuestión sustancial planteada, lo que le está vedado al juzgador en ese tipo de peticiones.-

Por lo demás, el de la medida cautelar es, por sus implicaciones prácticas y su relación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, un tema relevante, pero no por ello deja de ser accesorio, y ligado siempre a la suerte del ordinario, siendo que, como se señaló, en ningún caso, ocasiona la terminación definitiva de este último.-

Por ese motivo, si por definición sólo son autos con carácter de sentencia aquellos que ponen fin al proceso, y esta circunstancia no concurre cuando se resuelve un incidente de suspensión de los efectos de los actos impugnados, no queda más alternativa que reconocer que la que se pronuncia sobre estos últimos es un "auto", lo cual es conteste con el artículo 560 del Código de rito, que incluye dentro de los "autos apelables", el que emite pronunciamiento " sobre el fondo de un incidente", salvo cuando se declare sin lugar una nulidad relativa (inciso 9) "-."

4. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo: Continuación de la actividad mientras se resuelve sobre suspensión de licencia para juegos

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección III]^{iv}

Voto de mayoría

“II) .- **OBJETO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.** En este asunto se solicita una medida cautelar, dentro del proceso recursivo incoado por Gerardo Delgado Solís, patentado de la Municipalidad de Puriscal; contra la resolución emitida por el Alcalde de Puriscal, N°036-2009 de las trece horas del dieciocho de diciembre del dos mil nueve, que dispuso suspender la licencia de explotación de las máquinas de Pin Ball con la que ha venido operando el articulante desde el año dos mil cinco. Señala la recurrente que la Alcaldía se sustenta, para ordenar la suspensión de su actividad comercial, en la aplicación al caso concreto de los artículos 27 y 28 de la Ley N° 8776 y en los pronunciamientos C-385-2005 y C-196-2009 de la Procuraduría General de la República, concluyendo que las máquinas autorizadas y por las que ha venido pagando patente son "ilegales" y que esa actividad pone en riesgo a la juventud. Agrega que el establecimiento de su propiedad ni siquiera es frecuentado por personas menores de edad, dado que se trata de una sala de billar, por lo que la aplicación de las citadas disposiciones legales y pronunciamientos de Procuraduría es totalmente improcedente en el caso concreto, en que tales máquinas están a disposición exclusivamente de adultos.

III) .- **ACOGIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR:** Considera este Tribunal que la medida solicitada es procedente y así debe declararse, ya que se ha dispuesto la suspensión de una actividad legalmente autorizada por la municipalidad y ello, desde luego, puede causar un daño significativo a la actividad comercial de la recurrente; lo anterior, en tanto se resuelve por el fondo el recurso. Este órgano colegiado estima, tomando en cuenta los intereses en juego, que en virtud de que se trata de un salón de pool, que no es frecuentado por menores de edad, la continuación de la actividad en tanto se resuelve el recurso no pone en riesgo a los menores, que es a quienes protege la ley N 8767, que es la que se viene aplicando en este caso como sustento de la suspensión.”

5. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre elementos esenciales

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^v

Voto de mayoría

“IV- Dentro del proceso contencioso **administrativo**, la tutela cautelar tiene como función básica asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia de interés, en virtud de la lentitud patológica del proceso ordinario. Precisamente, las medidas cautelares, y los incidentes de **suspensión**, buscan que la tutela jurisdiccional esté garantizada, para que a pesar del tiempo que transcurra, el proceso ordinario cumpla

su fin, y así se logre un un resultado concretamente realizable. Esto resulta congruente con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. El artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estipula: “ 1- *La Interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el **acto** o la disposición impugnada, salvo que el tribunal acordare, a instancia del demandante la **suspensión**.* 2- *Procederá ésta cuando la **ejecución** hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.*” La finalidad del ordinal transcrito es garantizar por cierto lapso de tiempo la eficacia o cumplimiento de la sentencia que se dicte en el expediente principal, evitando la consolidación irreversible de situaciones jurídicas o fácticas que hagan inútil la sentencia. Por su parte el artículo 146 de la Ley General de la Administración Pública, en lo que interesa, dispone que: “ *la Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, **actos administrativos** eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que puede resultar*”, con la única excepción de si son ineficaces o absolutamente nulos. Indica la norma además que es la excepción al principio anterior, la **suspensión del acto administrativo**, que se aplica sólo cuando se den ciertas circunstancias calificadas por la misma ley. Se debe partir del hecho de que los **actos** de la Administración tienen una presunción de legalidad que preserva el fin público para el que fueron dictados, por lo que otorgar la **suspensión** significa interrumpir la tutela del interés público que le sirva de fundamento, lo que puede realizarse única y exclusivamente cuando se compruebe que su **ejecución** causa daños y perjuicios de difícil o imposible reparación y que los intereses públicos aconsejen la **suspensión del acto administrativo**. Debe advertirse, que la **suspensión** de la **ejecución del acto**, constituye una medida excepcional frente a la potestad de la Administración, manifiesta en la ejecutividad y ejecutoriedad de los **actos** (imprescindible para la buena y sana satisfacción de los intereses colectivos). La procedencia de la **suspensión del acto administrativo** debe estar precedida de varios elementos que configuran la necesidad de tal disposición, a saber: *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y contrapeso de intereses, (además de la existencia de los referidos daños y perjuicios de difícil o imposible reparación) tal y como lo ha desarrollado el Tribunal Contencioso **Administrativo**, Sección II, en su sentencia de las 10:45 horas del 22-junio de 2001:“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 zzal 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 proceso es imprescindible, pues “sólo Dios puede juzgar sin necesidad del mismo”, y el hablar de proceso, implica irremediamente 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 sé 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 proceso 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 hasta la saciedad 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: 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 seriedad 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 medida cautelar: 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*: 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 cada uno de 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”. Debe añadirse que la medida cautelar en esta vía es instrumental, accesoria y provisional, en el tanto procura asegurar la eficacia de la sentencia de un eventual expediente principal. Desde esta perspectiva, debe realizarse un análisis que garantice la aplicación de la tutela cautelar ponderando los bienes jurídicos objeto de tutela alegados por ambas partes. Es de aclarar que en este momento procesal no pueden ser analizadas cuestiones que aludan a la legalidad del **acto** adoptado sede administrativa, ni se entra a estudiar el eventual buen derecho del **actor** sobre aspectos de fondo del asunto, que deberán ser resueltas en etapas ulteriores, por lo que esta instancia debe ser analizada con extrema prudencia a fin de no incursionar sobre aquél. Tales argumentaciones deben ser relegadas para el proceso de cognición.”

6. Análisis de la instrumentalidad al proceso principal: Requisitos para que proceda la suspensión de la ejecución del acto administrativo

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^{vi}

Voto de mayoría

“II. Del fondo del asunto: El incidente de suspensión solicitado es accesorio o instrumental al proceso principal, que en este caso sería la impugnación de los votos mencionados en el anterior considerando de la Comisión Nacional del Consumidor y

que se estaba conociendo en el expediente 03-000316-0161-CA, tramitado por la Sección Segunda de este Tribunal. La instrumentalidad de la medida cautelar ha sido establecida jurisprudencialmente por esta misma Sección, entre otras, en la resolución No. 292-95 de las quince horas del primero de agosto de 1995, que indica en lo que interesa:

"... toda vez que la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada (artículo 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) es una medida cautelar típica y propia del proceso administrativo que se caracteriza por su accesoriadad o subordinación respecto de la pretensión deducida en el proceso principal; tal característica estructural, común a la mayoría de las medidas cautelares, ha sido denominada por la doctrina como la "instrumentalidad" de la cautela respecto del proceso principal y de la sentencia de mérito vertida en éste. Tal pretensión incidental y cautelar resulta procedente cuando en el proceso principal se pretende la anulación de un acto o disposición administrativa, pues su efecto principal es enervar la ejecución del acto o disposición, y evitarle de esa forma al administrado daños o perjuicios de reparación imposible o difícil ("periculum in mora")."

(El destacado no es del original).

Como consecuencia de lo anterior y al haber sido declarado caduco el proceso principal de impugnación de los actos administrativos en cuestión, no tendría sentido seguir conociendo la apelación planteada, pues el incidente de suspensión interpuesto, en virtud de su instrumentalidad, debe correr con la misma suerte del principal, por lo que en razón de los motivos dados en esta instancia, debe confirmarse la resolución apelada."

7. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Necesario daño o perjuicio de difícil o imposible reparación

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^{vii}

Voto de mayoría

“III.- DE LA IMPROCEDENCIA DE LA GESTIÓN: Luego de una cuidadosa revisión del asunto sometido a examen, el Tribunal arriba a la conclusión de que no concurren en este caso los presupuestos necesarios para acoger la medida solicitada. La finalidad de las disposiciones cautelares es la protección del objeto litigioso, y básicamente, el que la sentencia que se emita al resolver el fondo del asunto en discusión pueda hacerse efectiva, en tanto la parte que la solicita tenga la posibilidad de ejercer de forma plena los derechos e intereses que fueron objeto de discusión y que eventualmente le sean reconocidos en sentencia. Esto así, tal y como ya lo ha expresado en otras ocasiones esta Autoridad, como un mecanismo de contrapeso ante la fuerza obligatoria y ejecutiva de los actos administrativos, el cual es adoptada por el juzgador cuando, examinada la cuestión, se observe una apariencia de buen derecho, se demuestre que la ejecución de lo impugnado puede ocasionar daños de difícil o imposible reparación y con la adopción de la medida no se cause perjuicio al interés público. En el caso examinado, para fundamentar la apariencia de buen

derecho, la recurrente apunta una serie de razonamientos en cuanto a su facultad como abogada, para autenticar una firma, los cuales este Órgano Colegiado entiende como lógicos y razonables, lo cual no implica que se compartan los argumentos expresados por la parte, pues ello sólo habrá de considerarse al resolver por el fondo este asunto, pero sí permiten concluir que se trata de una acción con respaldo en un análisis jurídico serio, cumpliendo con ello con uno de los presupuestos requeridos para acoger la medida. Sin embargo, no ocurre lo mismo con respecto a los daños de difícil o imposible reparación, al punto de que, ejecutado el acto, la sentencia que se dicte resulte inejecutable. Lo anterior por las siguientes razones: En primer término, debe indicarse que es imposible atender los alegatos de la actora relativos a los daños que según dice, sufriría su cliente, pues ésta última no es parte en este asunto. Por otro lado, si bien es cierto, esta Autoridad entiende, el perjuicio en el ejercicio de su profesión liberal, que podría ocasionar una limitación o requisito como la impugnado, lo cierto es que no existe en autos elemento probatorio alguno que permita inferir que su ejecución produzca un daño de difícil o imposible reparación, pues incluso la emisión de ulterior testimonio podría requerirse por otra vía, en tanto se resuelve el asunto por el fondo. Así, a pesar de que la exigencia en el sentido de que la firma debió ser autenticada por un profesional en el ejercicio del notariado y no por un abogado, puede ocasionar daños, su resarcimiento, no resultaría imposible, pues si eventualmente la demanda se declara con lugar, habría de declararse también la obligación del demandado en orden a pagar daños y perjuicios, siempre y cuando, claro está, ello hubiese sido solicitado por la parte en su demanda. Así, la obtención del documento solicitado al Archivo Nacional no está supeditada únicamente a la adopción de la medida cautelar requerida, como tampoco es adecuado que a través de este tipo de incidencias se pretenda levantar el cumplimiento de requisitos formales para gestionar ante un órgano o ente de la Administración, sobre la base de la mera referencia de la parte en el sentido de que se le ocasionan lesiones de imposible reparación, sin que ello se encuentre debidamente acreditado o al menos pueda inferirse con claridad que por la naturaleza del acto impugnado su ejecución generaría consecuencias de dicha envergadura. Se sigue entonces, que la medida cautelar requerida por la actora no reúne la totalidad de los presupuestos necesarios a fin de que ésta pueda ser acogida, por lo cual debe revocarse el fallo apelado, no sólo en cuanto declaró con lugar la incidencia, sino además, en lo que concierne a la condenatoria en costas al Estado, pues este Tribunal estima que dada la forma en que se resuelve, lo procedente es decretar este asunto sin especial condenatoria en costas, a tenor de las disposiciones del artículo 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otra parte debe indicarse que llama la atención la resolución venida en alzada, pues la a quo incursiona en su sentencia en asuntos propios de la resolución por el fondo de la controversia sometida al procedimiento ordinario, lo cual resulta del todo improcedente.”-

8. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Improcedente al no verificarse daños de difícil o imposible reparación

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^{viii}

Voto de mayoría

“II. El incidentista alega que la juez de instancia afirma que no existen pruebas para sustentar la suspensión del acto, a pesar de que reconoce los efectos graves que la inhabilitación produce sobre la esfera de sus intereses. En este sentido insiste en que el daño debe valorarse de forma integral, desde el enfoque moral, económico, de oportunidades, de criterios, y desde la esfera social del afectado. Además de eso, añade que no existe peligro para los intereses públicos, ni para la hacienda pública, pero sí un gravísimo daño a su reputación. Los demás argumentos esgrimidos son parte del proceso principal, es decir se refieren al fondo del asunto, los cuales no pueden ser tomados en cuenta en este incidente.

III. Si bien este Tribunal comparte lo indicado por la juez de instancia, en el sentido de que no se han demostrado los daños de imposible o difícil reparación que le ocasionaría al señor Acuña el no poder ingresar o reingresar a un cargo de la hacienda pública por un plazo dos años, lo cierto es que dicho lapso de tiempo ya transcurrió, ya que como se ha tenido por demostrado, desde el 12 de enero del 2007, la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República comunicó tanto al Instituto de Desarrollo Agrario, al Tribunal Supremo de Elecciones, y a la Dirección General de Servicio Civil, tal inhabilitación, tal y como también lo acepta el incidentista en su escrito de interposición de esta articulación. Así las cosas, al haber pasado ya los dos años de suspensión de referencia, existe una falta de interés, al haber sido cumplida la pena impuesta. En este sentido, esta sección, en sentencia número 7351, de las diez horas del veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro señaló:

" Que el beneficio excepcional de la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en sede jurisdiccional, sólo procede "cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños y perjuicios de reparación imposible o difícil", y en este caso concreto sin mayores reforzamientos el Tribunal llega la (sic) misma conclusión del señor Actuario para denegar la solicitud de suspensión de los efectos de la corrección disciplinaria que el Tribunal de la Inspección Judicial impuso al actor; porque por la propia naturaleza de la corrección impugnada; suspensión del actor en sus funciones de Juez de Cañas, y la duración de la misma, quince días, los daños y perjuicios que su ejecución podría ocasionar el actor no son de imposible ni de difícil reparación, sino fácilmente indemnizádoles económicamente, sin que sea posible suspender "efecto" cuando esos efectos ya se han producido, pues la suspensión procede a hacia el futuro de efectos en curso, por lo cual ha solicitud del actor carece de interés actual, al encontrarse cumplimentado el acto impugnado según se desprende comprueba de sus propias manifestaciones..."

Por todo lo anterior, y por la razones dadas en esta instancia, debe confirmarse la sentencia recurrida.”

9. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Presupuestos para que proceda como medida cautelar y carga de la prueba

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^x

Voto de mayoría

“V. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: Como es bien sabido, de conformidad con el numeral 146 de la Ley General de la Administración Pública, los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios, lo cual implica que pueden hacerse efectivos desde el momento en que se toman. El remedio procesal dispuesto por el ordenamiento jurídico para impedir tal ejecución es precisamente el incidente que nos ocupa, empero el mismo no es automático con su petición sino que debe cumplir con los requisitos exigidos por el numeral 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que a la letra dice: *"1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo si el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión. 2. Procederá esta cuando la ejecución hubiere ocasionado daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"*. Sobre este particular, se ha pronunciado la Sección Segunda de este Tribunal, mediante resolución número 267-2004 de las nueve horas cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro, al establecer: *"...Dispone el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...De conformidad con la norma antes transcrita, la ejecutividad es una de las características de los actos administrativos, y la suspensión temporal que puedan acordar los Tribunales, se constituye en una excepción, motivada por la circunstancia especial de que la ejecución del acto produzca daños presentes o futuros de imposible o difícil reparación, por cuanto: a.- no son indemnizables al ser imposible su valoración económica, b.- son cuantificables económicamente pero esto ofrece grandes dificultades, o c.- es más gravosa la reparación que la suspensión. Cabe agregar, que la determinación de los daños, no requiere plena demostración, precisamente por el carácter sumario de la cautelar, bastando en algunas ocasiones que sea simplemente posible, o una consecuencia lógica de la situación, y en otras, que exista al menos, un principio de prueba. El incidente de suspensión que contempla el artículo transcrito, es en consecuencia, una medida cautelar, cuyo único objetivo es evitar que en el lapso requerido para tramitar un proceso, se le cause a una de las partes una lesión grave y de difícil reparación. 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. Los caracteres más relevantes de las medidas cautelares son: 1.- instrumentalidad con la sentencia definitiva, 2.- provisionalidad; 3.- urgencia para evitar el peligro en la mora, y 4.- que son adoptadas en virtud de una cognición sumaria superficial efectuada por el órgano jurisdiccional sin entrar a definir el mérito del asunto. En consecuencia, el Juez puede tomar todas aquellas disposiciones que considere proporcionadas, adecuadas y necesarias, según las particularidades del caso, para prevenir que se frustre el resultado del juicio..."*

. En la especie, deben tomarse en cuenta varios aspectos a fin de resolver el asunto sometido al conocimiento de este Tribunal. En primer término, debe señalarse que

aunque la situación que expone el recurrente es muy lamentable, como bien sostiene el a-quo, la carga de la prueba pesa sobre el incidentista, a quien le compete demostrar los daños de difícil o imposible reparación que sufriría en caso de que el acto no se suspenda. Así las cosas, tenemos que éste afirma que su empresa se vería seriamente afectada en su patrimonio, respecto de sus empleados que podrían resultar despedidos, en el cumplimiento de sus obligaciones y la ejecución de otros proyectos. Sin embargo, no aporta elemento probatorio alguno que demuestre cual es la liquidez que ostenta, comprobación necesaria para determinar el posible impacto económico que tendría sobre su solvencia la ejecución del acto en cuestión. En segundo lugar, valga indicar que aunque el perito del proceso administrativo haya fijado el porcentaje del total de la adjudicación en que consiste el monto de los daños y perjuicios, tal determinación no hace referencia alguna al circulante real de la sociedad, ni a la posible repercusión pecuniaria. Por último, debe tenerse claridad de que el conflicto a dirimir radica en una suma de dinero determinada, por lo que, de resultar victorioso el actor, el eventual daño no sería de difícil o imposible reparación, ya que, se tendría de antemano el monto que se debe indemnizar. Por todo lo expuesto, procede confirmar la resolución venida en alzada, como en efecto se hace.”

10. Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre los presupuestos

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]^x

Voto de mayoría

“ IV.- DE LOS PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR Y SU PROCEDENCIA EN EL CASO CONCRETO: De conformidad con el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia respecto de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo, los presupuestos de ésta son la apariencia de buen derecho, la ponderación de los intereses públicos respecto de los privados, y que la ejecución del acto causen daños de difícil o imposible reparación. Así, la finalidad de la medida cautelar es la protección del objeto litigioso, y básicamente, el que la sentencia que se emita al resolver el fondo del asunto en discusión pueda hacerse efectiva, en tanto la parte que la solicita pueda ejercer de forma plena los derechos e intereses que fueron objeto de discusión. Esto así, tal y como ya lo ha expresado en otras ocasiones este Tribunal, como un mecanismo de contrapeso ante la fuerza obligatoria y ejecutiva de los actos administrativos, la cual es adoptada por el juzgador cuando, examinada la gestión, se observe una apariencia de buen derecho, se demuestre que la ejecución de lo impugnado pueda ocasionar daños de difícil o imposible reparación y con la adopción de la medida no se cause perjuicio al interés público. Para fundamentar la apariencia de buen derecho, el recurrente, apunta una serie de vicios, que según su opinión, contienen los actos impugnados, los cuales este Tribunal entiende como lógicos y razonables, lo cual no implica que se compartan los argumentos expresados por la parte, pues ello sólo debe de considerarse al resolver por el fondo este asunto, pero sí permiten concluir que se trata de una acción con respaldo en un análisis jurídico serio,

pero cuya solidez genera duda al Tribunal si se toma en cuenta la normativa vigente y fallos más recientes que sobre este punto en particular ha emitido la Sala Constitucional. En lo que concierne a los daños de difícil o imposible reparación, la representación de la actora argumenta que la inactividad de Administración le ha provocado inseguridad jurídica, e insiste en que el planeamiento contable y organizacional así como su imagen pública se pueden ver gravemente afectados si se ejecuta la disposición de cobro. Este órgano colegiado no tiene ninguna duda acerca del perjuicio que ocasiona a una empresa la ejecución de una acción cobratoria como la que se discute en el proceso principal, sin embargo no consta en autos elemento probatorio alguno, pues no se aporta por el petente, prueba que demuestre que los daños serían de reparación difícil o imposible, tal y como lo establece el presupuesto normativo. En consecuencia, por las razones dichas, procede rechazar la medida cautelar. Se resuelve este sin especial condenatoria en costas.-“

ⁱ Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 416 de las 9:15 horas del 10 de agosto de 2010. Expediente: 07-001654-0163-CA.

ⁱⁱ Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 80 de las 11 horas del 18 de febrero de 2011. Expediente: 06-001333-0163-CA.

ⁱⁱⁱ Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 325 de las 14:10 horas del 8 de junio de 2010. Expediente: 07-001652-0163-CA.

^{iv} Tribunal Contencioso Administrativo Sección III.- Sentencia 1971 de las 14:35 horas del 24 de mayo de 2010. Expediente: 10-001075-1027-CA.

^v Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 203 de las 11:45 horas del 7 de abril de 2010. Expediente: 06-000392-0161-CA.

^{vi} Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 140 de las 14:40 horas del 4 de marzo de 2010. Expediente: 03-000316-0161-CA.

^{vii} Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 290 de las 9:40 horas del 26 de junio de 2009. Expediente: 07-001075-0163-CA.

^{viii} Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 200 de las 10:20 horas del 6 de mayo de 2009. Expediente: 07-000085-0163-CA.

^{ix} Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 188 de las 10:30 horas del 28 de abril de 2009. Expediente: 07-001212-0163-CA.

^x Tribunal Contencioso Administrativo Sección I.- Sentencia 87 de las 13:50 horas del 5 de marzo de 2009. Expediente: 06-000352-0161-CA.