



## CONTRACAUTELA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Procesal Administrativo.	<b>Descriptor:</b> Proceso Contencioso Administrativo.
<b>Palabras Claves:</b> Medidas Cautelares, Contracautela, Caucción, Garantía de las Medidas Cautelares.	
<b>Fuentes de Información:</b> Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	<b>Fecha:</b> 22/04/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	1
NORMATIVA .....	2
<b>La Contracautela en el Código Procesal Contencioso Administrativo .....</b>	<b>2</b>
DOCTRINA .....	3
<b>Aplicación de la Contracautela en el Proceso Contencioso Administrativo Argentino .....</b>	<b>3</b>
JURISPRUDENCIA.....	3
<b>1. Procedencia del Recurso de Apelación contra el Auto que Fija la Cuantía de la Garantía de la Medida Cautelar.....</b>	<b>3</b>
<b>2. La Justicia Cautelar en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.....</b>	<b>4</b>

### RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Contracautela en el Proceso Contencioso Administrativo, considerando los supuestos de los artículos 25 y 28 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

## **NORMATIVA**

### **La Contracautela en el Código Procesal Contencioso Administrativo**

[Código Procesal Contencioso Administrativo]<sup>1</sup>

#### **Artículo 25.-**

**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, modificar o revocar lo dispuesto.

#### **Artículo 28.-**

**1)** El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.

**2)** Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.

**3)** La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.

**4)** La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.

**5)** Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.

## DOCTRINA

### **Aplicación de la Contracautela en el Proceso Contencioso Administrativo Argentino**

[Gómez Alsina, M; Palacios, C.E y Noro Villagra, J]<sup>ii</sup>

3) Contracautela. Las medidas cautelares sólo pueden decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien debe dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho conforme el art. 199 del Código Procesal y es el juez –conforme su discreción y prudencia- quien debe graduar la cantidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, siempre que su monto no torne ilusorio el derecho del peticionante.

## JURISPRUDENCIA

### **1. Procedencia del Recurso de Apelación contra el Auto que Fija la Cuantía de la Garantía de la Medida Cautelar**

[Tribunal de Apelación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda]<sup>iii</sup>  
Voto de mayoría:

**I.** Que en el esquema recursivo establecido por el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), el recurso de <apelación> procede sólo contra aquellas resoluciones para las que así se hubiere establecido. En este sentido son cinco los autos contra los que dicho recurso es admisible, a saber: 1) el que fija la garantía o caución en la medida cautelar (artículo 28); 2) el que resuelve en forma definitiva una medida cautelar ( artículo 30); 3) el que resuelve sobre la integración de la litis (artículo 71.4); 4) el que resuelve sobre el embargo de bienes de cualquiera de las partes (artículo 178), y 5) el que acuerda el archivo del proceso por no subsanar los defectos prevenidos según dispone el artículo 61.2.

**II.** Que en el caso en estudio, el apoderado de la parte demandada plantea recurso de apelación contra la resolución dictada por el señor Juez tramitador # 1855-2009 de 19.30 horas de 31 de agosto que adoptó una medida provisionalísima de extrema urgencia, con base en los artículos 21 y 22 del CPCA, al tiempo que concedió audiencia y fijó hora y fecha para celebrar ésta de manera oral. Es evidente que esa resolución, en el esquema recursivo de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa, no tiene recurso alguno. Como se ha expresado con anterioridad “...la “provisionalísima” acordada no es definitiva, sus efectos son transitorios y no causan estado en lo que

*corresponde a la medida. (Consúltese al respecto el voto no. 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008). La apelación, como se indicó, está prevista para objetar el auto que resuelve, en forma definitiva, la tutela cautelar solicitada.”* (Resolución del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, San José, #000013-A-TC-2009 de 14,20 horas de 29 de enero, y # 133-A-TC-2009 de 8.40 horas de 9 de julio). En consecuencia y de conformidad con el numeral 132.3 del CPCA, no cabe el recurso propuesto, por lo que este Despacho se encuentra legalmente obligado a rechazar de plano la gestión planteada, visible a folios 229 a 314.”

## **2. La Justicia Cautelar en el Ordenamiento Jurídico Costarricense**

[Tribunal Contencioso Administrativo]<sup>iv</sup>  
Voto de mayoría

**“I. - DE LA JUSTICIA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE.** El numeral 49 de la Constitución Política establece la jurisdicción contencioso administrativa cuyo objeto es ejercer el control de legalidad de la función administrativa. Se trata de un control objetivo que permite el cotejo de legalidad de cualquier forma de manifestación de la voluntad de un centro de poder público, sean acciones u omisiones, conductas formales o bien funcionamientos materiales. Además, establece el resguardo de la situación jurídica de la persona, mediante la tutela, al menos, de los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona, sea física o jurídica. Consiste este aspecto, una dimensión subjetiva del marco tutelar de esta jurisdicción. De ahí que en el ámbito del nuevo proceso contencioso administrativo, como desarrollo legislativo de ese contenido constitucional, se esté frente a un proceso de naturaleza mixta, en el que es viable la tutela de ambas aristas, de manera conjunta o separada. Este objeto se debe entender en el contexto de un sistema que propugna por una justicia pronta y cumplida, máxima que encuentra su base en la doctrina del numeral 41 de la Carta Fundamental y que junto a los principios de sometimiento del Estado al Derecho (artículo 11 constitucional), control plenario de la función pública (artículo 49 ídem) y distribución de funciones (ordinal 9 íbidem), constituyen los pilares de este nuevo régimen procesal. Por ende, el cumplimiento de este aspecto finalista debe verse complementado con un amplio sistema de justicia cautelar que permita, como efecto final, la efectividad de una posible sentencia estimatoria y la pervivencia del objeto del proceso. Es precisamente como corolario del derecho de acceso a la justicia -tanto administrativa como jurisdiccional-, que deriva de la doctrina que se infiere de los numerales 39, 41 y 153 de la Constitución Política, que se ha reconocido la **tutela cautelar** como parte de ese derecho fundamental, **consistente en la necesidad de garantizar el objeto de la pretensión de la demanda, a efecto de la eventual ejecución de una sentencia estimatoria**, sobre la base del principio chiovendiano, que

expresa "*la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón*" (sentencia número 2005-06224, de las quince horas dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco de la Sala Constitucional); puesto que por sus medios, es posible garantizar provisionalmente la efectividad de la resolución que en definitiva se adopte, ya sea en sede administrativa o jurisdiccional. Es en este sentido que las medidas cautelares –o asegurativas– surgen **como una verdadera necesidad procesal**, en tanto permiten garantizar esa efectiva tutela al acceso a la justicia. Este instituto (o mecanismo referido a la justicia cautelar), es de importancia sustancial en tanto la ausencia de mecanismos que permitan esos aspectos finalistas mencionados, desembocaría, sin remedio, en procesos que a fin de cuentas, pueden llegar a concluir en decisiones judiciales de imposible o no factible ejecución, en detrimento evidente de los bienes jurídicos tutelados. De manera que bien puede afirmarse que no existe justicia administrativa y/o jurisdiccional pronta y cumplida cuando el mismo sistema permite la convertibilidad de las pretensiones en meras expectativas indemnizatorias, que llevan a dar un valor económico equivalente al bien jurídico que se buscaba tutelar, lo que sin duda, no supone una satisfacción plena de los derechos de los justiciables, cuando en sentencia se declare que les acudía la razón. El justiciable busca que el bien jurídico por el cual busca tutela judicial, permanezca íntegro y no que se transforme, por las dilaciones o tardanzas del proceso, en una indemnización. La reparabilidad del bien no se satisface, en todos los casos por un reintegro monetario. De ahí que como derivado de esta corriente, el Código Procesal Contencioso Administrativo abandona de modo expreso un sistema cautelar que tiene como epicentro el acto administrativo, que no es sino una de las manifestaciones formales de la voluntad pública, pero no la única. Por el contrario, al considerar el marco amplio del objeto del proceso, la justicia cautelar debe trascender la mera orden suspensiva como sub-especie de las conservativas de contenido negativo, para introducir medidas innovativas, de contenido positivo, sean estas inhibitorias, ordenatorias o sustitutivas, pero siempre valorando, en cada caso, los alcances de los poderes del juez en torno al control de la discrecionalidad administrativa (ordinales 20 y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo). Desde ese plano, se trata de acciones que se encuentran al servicio del proceso principal de fondo, de ahí sus características provisional e instrumental. En el primer caso, en tanto lo acordado respecto de la cautelar mantendrá una vigencia condicionada a lo que se resuelva en el proceso de fondo. Cabe resaltar que también puede ser cesada o modificada en cualquier momento, ante la variabilidad de las condiciones que originariamente le dieron cabida, o bien, adoptar la que de previo hubiere sido rechazada, tal y como lo estatuye el canon 29 del código de rito. En el segundo aspecto (instrumentalidad), guardan una marcada relación de accesoriedad con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso en los términos ya señalados. A lo anterior se añade el carácter de *sumaria cognitio*, que es propio de estas medidas, pues siendo formas

provisionales que propenden a las finalidades señaladas, deben ser resueltas de forma breve para poder cumplir su función. Cabe indicar que estas medidas surgen, en todos los casos a instancia de parte, por tanto, están impregnadas por el principio dispositivo. Empero, esto es así solo respecto del análisis de la necesidad de adoptarlas, pues bien el juzgador, una vez pedidas, el juez puede ordenar las que considere necesarias y adecuadas para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 19.1 ejusdem).

**II. - SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Las medidas cautelares desde el punto de vista doctrinario y legislativo, surgen para garantizar una tutela judicial efectiva frente a la duración propia y necesaria del proceso jurisdiccional que pretende satisfacer el debido proceso. Por ello, el privilegio de la ejecutividad de las actuaciones de la Administración, debe ceder al control jurisdiccional universal y plenario tutelado bajo la égida de los artículos 41, 49 y 154 de la Constitución Política, con la finalidad de procurar, provisionalmente, la efectividad de las sentencias, satisfaciendo el "*valor justicia*", regulado expresamente en nuestro propio ordenamiento jurídico interno en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, como por la normativa internacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por nuestro país. Por su parte, el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley Nº 8508, -en adelante CPCA-, contiene una regulación amplia y desarrollada de las medidas cautelares, dejando atrás la vetusta regulación existente en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en razón de la cual, únicamente era posible la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, regulando el CPCA el contenido de las medidas cautelares tal y como lo había dispuesto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 2005-06224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco, al señalar que: "*V (...) El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende 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 (apariencia 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.(...)*". De esta forma, vemos cómo el CPCA, regula los presupuestos esenciales para la procedencia de una medida cautelar, a saber: **1) la apariencia de buen derecho**; **2) el peligro en la demora**; y **3) la ponderación de intereses en juego**. Concretamente sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), que no es otra cosa que la verosimilitud del derecho, valga decir que consiste en un juicio hipotético de probabilidad, derivada no solo de la seriedad de la demanda, sino de la probabilidad del acogimiento de la cuestión principal; en tal sentido se

considera que bastará con esa apariencia inicial de seriedad, para que se tenga por cumplido con este requisito, salvo que la petición cautelar per se sea estimada temeraria. Sobre el peligro en la demora (*periculum in mora*), aunque podría considerarse un concepto jurídico indeterminado, valga decir que no solamente consiste en el peligro de la tardanza de la resolución principal, sino que también conlleva el peligro de la inutilidad de la sentencia de mérito. En lo conducente en relación a este acápite, el artículo 21 de nuestro CPCA dispone: *"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 (...)".* Finalmente, en torno a la ponderación de intereses en juego, es necesario recordar que para la procedibilidad de las medidas cautelares, debe ponderarse si frente al derecho subjetivo pretendido existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición planteada. Así, el artículo 22 del CPCA, indica: *"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".* Ahora bien, en torno a este último supuesto de la norma, valga decir que no puede estar por encima del derecho fundamental del justiciable a una tutela judicial efectiva. Por último, cabe recordar también, que además de los presupuestos indicados supra, es necesario que la medida cautelar que vaya a adoptarse, estructuralmente reúna las siguientes características: **la instrumentalidad** e independencia previa con relación a la sentencia definitiva que se produzca en el proceso principal, que determina, al propio tiempo, su subordinación o accesoriedad respecto del mismo; **la provisionalidad**, en cuanto su eficacia se agota al momento de dictarse la sentencia de mérito, es decir que son transitorias y no definitivas y se extinguen al dictarse el fallo de fondo del proceso. Significa pues que tiene efectos supeditados a la pendencia del proceso principal y a la permanencia en el tiempo de la circunstancias que fuesen tomadas en cuenta para su adopción, características que traen causa de su intrínseca posibilidad de modificación o revocación (eficacia rebus sic stantibus); **la urgencia** para evitar el peligro en la demora, al existir una situación de anormalidad que se busca soslayar para no causar un daño grave o perjuicio a los justiciables; y finalmente **la sumaria cognitio**, esto es, que este tipo de medidas son adoptadas en virtud de una cognición sumarísima efectuada por el órgano jurisdiccional, sin entrar a prejuzgar sobre el mérito del asunto, que de forma alguna sustituye la plenaria sucesión de pasos que implica el proceso de conocimiento. En conclusión, sólo cuando se cumplen los presupuestos

mencionados líneas arriba y se cumplen las características estructurales aquí enunciadas, una medida cautelar puede ser acogida, cualquiera que esta sea.

**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.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 8508 del veintiocho de abril de dos mil seis. **Código Procesal Contencioso Administrativo**. Vigente desde: 01/01/2008. Versión de la norma: 4 de 4 del 25/02/2014. Publicada en: Gaceta N° 120 del: 22/06/2006, Alcance: 38.

<sup>ii</sup> GOMÉZ ALSINA, Martha; PALACIOS, Carmen Elisa y NORO VILLAGRA, Jorge. (s.f.) **Medidas Cautelares: Tutela Anticipada. Su Aplicación en el Ámbito del Derecho Administrativo**. Recuperado de: [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/medidas\\_cautelares.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medidas_cautelares.htm)

<sup>iii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Sentencia 67 de las once horas del veintitrés de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-002105-1027-CA.

<sup>iv</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia 1280 de las catorce horas con veinticinco minutos del veintiocho de junio de dos mil trece. Expediente: 13-003222-1027-CA.