

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO
FACULTAD DE DERECHO

“TUTELA CAUTELAR: MAS ALLÁ DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO”

Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en
Derecho de la Universidad de Costa Rica

Autor

José Pablo Mena Villegas A43310

Agosto, 2009



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
 FACULTAD DE DERECHO
 ÁREA INVESTIGACION



14 de agosto del 2009

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

MENA VILLEGAS JOSE PABLO

TITULADO: “ CAUTELAR : MAS ALLA DE LA SUSPENSION DEL ACTO ”

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	MSC. WILIAM BOLAÑOS GAMBOA
Secretario:	LIC. JERRY CAMPOS MONGE
Informante:	LICDA. CRISTINA VIQUEZ CERDAS
Miembro:	LIC. HUBERT FERNANDEZ ARGUELLO
Miembro:	LICDA. MARTA VINOCOUR FORNIERI

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **20 de agosto del 2009 a las 18:00 PM** en la **SALA DE REPLICAS**


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR



San José, 3 de agosto del 2009

*Señores
Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica*

Estimados señores:

En mi calidad de Directora, me ha correspondido analizar el trabajo de investigación denominado "**Tutela cautelar: Más allá de la suspensión del acto**", realizado por el egresado **José Pablo Mena Villegas, carné A43310**.

La posibilidad de pedir y obtener medidas cautelares antes y durante un proceso, con la finalidad de no hacer nugatorio su resultado y que ninguna de las partes sufra mientras se desarrolla la actividad judicial un daño grave a sus derechos e intereses, es parte esencial del principio de justicia pronta y cumplida que contempla nuestra Constitución Política.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, el 1 de enero del 2007, el tema de las medidas cautelares sufre un avance notable desde el punto de vista de sistematización y apertura normativa, con el fin de proteger al administrado. La investigación del señor Mena Villegas, tiene por objeto un análisis detallado de la figura de las medidas cautelares, dentro del marco del procedimiento contencioso administrativo, sus nuevos alcances, las mayores y mejores potestades del Juez Contencioso Administrativo en esta materia, y cómo se ha implementado dicha normativa en la realidad judicial. Si la ley no se aplica en su esencia y espíritu, se convierte en letra muerta y en vano los esfuerzos que se hagan por mejorar la calidad de la justicia.

Una de las grandes dificultades encontradas por el señor Mena, solventada con gran esfuerzo de su parte, es que la jurisprudencia del ahora llamado Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, que se dedica a los procesos tramitados con el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativa, no se encuentra almacenada en una sola base de datos de acceso al investigador, y por supuesto, mucho menos sistematizada. Es por ello, que la labor de recopilación fue ardua y muy meritoria.

El trabajo del señor Mena Villegas es un estudio serio, cuidadoso y muy valioso sobre la implementación real del modelo de medidas cautelares contenido en el Código Procesal Contencioso Administrativo y la labor de nuestros jueces en el año y medio de su vigencia, constituyéndose en un termómetro del modelo, que muestra las bondades y debilidades de la práctica forense.

Por reunir los requisitos de forma y fondo exigidos por esta Facultad, me es muy grato informarle que doy mi aprobación al indicado trabajo de investigación, y solicito se tenga por cumplidos los requerimientos para la defensa oral y pública

San José, 20 de julio de 2009

**Señor
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. D.**

Estimado señor:

Por medio de la presente me permito saludarlo y a la vez, informarle que en mi condición de lector, **apruebo** el trabajo de graduación denominado "*Tutela cautelar: Más allá de la Suspensión del Acto*", del estudiante **José Pablo Mena Villegas**, carne N° A43310, pues cumple los requisitos de fondo y de forma exigidos por ese centro de estudios superiores.-

De usted, con las mayores muestras de mi consideración y estima,


Hubert Fernández Argüello

DEDICATORIA

♣ Dios, por ser una luz y fortaleza durante las distintas etapas de mi vida.

♣ mi Madre, quien me dio la vida; que con su sacrificio, tenacidad, esfuerzo y valentía ha dado a mi vida una fuente infinita de formación y superación.

♣ mi familia y seres queridos, quienes durante el transcurso de mi vida me han brindado su apoyo y colaboración.

♣ todos/as Gracias!

AGRADECIMIENTO

Este trabajo no hubiera sido posible sin el conocimiento y formación transmitida por los diversos profesores y maestros con los cuales he compartido en las distintas etapas de mi vida académica, para todos ellos mi más sincero y profundo agradecimiento, gracias por ser modelos de educadores a seguir, así como por todo el tiempo, conocimiento y dedicación brindado. Especialmente a:

✦ mi directora Cristina Víquez Cerdas.

✦ mis lectores Hubert Fernández Argüello y Marta Vinocour Fornieri.

✦ mi profesor y amigo William Bolaños Gamboa.

*“De veras, hijo,
ya todas las estrellas han partido.
Pero nunca se pone más oscuro,
que cuando va a amanecer”.*

Isaac Felipe Azofeifa

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
EPÍGRAFE	iv
ÍNDICE	v
ABREVIATURAS	x
RESUMEN	xi
INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO PRIMERO: Consideraciones Generales sobre las Medidas Cautelares	9
CAPÍTULO PRIMERO: Antecedentes y Concepto de las Medidas Cautelares	10
Sección Primera: Antecedentes y Contexto de las Medidas Cautelares.....	10
a. Origen de las Medidas Cautelares.....	10
b. Imposibilidad de una Justicia Inmediata y su relación con la Tutela Cautelar.....	12
c. Crisis de la Justicia y su relación con la Tutela Cautelar.....	14
Sección Segunda: Concepto de las Medidas Cautelares.....	17
a. Concepto de las Medidas Cautelares.....	17
b. Función de las Medidas Cautelares.....	19
c. Importancia de las Medidas Cautelares.....	21
CAPÍTULO SEGUNDO: Teoría de las Medidas Cautelares	25
Sección Primera: Características de la Tutela Cautelar.....	25
a. Instrumentalidad.....	25
b. Provisionalidad.....	27
c. Urgencia.....	30
c.1 Medidas Cautelares “ante causam”.....	31
c.2 Medidas Cautelares “inaudita altera parte”.....	32
c.3 Medidas Cautelares Provisionalísimas.....	33
d. Sumaria Cognitio.....	34
Sección Segunda: Presupuestos de la Tutela Cautelar.....	36
a. Periculum in mora.....	36
a.1 Peligro de Infructuosidad o Inutilidad de la Sentencia Principal.....	38

a.2 Peligro en la Tardanza o Retardo de la Sentencia de Fondo.....	39
b. Fumus boni iuris.....	41
c. Caución.....	44
Sección Tercera: Tipos y Sistemas de Medidas Cautelares.....	48
a. Tipos de Medidas Cautelares.....	48
a.1 Medidas Cautelares según la Regulación de la Ley.....	48
a.1.1 Medidas Cautelares Típicas.....	48
a.1.2 Medidas Cautelares Atípicas.....	49
a.2 Medidas Cautelares según su Contenido.....	50
a.2.1 Medidas Cautelares Conservativas.....	50
a.2.2 Medidas Cautelares Anticipativas o Innovativas.....	51
b. Sistemas de Medidas Cautelares.....	52
b.1 Sistema de Medidas Cautelares Típicas.....	52
b.2 Sistema de Medidas Cautelares Atípicas.....	53
b.3 Sistema de Medidas Cautelares Mixto.....	54
TÍTULO SEGUNDO: La Tutela Cautelar en el Derecho Costarricense.....	56
CAPÍTULO PRIMERO: Fundamento Constitucional de la Tutela Cautelar.....	57
Sección Única: Regulación Constitucional de la Tutela Cautelar.....	57
a. Principio Chiovendiano.....	57
b. Derecho a una Justicia Prompta y Cumplida y la Tutela Cautelar.....	60
c. Principio de Igualdad y Tutela Cautelar.....	62
d. Tutela Judicial Efectiva y Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar.....	63
e. Control y Función Jurisdiccional Plena de la Tutela Cautelar.....	73
CAPÍTULO SEGUNDO: Medidas Cautelares en la Ley General de la Administración Pública y Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	79
Sección Primera: Medidas Cautelares Típicas: La Suspensión del Acto Administrativo....	79
a. Concepto y Función.....	79
b. Efectos y Alcances.....	84
c. Trámite y Recursos.....	86
d. Cauciones.....	90

Sección Segunda: Medidas Cautelares Atípicas: El articulado 242 del Código Procesal Civil	94
a. Incidencia en el Proceso Contencioso Administrativo.....	94
b. Aplicación y Regulación.....	96
CAPÍTULO TERCERO: Medidas Cautelares en el Código Procesal Contencioso Administrativo	102
Sección Primera: El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo	102
Sección Segunda: Regulación y Contenido de la Tutela Cautelar	106
a. Solicitud de la Medida Cautelar.....	107
b. Criterios para el Otorgamiento de las Medidas Cautelares.....	109
c. Contenido de la Tutela Cautelar.....	112
c.1 Medidas Conservativas.....	114
c.2 Medidas Anticipatorias o Innovativas.....	114
c.2.1 Inhibitorias.....	116
c.2.2 Ordenatorias.....	116
c.2.3 Sustitutivas.....	117
d. Presupuestos de la Tutela Cautelar.....	119
d.1 Periculum in mora.....	121
d.2 Fumus boni iuris.....	124
d.3 Ponderación de los Intereses en Juego.....	126
d.4 Contracautela.....	130
e. Tipos de Tutela Cautelar.....	134
e.1 Medidas Cautelares Inaudita Altera Parte.....	135
e.2 Medidas Cautelares Ante Causam.....	137
e.3 Medidas Cautelares Provisionalísimas.....	139
Sección Tercera: Aspectos Procesales de la Tutela Cautelar	141
a. Trámite, Audiencia y Comunicación de la Medida Cautelar.....	141
b. Modificación de las Medidas Cautelares.....	144
c. Recursos contra las Medidas Cautelares.....	146
TÍTULO TERCERO: La Tutela Cautelar: Mas allá de la suspensión del Acto	151

CAPÍTULO PRIMERO: El papel del Juez en la nueva Tutela Cautelar.....	152
Sección Primera: Órganos Jurisdiccionales dentro del nuevo Código Procesal Contencioso	
Administrativo.....	152
a. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.....	153
a.1 Juez Tramitador.....	153
a.2 Juez Conciliador.....	155
a.3 Jueces de Juicio.....	156
a.4 Juez Ejecutor.....	157
b. Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.....	157
c. Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.....	159
d. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.....	160
Sección Segunda: Replanteamiento, Limitaciones y Alcances de los Poderes del Juez en Relación a la Nueva Tutela Cautelar.....	161
a. Replanteamiento de los Poderes del Juez en Relación a la nueva Tutela Cautelar dentro del Proceso Contencioso Administrativo.....	162
a.1 La Oralidad y los Poderes del Juez en Relación a la Tutela Cautelar.....	163
a.1.1 Inmediación.....	163
a.1.2 Identidad física del Juez.....	164
a.1.3 Concentración.....	164
a.1.4 La Celeridad, Sencillez y Economía.....	165
a.1.5 Publicidad.....	165
a.1.6 Libre Valoración e Inquisitivo.....	165
a.2 La Adopción de Medidas Adecuadas y Necesarias.....	169
a.3 La ampliación de las medidas cautelares.....	173
b. Limitaciones a los Poderes del Juez en Relación a la Nueva Tutela Cautelar.....	178
b.1 La Medida debe ser Cautelar.....	179
b.1.1 Instrumentalidad de la Medida Cautelar.....	179

b.1.2 La Provisionalidad y Reversibilidad de la Medida Cautelar.....	180
b.2 La Ponderación de los Intereses en Juego dentro del Proceso.....	182
b.2.1 Ponderación Propiamente Dicha.....	183
b.2.2 Análisis de los Intereses en Juego.....	184
b.2.3 Aspecto Financiero.....	187
b.3 Principio de Proporcionalidad.....	189
CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis Práctico de los Nuevos Supuestos de una Tutela	
Cautelar Efectiva en el Código Procesal Contencioso Administrativo.....	192
Sección Primera: Manifestaciones Concretas de los Tipos y el Contenido de una Nueva Tutela Cautelar: Anticipativo, Innovativo y Conservativo.....	193
a. Medidas Conservativas – Suspensión del Acto Administrativo.....	193
b. Medidas Anticipativas o Innovativas.....	213
c. Manifestaciones de una Nueva Tutela Cautelar.....	223
c.1 Aspectos Procesales y de Trámite.....	223
c.2 Contracautelares.....	236
c.3 Tipos de Medidas Cautelares según la Materia.....	241
c.3.1 Dominio Público – Zona Marítimo Terrestre.....	242
c.3.2 Contratación Administrativa.....	247
c.3.3 Derecho Tributario.....	255
c.4 Ejecución de Medidas Cautelares.....	260
Sección Segunda: Posibles Efectos de la Aplicación de los Nuevos Supuestos Cautelares en Costa Rica.....	266
CONCLUSIONES.....	279
BIBLIOGRAFÍA.....	289

TABLA DE ABREVIATURAS

Constitución Política	CP
Código Civil	CC
Código Procesal Civil	CPC
Código Procesal Contencioso Administrativo	CPCA
Ley de Contratación Administrativa	LCA
Ley General de la Administración Pública	LGAP
Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	LRJCA

RESUMEN

Ficha Bibliográfica:

Mena Villegas José Pablo (2009). Tutela Cautelar: Mas allá de la Suspensión del Acto.

Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Directora de Trabajo Final de Graduación: Profesora Dra. Cristina Víquez Cerdas.

Palabras Claves: acto administrativo, administración pública, apariencia de buen derecho “fumus boni iuris”, caución, condición sumaria “sumaria cognitio”, conducta administrativa, contracautela, efectividad y eficacia de la sentencia, instrumentalidad, interés privado, interés público, interés de terceros, medidas cautelares ante causam, medidas cautelares anticipativas, medidas cautelares atípicas, medidas cautelares conservativas, medidas cautelares inaudita altera parte, medidas cautelares inhibitorias, medidas cautelares innovativas, medidas cautelares ordenatorias, medidas cautelares provisionalísimas, medidas cautelares substitutivas, medidas cautelares típicas, peligro en la demora “periculum in mora”, provisionalidad, ponderación de los intereses en juego, suspensión del acto administrativo, tutela judicial efectiva, urgencia.

Resumen del Trabajo Final de Graduación:

Con la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se tenía una percepción de un proceso contencioso administrativo inmerso dentro de una crisis evidente de la justicia administrativa. Esta, tenía su razón de ser, entre otros elementos, debido al

gran volumen de procesos tramitados, la lentitud propia del sistema judicial y la rigidez de algunos institutos, dentro del proceso contencioso administrativo.

Tales circunstancias, plantearon la necesidad de implementar importantes cambios dentro de la jurisdicción contencioso administrativa. Estos, se han puesto en evidencia desde enero de dos mil ocho, fecha en que ha entrado en vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), cuya implementación refleja: la concepción, principios, lineamientos y fundamentos de las nuevas tendencias, en materia de protección de los derechos del administrado.

Específicamente sobre el instituto cautelar, se puede afirmar que, con el nuevo código se pretende tener un panorama más ágil, donde la Tutela Cautelar se torna vital para la administración de justicia, en el tanto, ofrece garantizar, de una manera provisional y certera, el objeto del proceso. Esto se traduce en un sinónimo de confianza para el administrado en el sistema de justicia del cual participa.

Concretamente dentro del Título III, Capítulo Único del código de rito (numerales del 19 al 30 del CPCA), se ha enmarcado la nueva regulación vigente en materia cautelar. A este instituto le son aplicables las características de instrumentalidad, provisionalidad, urgencia y cognición sumaria; también los presupuestos que le dan fundamento, tales como el peligro en la demora, apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses en juego.

Características y presupuestos que dan sustento a un régimen cautelar abierto “*numerus apertus*”, que amplía y flexibiliza el otorgamiento de aquellas medidas cautelares adecuadas y necesarias, con el objetivo de tutelar una mayor cantidad de escenarios y circunstancias fácticas. Se aumentan los efectos de tal instituto procesal, más allá de las medidas de orden conservativo, y permite el ingreso de las medidas anticipativas e innovativas dentro del nuevo proceso contencioso administrativo.

Es importante apuntar la incorporación de nuevas figuras y aspectos procesales significativos, en materia cautelar. Estos aportes fueron incorporados dentro del CPCA, tales como: la incorporación de una tutela cautelar acorde a los principios y reconocimientos constitucionales, según el principio de una tutela judicial efectiva, la incorporación de las medidas provisionales, apertura del instituto cautelar a un sistema abierto de medidas cautelares, reconocimiento del análisis y ponderación de los intereses en juego al momento de analizar la figura cautelar, amplitud y flexibilización del papel del juez, dentro del instituto cautelar, entre otras figuras. Desde algún tiempo atrás venían desarrollándose dentro de la jurisprudencia contencioso administrativa, la cual en su momento fue ratificada por la propia Sala Constitucional.

Es importante consignar, que con la instauración de un sistema cautelar abierto, dentro del nuevo CPCA, se han otorgado amplios poderes cautelares al juez y se ha plasmado un reconocimiento y protección plena al derecho fundamental, a una tutela cautelar. Esta, permite otorgar al administrado una verdadera tutela judicial efectiva (entiéndase acceso a una justicia pronta y cumplida). Todo lo anterior en estricto cumplimiento de los numerales 33, 41, 49 y 153 de la Constitución Política.

Si bien es cierto, la entrada en vigencia del CPCA es muy reciente y actualmente existe una etapa de adaptación y aprendizaje dentro del nuevo proceso contencioso administrativo. Se puede afirmar que una vez superado este espacio de transición, se estará frente a un instituto cautelar ampliamente desarrollado, con manifestaciones y expresiones claras y concretas que demuestren los verdaderos efectos de una nueva tutela cautelar amplia y flexible, tal y como se regula y se pretende dentro del nuevo proceso contencioso administrativo.

Finalmente, se puede ultimar que, con el tratamiento codificado, dentro del nuevo CPCA se ha logrado una regulación efectiva en el contenido de las medidas cautelares; por ende, se está ante una verdadera justicia cautelar que va más allá de la mera suspensión del acto administrativo.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la Globalización ha venido marcando el desarrollo de muchos institutos legales del ordenamiento jurídico, según las necesidades del ciudadano, en su diario vivir. Esta evolución se hace notar en el sistema jurídico costarricense, sobre todo en el campo de la Administración Pública, donde se hace imperante el cambio y progreso, con el único fin de lograr esa adaptación del sistema a las necesidades del usuario.

Ese dinamismo actual que envuelve la vida de la Administración Pública, ha planteado la necesidad de implementar la aplicación de nuevas modalidades y principios en torno a la legislación procesal contencioso administrativa. Obteniendo el administrado beneficio propio al brindársele un instrumento procesal que le permita una garantía de legalidad efectiva en la función de la administración.

Es a raíz de estas circunstancias, que, desde enero de dos mil ocho, ha entrado en vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante código), cuya implementación refleja la concepción, principios, lineamientos y fundamentos de las nuevas tendencias en materia de protección de los derechos del administrado.

Con la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se tenía una percepción de un proceso contencioso administrativo inmerso dentro de una crisis evidente de la justicia administrativa. Esta, tenía su razón de ser, entre otros elementos, debido al gran volumen de procesos tramitados, la lentitud del propio sistema y a la rigidez de algunos institutos dentro del proceso contencioso administrativo.

Por el contrario, ahora con el nuevo código, se pretende tener un panorama más ágil, donde la Tutela Cautelar se torna vital para la administración de justicia en el tanto, ofrece garantizar, de una manera provisional y certera, el objeto del proceso; esto, se traduce en un sinónimo de confianza para el administrado, en el sistema de justicia del cual participa.

Dado que se vive en una época de premuras, donde es una exigencia del administrado lograr una tutela efectiva de sus intereses frente a la Administración, resulta de gran relevancia el tema de una Tutela Cautelar efectiva. Esta, entendida como un instituto práctico y flexible que va más allá de la simple suspensión de un acto administrativo. A la vez, representa una oportunidad real de lograr una tutela judicial efectiva de sus intereses (efectividad de la sentencia), durante el desarrollo del proceso contencioso administrativo; estando de conformidad con el principio de justicia pronta y cumplida, regulado en el artículo 41 de la Constitución Política.

Por medio de esta nueva ley, se reconocen figuras e institutos jurídicos que desde algún tiempo atrás se habían constituido en una realidad del ordenamiento jurídico; esta, se venía manifestando mediante la doctrina y jurisprudencia. Tal es el caso del instituto de las Medidas Cautelares, anteriormente reguladas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuya única tutela cautelar prevista era la suspensión de la ejecución del acto administrativo (artículo 91), dejando sin cobertura importantes supuestos como es el caso del acto negativo de la Administración.

Ante esta limitación del sistema, los propios operadores recurrieron a una aplicación supletoria del numeral 242 del Código Procesal Civil, a efecto de dar mayor flexibilidad al sistema cautelar dentro del proceso Contencioso Administrativo. Con el único afán, de obtener una tutela cautelar flexible y disponible para el juez, en función de las circunstancias del caso y de lo que la tutela judicial efectiva exija, dentro del proceso, tal y como lo dispone el artículo 41 constitucional.

A raíz de esa insuficiencia y falta de apertura de la tutela cautelar en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se plantea, en el nuevo Código, específicamente en el Título III, Capítulo Único, un sistema cautelar vigorizado y diversificado, donde el legislador optó por un régimen abierto e innominado de medidas cautelares, que le otorga al Juez una amplia gama de posibilidades a la hora de establecer, según las circunstancias propias de cada caso concreto, cuáles medidas cautelares son necesarias para proteger y garantizar la efectividad de una posible sentencia estimatoria.

El tema específico que se examinará en el trabajo, es el análisis y tratamiento de las medidas cautelares dentro de la nueva legislación contenciosa. Se considera, dentro de sus principales innovaciones, la superación de la antigua concepción del modelo francés; esta, en forma excepcional, concedía como única medida cautelar la suspensión del acto administrativo, en aquellos casos donde su ejecución hubiere de ocasionar daños y perjuicios de imposible o difícil reparación. El legislador plantea, con el nuevo código, un régimen abierto e innominado de medidas cautelares, con una nueva orientación. Por ende, se otorga al juez una amplia gama de medidas cautelares activas y no meramente suspensivas, según se desprende del artículo 19 del Código Procesal Contencioso

Administrativo. Aquí se permite un manejo libre y abierto por parte del juzgador a la hora de determinar, según las circunstancias de cada caso, cuáles son las medidas necesarias para la protección del objeto del proceso, y así garantizar la efectividad y eficacia de la sentencia de fondo.

Si bien es cierto, se plantea el contenido de la tutela cautelar en la nueva normativa vigente, el énfasis concreto de la presente investigación radica en el análisis y la importancia de las nuevas figuras que se presentarán en los procesos contenciosos administrativos. Dentro de estos, ocupan un lugar importante los efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial, tales como: las medidas innovativas que pretenden tutelar una situación jurídica, que aún no se ha concretado. De no darse dicha medida, podría acarrear un perjuicio mayor para el administrado, las medidas anticipativas que se refieren a la realización anticipada de la prestación a la que se podría ver obligada la Administración misma en caso de lograrse una sentencia estimatoria. Para el caso de los efectos conservativos, están las medidas conservativas que se presentan en cualquier situación donde se haya conferido un derecho o conducta preexistente y se pretenda conservar el mismo hasta tanto no se resuelva de forma definitiva el proceso administrativo respectivo.

El objetivo de esta investigación, es plantear y analizar los nuevos y futuros escenarios bajo los cuales se desarrollarán las diferentes solicitudes de tutela cautelar, dentro del Proceso Contencioso Administrativo. Esto, justamente con el único interés de brindar una herramienta futura que le permita, al operador del derecho, garantizar al administrado una tutela judicial efectiva frente a una Administración que puede ejecutar por sí misma sus

decisiones, aún cuando sea evidente el detrimento que ello representa contra el administrado.

La hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación pretende demostrar lo siguiente:

Evidenciar que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo regula, de una manera efectiva, el contenido de las Medidas Cautelares; y que se está ante una verdadera justicia cautelar, más allá de la suspensión del acto.

En razón de lo anterior, se han planteado el objetivo general y objetivos específicos:

Objetivo General:

Plantear y analizar los nuevos y futuros escenarios, bajo los cuales se desarrollarán las diferentes solicitudes de tutela cautelar dentro del Proceso Contencioso Administrativo. El fin de determinar la posible línea jurisprudencial bajo la cual se están resolviendo y resolverán dichos supuestos y así brindar una herramienta futura que le permita al operador del derecho garantizar, al administrado, una tutela judicial efectiva frente a la administración.

Objetivos Específicos:

A) Realizar un estudio del tratamiento de las medidas cautelares en el ordenamiento costarricense, inmediatamente anterior de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

B) Estudiar el papel de la nueva legislación dentro del ordenamiento jurídico, en materia de Administración Pública y el tratamiento dado a la Tutela Cautelar.

C) Estudiar las particularidades del instituto de las medidas cautelares como forma de resguardo y garantía en la tutela efectiva de los derechos del administrado.

D) Analizar la amplitud de las medidas cautelares y los efectos anticipativos o innovativos de estas, en relación con los poderes del Juez, en el otorgamiento y aplicación de las mismas.

E) Examinar la importancia de la tutela cautelar como respuesta a los derechos e intereses de los administrados derivados del funcionamiento de la Administración.

F) Determinar los principales problemas de la aplicación de la tutela cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo, en relación con el interés público.

Para el desarrollo de la presente investigación se procederá con un análisis doctrinal y normativo de las nuevas tendencias de la Tutela Cautelar, para, finalmente, analizar el contenido de las Medidas Cautelares y los posibles escenarios prácticos, a la luz del nuevo

Código Procesal Contencioso Administrativo vigente en Costa Rica y así lograr determinar si efectivamente representa una innovación importante sobre el tema.

Como metodología de trabajo, se utilizarán diversas fuentes de recolección bibliográfica, con el objetivo de reunir y sistematizar la doctrina y jurisprudencia jurídica que se encuentre disponible sobre el tema, ya sea nacional o internacional, libros o publicaciones en revistas especializadas en la materia.

Posteriormente se procederá con la organización del material bibliográfico obtenido, mediante la elaboración de fichas bibliográficas, fichas de lectura y fichas de fuentes primarias o secundarias, para la recapitulación del tema por tratar.

Para el desarrollo de la presente investigación, se ha organizado el documento en tres títulos. En el primero se planterarán las generalidades sobre las medidas cautelares. Este título se encuentra subdividido en dos capítulos: el primero sobre los antecedentes, contexto, función, importancia y los diversos conceptos que ha planteado la doctrina en relación con las medidas cautelares; en el segundo capítulo se abordará la teoría de las medidas cautelares, al desarrollar sus características, presupuestos, tipos y sistemas existentes, en relación con la tutela cautelar en general.

El segundo título de la investigación, está dispuesto al desarrollo de la tutela cautelar en el derecho costarricense y comprende tres capítulos: el primero sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar en Costa Rica; el segundo versa sobre las medidas cautelares en la Ley General de la Administración Pública, la ya derogada Ley Reguladora

de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y el tercero se centrará en el tratamiento de las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

Finalmente, el tercer y último título de la presente investigación, se dedicará al análisis de la tutela cautelar, según los nuevos lineamientos planteados por el Código Procesal Contencioso Administrativo. Éste, comprende dos capítulos: el primero analizará el papel del juez dentro de la nueva tutela cautelar, el replanteamiento de sus poderes, límites y alcances, según el nuevo código. Finalmente, en el segundo capítulo, se plantean los nuevos supuestos de una tutela cautelar efectiva, mediante un análisis de su contenido anticipativo, innovativo y conservativo, así como de las manifestaciones y casos concretos que se han estado resolviendo en materia cautelar con la entrada en vigencia del nuevo código. Se finaliza con un planteamiento de algunas consideraciones prácticas, en relación con la aplicación de los nuevos supuestos cautelares, comprendidos en la legislación vigente.

**TÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS
MEDIDAS CAUTELARES**

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES Y CONCEPTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las Medidas Cautelares han ganado gran lugar e importancia dentro del mundo del derecho, especialmente por estar destinadas a brindar protección inmediata para aquellos que necesitan garantizarse una justicia eficaz, oportuna y verdadera, frente a todas las etapas de un proceso contencioso administrativo. Si bien es cierto, justo y con plena condición de igualdad para las partes, viene antecedido de un proceso en vía administrativa, en donde la Administración se ha posicionado en un lugar de privilegio, frente al administrado, potestades y beneficios procesales que no existen dentro del proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, antes de desarrollar a fondo el instituto de la tutela cautelar, es necesario referirse brevemente a sus antecedentes, causas determinantes y contexto que las envuelve. Esto, para posteriormente introducirse al concepto que la doctrina ha adoptado para la tutela cautelar, su función e importancia dentro del ordenamiento jurídico costarricense, específicamente a la luz del nuevo CPCA.

Sección Primera: Antecedentes y Contexto de las Medidas Cautelares.

a. Origen de las Medidas Cautelares.

El origen inicial del instituto cautelar, surge dentro del marco del derecho procesal civil, esta rama es donde la doctrina ha desarrollado su concepto y diversos elementos que la

componen. Estos términos pueden ser trasladados a los diversos escenarios procesales del derecho, dentro de los cuales el derecho administrativo no es la excepción.

Concretamente, la figura de las medidas cautelares han sido desarrolladas ampliamente por tratadistas italianos, españoles y argentinos, aunque, ciertamente, el concepto inicial nace dentro del Derecho Romano, cuyas significaciones fueron recopiladas a finales del siglo XIX, por autores alemanes.¹

En el Derecho Romano, no se regulaban las medidas cautelares, tal y como se conocen en la actualidad dentro de la doctrina; sin embargo, existían ciertos institutos parecidos que cumplían con funciones similares a las actuales.

Sobre el origen de este instituto, ELKIN, sostiene que: “ *la tutela cautelar, como principio jurídico procesal moderno, tiene sus orígenes o raíces en los interdictos de la ley romana. El Derecho Romano preveía la emisión de interdictos, o sea una especie de intervención judicial para la protección de intereses de propiedad y para prevenir la violencia, dirigidos a lograr la suspensión del conflicto*”².

En este mismo sentido, AGUIAR, menciona que: “*las medidas cautelares anudan con figuras equivalentes en el antiguo Derecho Romano, como la pignoris capio, las estipulaciones aseguratorias (stipulationes pretoriae) o la missio in possessionem;*

¹ Arias Ramírez (Bernal). **Las Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**, Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2005. Pág. 33.

² Elkin citado por Arias Ramírez (Bernal). **Las Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**, Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2005. Pág. 34.

instituida esta última como “medida conservatoria... en interés de los acreedores o de personas con derechos presuntos a una sucesión, que autoriza la detentación material de todo o parte de los bienes del causahabiente”³.

Finalmente, se ha logrado una adaptación del instituto de la tutela cautelar por parte de la doctrina moderna, gracias al estudio y recoplicación de la doctrina alemana; esta, fue continuada por la italiana, española y la argentina como se supracitó anteriormente.

b. Imposibilidad de una Justicia Inmediata y su relación con la Tutela Cautelar.

Con el transcurso del tiempo, la construcción doctrinal en torno a las medidas cautelares, se ha ido transformando – como otras muchas instituciones procesales –; se toma, como punto de partida, un hecho indudable de la realidad jurídica: la existencia del proceso.⁴

Justamente, la existencia de un proceso se traduce en un inevitable lapso temporal, que en muchas ocasiones trae efectos negativos para alguna de las partes, efectos que el propio ordenamiento jurídico intenta remediar.

Si bien es cierto, la duración del proceso constituye una garantía en sí mismo, ya que aumenta la seguridad en la aplicación del derecho en sus diversas etapas; en muchas ocasiones dicha aplicación de la justicia se hace de una manera lenta y tardía, circunstancias que hacen inefectiva la sentencia al momento de su finalización.

³ Aguiar citado por *Ibidem*. Págs. 34-35.

⁴ Ángeles Jové (María). **Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil**, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., primera edición, 1995. Pág. 13.

Se hace importante el principio conforme al cual *“todo acto debe tener su tiempo; este es uno de los principios fundamentales del proceso”*⁵. La actividad procesal, no es más que una concatenación de actos que suceden en el tiempo, de cuya suma se obtiene el proceso y mediante el cual se llega a dictar una sentencia definitiva.

Es a raíz de ese tiempo inevitable que toma la realización de cualquier proceso, que la tutela cautelar resulta importante dentro del mismo, ya que ese factor temporal resulta trascendental para los intereses de las partes, por cuanto influye de manera relevante en una tutela judicial efectiva a favor de los intereses de la parte victoriosa.

Entre el momento de la interposición de la demanda y el dictado de una sentencia, existe necesariamente un plazo de tiempo prudencial. Es, en virtud de ese lapso, que puede ocurrir una variación entre la violación del derecho y el efectivo reconocimiento del mismo, en sentencia. Por tal razón, se requiere de un instituto procesal razonable que garantice la futura eficacia de la sentencia.

Es así, como nace la figura de las medidas cautelares, con el objetivo de garantizar la eficacia práctica del fallo y así evitar cualquier intento de fraude procesal.

La doctrina, acertadamente, ha indicado que: *“la tutela cautelar constituye, entonces, un lenitivo al formalismo lento y mecánico del proceso ordinario de cognición . En fin, se*

⁵ Carnelutti citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 8.

requiere un proceso rápido que permita obtener pronto cuanto sería posible conseguir sólo al término de un largo y costoso proceso de cognición, un proceso que siga los vertiginosos ritmos y las urgentes exigencias de la vida social y económica de nuestros días. Es así como un buen sistema cautelar puede reducir los efectos nefastos de las dilaciones que impiden una rápida solución (al permitir la adopción de medidas dirigidas a lograr un resultado análogo al obtenible si la intervención jurisdiccional pudiera realizarse en el momento mismo de la demanda judicial)”⁶.

c. Crisis de la Justicia y su relación con la Tutela Cautelar.

Actualmente, estamos inmersos en un mundo de cambios drásticos, como resultado de una sociedad moderna, que con el respaldo de una realidad globalizada y con el amparo de medios tecnológicos de última generación, exigen acciones y soluciones rápidas, acertadas y acordes con el ritmo acelerado de la sociedad actual.

Hoy, es muy común encontrarse, dentro del desarrollo de la doctrina, amplios espacios sobre la crisis de la justicia. Es justamente esta realidad social, la que ha marcado el contexto de la función jurisdiccional dentro del ordenamiento jurídico mundial, contexto del que forma parte el ordenamiento costarricense.

⁶ Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 13.

Al respecto se puede concluir que *“tal crisis se traduce, preponderantemente, en la lentitud patológica de la justicia, por lo que se afirma que una justicia efectiva debe ser razonablemente solícita; una justicia lenta y tardía, es en realidad una no justicia”*⁷.

Resulta de gran importancia resaltar lo citado por GONZÁLEZ PÉREZ al respecto, *“una justicia que tarda en tramitarse varios años es sólo una caricatura de justicia...”*⁸.

Al referirse expresamente al proceso administrativo, es una realidad la crisis que se presenta dentro del ámbito contencioso administrativo. Esta, se constituye en consecuencias nefastas para la parte más débil y por lo tanto se traduce en un difícil e ineficaz acceso a la tutela judicial por parte del administrado.

Lo anterior, por cuanto *“la duración exorbitante del proceso, juega a favor de la administración, al fomentar la comisión de arbitrariedades y abusos, e incluso la negociación con el administrado en situación de absoluta desventaja de éste, que le obliga a aceptar, e incluso a convenir, acuerdos que ningún juez podría amparar”*⁹.

Ante este panorama, se puede citar como desencadenantes de la crisis de la justicia administrativa, los siguientes factores:

- *“La existencia de administraciones públicas complejas en punto a su organización y competencia.*

⁷ Ibidem. Pág. 14.

⁸ González Pérez citado por Ibidem, Pág. 14.

⁹ Ibidem. Pág 15.

De esta manera, se solucionaría, de algún modo, la problemática patológica por la que atraviesa el sistema de justicia administrativo costarricense; se combate, de forma directa, esa lentitud procesal inminente dentro de cualquier proceso.

Sección Segunda: Concepto de las Medidas Cautelares.

a. Concepto de las Medidas Cautelares.

Entendemos por medidas cautelares “(...) *aquellas resoluciones sumarias cuya función consiste en garantizar la eficacia o efectividad práctica de la sentencia de mérito, caracterizadas por su instrumentalidad en relación con el proceso principal y efectos provisionales, adoptadas en virtud de una cognición sumaria urgente, los presupuestos de su concesión son: el periculum in mora y el fumus boni iuris*”¹¹.

Asimismo, la doctrina ha establecido múltiples conceptos sobre el término medida cautelar.

El tratadista ORTIZ ORTIZ las define como “(...) *el conjunto de potestades procesales del Juez para resolver antes del fallo con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para su emisión y ejecución en beneficio de la parte victoriosa*”¹².

¹¹ Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 156.

¹² Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Pág. 268.

Por su parte, GONZÁLEZ CAMACHO las entiende como “(...) *aquella necesaria e idónea decisión provisional, adoptada por el Juez con anterioridad o durante el transcurso del proceso, dirigida a evitar un daño grave e irreversible para el recurrente, que ponga o pueda poner en peligro el objeto del proceso y hacer ilusorio el posterior triunfo de aquel por la imposible efectividad y eficacia de fallo favorable a sus intereses*”¹³.

Refiriéndonos a los tratadistas clásicos sobre la tutela cautelar, encontramos el concepto propuesto por CALAMANDREI, para quien “*las medidas cautelares constituyen la anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma*”¹⁴.

En igual sentido se expresa MARTÍNEZ BOTOS, al señalar “(...) *que la medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*”¹⁵.

Podemos manifestar, que la doctrina ha expuesto como objeto principal de las medidas cautelares, el fin de garantizar los efectos de la futura sentencia; se obtienen estos de una manera provisional, comprendiendo en muchas ocasiones, algunos efectos futuros. O, bien,

¹³ González Camacho (Oscar). **La Justicia Administrativa Medidas Cautelares Positivas Tomo III**, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 18.

¹⁴ Calamandrei citado por González Camacho (Oscar). **La Justicia Administrativa Medidas Cautelares Positivas Tomo III**, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 15.

¹⁵ Martínez Botos (Raúl). **Medidas Cautelares**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1996. Pág. 56.

se mantienen las circunstancias o estado actual de las cosas necesarias, para lograr la aplicación real de la sentencia y, por ende, una verdadera obtención de justicia por parte del victorioso; se evita, con esto, una agresión directa sobre el derecho o la pretensión del administrado dentro del proceso.

En relación con el concepto en estudio, la Sala Constitucional en su voto número 3929 del año 1995, las definió acertadamente de la siguiente forma:

“(…) Las medidas asegurativas o cautelares según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello pueden conceptualizarse como un conjunto de potestades procesales del juez – sea justicia jurisdiccional o administrativa – para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final(…)”¹⁶.

b. Función de las Medidas Cautelares.

De una manera sencilla y concreta, se puede establecer que las medidas cautelares tienen, por función principal, garantizar, de manera provisional, la eficacia de la sentencia definitiva, para que en el momento procesal en que se determine el fallo del proceso, éste no constituya un conjunto de derechos plasmados en el papel y que por el contrario se puedan hacer efectivos tal y como se consigne al momento de dictar la sentencia.

¹⁶ Sala Constitucional, Voto número 3929 de las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

La medida cautelar tiene como fin último, asegurar que la justicia logre el cumplimiento eficaz de su cometido. En la consecución de su objeto, tiende a impedir que la sentencia que pone fin al proceso, se convierta en ilusoria, por el contrario, permite que dicha condena se cumpla a cabalidad según lo ordenado por el órgano jurisdiccional a cargo.

Asimismo, en relación con el proceso administrativo, debemos establecer, como función accesorio, el restablecimiento del equilibrio entre las partes que participan del proceso contencioso administrativo. Se entiende como un equilibrio entre las amplias y muchas veces, excesivas facultades de la administración, contra los derechos y garantías fundamentales del administrado.

Desde un sentido más formalista, se puede dividir la finalidad de las medidas cautelares en dos sentidos; desde una perspectiva objetiva, *“la función de la tutela cautelar consiste en garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia, utilidad o actuación de la sentencia definitiva o de mérito”*¹⁷.

Sobre esta perspectiva objetiva de la tutela cautelar, la Sala Constitucional en su voto número 3463 del año 1993, recogió lo siguiente:

“(...)Estas medidas son ejercidas por los tribunales de justicia, con la finalidad de posibilitar la actuación del derecho, es decir, con el propósito de asegurar efectivamente el

¹⁷ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 55.

resultado del proceso...tienden a crear la certeza necesaria para que el eventual reconocimiento de un derecho en una sentencia definitiva pueda hacerse efectivo”¹⁸.

Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva, *“se indica que la tutela cautelar lo que garantiza es la integridad o satisfacción anticipada y provisional del derecho subjetivo o situación jurídica sustancial deducida durante la pendencia del proceso”¹⁹.*

Por su parte, en el ámbito del la jurisdicción contencioso administrativa, también se ha reconocido ampliamente la función que la tutela cautelar tiene dentro del proceso, así el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera en su voto número 402 del año 1995, dispuso:

“La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo... tiene como función primordial garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia o cumplimiento in natura de la sentencia de mérito, merced a la lentitud patológica del proceso ordinario...”²⁰.

c. Importancia de las Medidas Cautelares.

La importancia del instituto cautelar, radica en la posibilidad de ofrecer una tutela judicial efectiva, dentro de las distintas situaciones jurídicas sustanciales que se presentan dentro del proceso jurisdiccional respectivo.

¹⁸ Sala Constitucional, Voto número 3463 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del veinte de julio de mil novecientos noventa y tres.

¹⁹ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 57.

²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Voto número 402 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Asimismo, la figura de la tutela cautelar se constituye en un aliado trascendental del administrado, al permitirle posicionarse en un estado de igualdad dentro del proceso contencioso administrativo, situación contraria a los privilegios, superioridad y comodidad procesal que la Administración Pública ostenta a la hora de enfrentar al administrado, en un proceso en vía administrativa.

Si bien es cierto, con la implementación del nuevo CPCA se busca reducir la desigualdad entre la administración y el administrado dentro del contencioso administrativo. Lo cierto del caso es que en la vida práctica, la administración seguirá ostentando ciertas atribuciones y beneficios que le otorgan cierto grado de ventaja sobre el administrado, al menos en la vía administrativa. Justamente es en este sentido, donde una efectiva tutela cautelar, como la que plantea el nuevo CPCA, resulta vital para lograr un alto grado de efectividad y de eficacia, en la aplicación de la justicia, según el principio de una tutela judicial efectiva.

Al respecto, JINESTA LOBO ha manifestado, en relación con la importancia de la tutela cautelar, que *“su relevancia radica en constituir un baremo del grado de efectividad y eficacia de la tutela jurisdiccional la cual le permite al administrado colocarse en pie de igualdad frente a los desequilibrantes privilegios de la Administración”*²¹.

²¹ Jinesta Lobo (Ernesto), **La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, San José, Costa Rica, Editorial Guayacan, primera edición, 1999. Pág. 169.

Asimismo, resulta relevante retomar el análisis del instituto cautelar a la luz del tiempo natural que se debe invertir en la tramitación de cualquier proceso, para lograr culminar con la declaración de algún derecho en sentencia.

Es en razón, de ese inevitable plazo que debe transcurrir para el desarrollo del proceso jurisdiccional, que toma importancia una correcta aplicación de las medidas cautelares. Estas, permiten asegurar una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional frente a la Administración Pública, dado que un mal o buen funcionamiento de dicho instituto, va a determinar que ese tiempo invertido sea útil o por el contrario totalmente perdido por parte del administrado.

Definitivamente, se puede establecer que la importancia del instituto cautelar, radica en una relación actual y de enorme trascendencia para el ordenamiento jurídico, ya que tenemos en el CPCA un nuevo instituto de medidas cautelares, que permite una gran oportunidad para lograr salvaguardar a la justicia de su grave crisis, ocasionada en muchas ocasiones por el excesivo tiempo que debe transcurrir desde la interposición del proceso y la consecución de la sentencia; ocasionando que las resoluciones judiciales no puedan satisfacer efectivamente la pretensión del vencedor del proceso y, por ende, resultando el mismo en una estafa procesal y sobre todo en un engaño a la verdadera justicia.

Al llegar a este punto, se puede retomar lo citado por el tratadista GONZÁLEZ PÉREZ, en su frase *“una justicia que tarda en tramitarse varios años es sólo una caricatura de*

*justicia*²². Se logra, con estas palabras, retratar de una manera clara y firme, la importancia que representa la figura de la tutela cautelar dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, al brindársele al órgano jurisdiccional la oportunidad de utilizar como herramienta de la justicia, un conjunto de medidas cautelares que permitan paliar ese transcurso de tiempo entre la interposición del proceso y la sentencia del mismo; se garantizan, con estas, la efectividad y la eficacia de lo fallado.

²² González Pérez citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 14.

CAPÍTULO SEGUNDO: TEORÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una vez planteadas algunas generalidades y conceptos de las medidas cautelares, es necesario, hacer una breve reseña sobre la teoría general de la tutela cautelar, que comprende características, presupuestos, tipos y sistemas; estos, han encontrado, en la doctrina, un amplio desarrollo.

Sección Primera: Características de la Tutela Cautelar.

La Tutela Cautelar presenta una serie de características intrínsecas; dentro de ellas están: Instrumentalidad, Provisionalidad, Urgencia y Summaria Cognitio.

a. Instrumentalidad.

Se entiende por instrumentalidad, aquella función de la medida cautelar de garantizar la efectividad y cumplimiento, de la sentencia del proceso principal, en beneficio de la parte victoriosa del mismo.

Se entiende que la medida cautelar no es *“nunca fin en sí misma, en cuanto tiene únicamente por objeto contribuir al mejor éxito de la providencia principal”*²³. Lo que no tiene otro significado, más que servir a la resolución de fondo del proceso y garantizar su eficacia y utilidad práctica, a la hora de obtener el derecho requerido por la parte ganadora.

²³ Calamandrei citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 105.

Las medidas cautelares son instrumentales²⁴ por cuanto constituyen un instrumento del instrumento; es decir, nacen a la espera de una decisión final y definitiva del proceso. Se garantiza de manera previa la efectividad práctica de la sentencia, de modo que esta resulte útil y real para la parte beneficiada.

Según lo ha señalado DI IORO, *“las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse”*²⁵.

Dicha característica implica la existencia de un proceso principal, pendiente de resolver; es decir, se adoptan en aquellos supuestos en los cuales ya se ha iniciado un proceso entre las partes. Sin embargo, también existe la posibilidad de algunas condiciones y supuestos excepcionales, en donde se admiten las medidas cautelares antes de iniciado el proceso²⁶. Para tales supuestos, la efectividad de la medida tomada, está sujeta a la iniciación de un proceso dentro de un plazo determinado, pues de no entablarse el mismo, la medida quedaría tácitamente revocada, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento al respecto.

Otro aspecto relevante de aclarar, sobre la instrumentalidad de la medida cautelar, es que están destinadas a extinguirse independientemente del resultado final del proceso; esto, justamente debido a que su objeto radica en servir como un instrumento, para garantizar la efectividad de lo que se resuelva en el juicio.

²⁴ Característica que se ha denominado con distintas palabras como subsidiariedad y anticipación.

²⁵ Di Ioro citado por Martínez Botos, *op. cit.*, Págs. 70 - 71.

²⁶ Denominadas medidas “ante causam”.

Dicha condición de extinción con la finalización del proceso tiene su objeto. No tiene sentido mantener una medida provisional si se ha decretado la desestimación del proceso principal al que le servían de instrumento; o bien, si por el contrario se obtuvo un fallo favorable dentro del proceso, al entrar en ese momento a regir las reglas de su ejecución.

Al examinar lo planteado anteriormente, se podría afirmar que dichas medidas, al ser accesorias al proceso principal, corren su misma suerte; es decir, si se ha decretado la inadmisibilidad, archivo, caducidad o desestimación del proceso, la medida cautelar existente debe concluir con sus efectos, de manera inmediata.

Sobre el contenido que la jurisprudencia le ha otorgado a la instrumentalidad de las medidas cautelares, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en su voto número 205 del año 1999, dispuso lo siguiente:

“(...) Su función es garantizar la fiel y completa efectividad del fallo del proceso principal, en beneficio de la parte victoriosa en éste. La medida cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que, necesariamente, está vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (e incluso al proceso mismo), por la función de asegurar su efectividad práctica(...)”²⁷.

b. Provisionalidad.

²⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Voto número 205 de las diez horas con treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Sobre la provisionalidad de las medidas cautelares, dicha característica es comunmente implícita con la instrumentalidad, según algunas fuentes de la doctrina. Sin embargo, se toma como una característica separada de la instrumentalidad, por cuanto la tutela cautelar es provisional, debido a su carácter instrumental al proceso; es decir, la medida cautelar no es definitiva porque ésta debe su existencia en función de un proceso jurisdiccional y a su vez por deberse a una sentencia que la extinguirá, no puede tener un carácter definitivo.

Se entiende que la medida cautelar es provisoria²⁸, hasta que no se declare la sentencia definitiva; antes de esto, garantizará la estabilidad de la situación jurídica tutelada y por ende la eficacia de la futura sentencia.

Con base en lo anterior, se entiende que la provisoriedad de las medidas cautelares consiste, en la eficacia de la tutela cautelar temporal, limitada al lapso de tiempo necesario entre su declaración y el dictado de la sentencia. Esto implica que con el inicio de sus efectos, se deben terminar los efectos de las medidas cautelares.

La provisoriedad de la tutela cautelar representa la posibilidad de ser modificada y revocada, según las circunstancias de cada caso en particular. Lo anterior, por cuanto las medidas cautelares se otorgan y producen un efecto determinado, según la valoración de las

²⁸ Importante hacer la distinción entre provisoriedad y temporalidad realizada por Calamandrei. Así temporal versa sobre aquello que no dura siempre, algo que independientemente de que suceda algún evento o causa, tiene en sí mismo una duración limitada. En cambio provisorio, comprende aquello que esta destinado a durar hasta que suceda algún evento o hecho sucesivo, en vista del cual el estado de provisoriedad subsiste en el tiempo hasta que no se de el hecho esperado. Calamandrei citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 110.

circunstancias y presupuestos que fundaron su declaración. Ahora bien, una vez que dichas circunstancias o presupuestos cambian, puede producirse una modificación o variación en la tutela cautelar necesaria, para garantizar la eficacia de la sentencia.

A esta posibilidad de variación y modificación de la tutela cautelar, la doctrina ha desarrollado un concepto denominado “eficacia rebus sic stantibus”²⁹, pues la tutela cautelar está destinada a permanecer y transformarse si las circunstancias del proceso lo requieren.

En cuanto a las implicaciones que dicha provisionalidad trae al instituto de la tutela cautelar, la propia jurisprudencia ha reconocido que la eficacia de dichas medidas se agota al momento de dictarse la sentencia final, característica que trae de manera intrínseca la posibilidad de modificación o revocación conforme al principio de eficacia rebus sic stantibus supracitado.³⁰

Se puede citar lo establecido por la Sala Constitucional en su voto número 2459 del año 2003, en relación con la provisionalidad de la tutela cautelar:

²⁹ Sobre dicho principio, fue propuesto inicialmente por Cicerón, quién establecía que dicho principio es una “abreviación de la frase *“contractus qui habent tractum sucesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”* y que *“procede de la doctrina y, sobre todo de la práctica forense de los tiempos mediavales, que consideraban sobrentendida siempre en los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo dicha cláusula, por virtud de la cual, si sobrevenía un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podía el obligado resolver el contrato que se le había hecho demasiado oneroso”*. Cicerón citado por Brenes Arias Tatiana (1998). **Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José Costa Rica : Universidad de Costa Rica. Pág. 43.

³⁰ Ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Voto número 402 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

“IV. (...) En lo relativo a su indole instrumental, debe indicarse que es instrumento del acto final, cuya efectividad garantiza provisionalmente, lo cual determina su subordinación y accesoriedad del proceso principal... Así las cosas, cuando un órgano administrativo adopta una medida cautelar no existe ninguna justificación o razón para que le fije un término a la misma, puesto que, su cese se produce cuando se dicta el acto final o bien, por su carácter intrínsecamente modificable (eficacia rebus sic stantibus), cuando se produce una mutación de las circunstancias que justifican su modificación o levantamiento”³¹.

c. Urgencia.

En razón de las premuras bajo las cuales se rige la sociedad actual, se requiere de un instituto cautelar rápido y efectivo, ya que el factor tiempo es un detonante importante a la hora de garantizar la eficacia del proceso y por ende un verdadero acceso a la justicia.

Ante las circunstancias anteriores y la realidad socio económica que envuelve el proceso jurisdiccional para las partes, en innumerables ocasiones se requiere de una tutela cautelar urgente como única y eficaz medida, para garantizar el éxito de la sentencia. Esto, por cuanto se busca evitar causar un daño o perjuicio, que podría ser irreparable para la parte ganadora por más futura indemnización posible.

Sobre el tema, la doctrina ha establecido que *“la urgencia presupone dos exigencias fundamentales que son las siguientes: a) evitar que se cause un daño o perjuicio y b) para*

³¹ Sala Constitucional, Voto número 2459 de las diez horas con trece minutos del veintiuno de marzo de dos mil tres.

*lograr tal fin se derogan una serie de reglas generales que operan en circunstancias normales*³².

Dichas expresiones de urgencia dentro del proceso son manifestadas con la declaración de los siguientes tipos de medidas cautelares:

c. 1 Medidas Cautelares “ante causam”:

Al respecto, la doctrina ha planteado la posibilidad de permitir el establecimiento de medidas cautelares solicitadas antes de entablado el proceso principal. Esta situación es realmente excepcional debido a que la apariencia de buen derecho y la prueba suficiente para determinar la necesidad de las mismas, depende en gran porcentaje de la demanda y los documentos que con ésta se acompañen.

Importante mencionar, que esta posibilidad se plantea en aquellas circunstancias en donde existe un peligro real e inminente, de causar un daño grave al sujeto activo; este daño al momento de interponer el proceso, no permitiría lograr una futura sentencia eficaz.

Es en razón de la función e instrumentalidad misma de la medida cautelar, que se admite esta posibilidad de medida ante causam; se establece la necesidad de iniciar el proceso principal dentro de un término de tiempo muy breve, previamente fijado por la ley o por el mismo juez.

³² Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 118.

Concretamente, en el ordenamiento jurídico costarricense tal posibilidad está regulada en el CPC, en su artículo 241 y 243. Estos, establecen la posibilidad de solicitar una medida cautelar antes de instaurado el proceso. Queda la continuidad de la misma, sujeta a la presentación del proceso principal, dentro de un plazo de un mes; esto, es contado desde la fecha de otorgamiento de la medida cautelar.³³

Recientemente, con la entrada en vigencia del nuevo CPCA, el artículo 26 regula la posibilidad de decretar medidas cautelares antes de iniciado el proceso. Queda la continuidad de la medida, sujeta a la presentación del proceso principal, dentro de un plazo de quince días, contabilizado desde el momento de la notificación del otorgamiento de la medida cautelar.³⁴

c.2 Medidas Cautelares “inaudita altera parte”:

Se entiende por medidas “*inaudita altera parte*”, aquellas que son instauradas dentro del proceso sin dar audiencia a la parte afectada y, por ende, con la postergación del contradictorio, para un momento procesalmente oportuno. Se constituye con la misma, un instrumento cautelar de suma velocidad e incidencia dentro de los efectos de garantía, que se buscan con este tipo de medidas.

³³ Véase *infra*, Págs 94 a 101.

³⁴ Véase *infra*, Págs 137 a 139.

Tales medidas, son establecidas por el juez, por motivos de máxima urgencia, dentro de los cuales se destacan, la necesidad de garantizar la eficacia de la propia medida cautelar decretada. De poner en conocimiento, previo al sujeto pasivo, daría la posibilidad de distraerse de los efectos buscados con la medida.

Se debe manifestar la relevancia que tiene el factor sorpresa, para lograr el aseguramiento de los resultados, que se requieren con la aplicación de estas medidas *inaudita altera parte*.

En relación con el ordenamiento jurídico costarricense, existe regulación que permite la declaratoria de este tipo de medidas, tanto en la anterior LRJCA, que en su numeral 91.4 establecía la posibilidad de decretar la suspensión del acto sin conocimiento previo del sujeto pasivo³⁵, así como en el nuevo CPCA, que en su artículo 25 insta la oportunidad de declarar alguna medida sin dar audiencia a la parte afectada en casos de “extrema urgencia”³⁶; resulta relevante el concepto que podamos entender por extrema.

c.3 Medidas Cautelares Provisionalísimas:

Sobre la posibilidad de declarar medidas provisionalísimas al momento de analizar la interposición de una medida cautelar, es importante citar que estas son un instrumento de la propia cautela, es decir su instrumentalidad es de tercer grado en relación al proceso y la garantía de efectividad que se busca con las medidas cautelares; esta circunstancia implica un grado de provisionalidad más recalcado al momento de su interposición.

³⁵ Véase *infra*, Págs 82 y 83.

³⁶ Véase *infra*, Págs 135 a 137.

Sobre el procedimiento por seguir, al momento de su otorgamiento, resulta evidente que tales medidas tienen carácter provisionalísimo, mientras se decreta la medida cautelar requerida. Asimismo, las medidas provisionalísimas pierden su efecto al momento de adoptarse la principal, sea por el levantamiento o la modificación que la nueva medida comprende.

Sobre el tema, el nuevo CPCA, en su artículo 23, dispone al órgano jurisdiccional la potestad de ordenar de manera inmediata las medidas provisionalísimas necesarias, con el fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente.³⁷

d. Sumaria Cognitio.

Se entiende como sumaria cognitio³⁸, como aquella característica estructural de la medida cautelar, que implica un juicio de verosimilitud de los hechos y no una determinación completa y absoluta, ocasionándose con esto una leve afectación al principio de igualdad y contradictorio dentro del proceso.

Sobre la sumariedad, esta es entendida por SERRA DOMÍNGUEZ como *“la limitación del conocimiento judicial a la apreciación de las circunstancias y presupuestos precisos para*

³⁷ Véase *infra*, Págs 139 a 141.

³⁸ Denominada también como *prima facie cognitio* o *condición sumaria*.

*la adopción de la medida cautelar*³⁹; esta, se caracteriza por la falta de audiencia al sujeto pasivo del proceso.

Con lo anterior se manifiesta, que el conocimiento sumario en la cognición de los hechos a la hora de interponer la medida cautelar, tiene su razón de ser en la celeridad y urgencia que puede representar el peligro en la demora, dado que de entrar en un conocimiento profundo sobre la verdadera existencia del derecho alegado, se entraría a fallar el fondo del asunto sin ser requerida la declaración de una protección cautelar dentro del proceso.

Es por lo anterior, que para declarar una medida cautelar bastará una verosimilitud o probabilidad de éxito del proceso. Esta valoración se obtiene luego de una breve y superficial valoración de las circunstancias; se deja la cognición plena y profunda para la sentencia principal.

Es requisito fundamental de la *summaria cognitio*, la comprobación de los presupuestos de la tutela cautelar. Se entiende el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho en lo solicitado; estos deben ser comprobados por el órgano jurisdiccional al momento de otorgar la medida cautelar.

En consecuencia, de esa cognición sumaria que realiza el juez al momento de otorgar una medida cautelar, es muy normal la sensación de miedo e inseguridad experimentada por el juzgador al adoptar la medida dentro de un ámbito de incerteza probatoria y falta de

³⁹ Serra Dominguez citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 123.

contradictorio; estas circunstancias, a su vez, son propias de algunos supuestos de la tutela cautelar.

Ante estas circunstancias, la fundamentación de las medidas otorgadas, resulta primordial, para lograr una garantía en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que ostenta el juez dentro del proceso; ya que una motivación acompañada de conceptos legales, principios generales y constitucionales de derecho, responden a las exigencias del estado social de derecho por el cual se rige el ordenamiento jurídico costarricense.

Sección Segunda: Presupuestos de la Tutela Cautelar.

Corresponde en esta sección, plantear una introducción sobre aquellos presupuestos necesarios de analizar, al momento de interponer una medida cautelar.

Es importante, declarar la existencia del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, como los presupuestos esenciales de la tutela cautelar. Asimismo, se toma la caución o contracautela como un presupuesto de dicho instituto, según lo que ha desarrollado la doctrina dentro del proceso civil. Sin embargo, tal y como se analizará posteriormente, dentro del proceso contencioso – administrativo, la caución no se puede tener como presupuesto esencial con motivo de las particularidades y la naturaleza misma de este proceso.

a. *Periculum in mora*.

Dadas las circunstancias que acompañan al administrado a la hora de resolver un conflicto con la administración, es una realidad que entre el momento de interponer un proceso y la obtención de una sentencia estimatoria, debe transcurrir un lapso considerable; tiempo que en muchas ocasiones recae en la necesidad de que el propio órgano jurisdiccional a cargo, dicte una medida cautelar que busque evitar que la eventual sentencia, se traduzca en ineficaz para el sujeto activo y, por ende, ocasionar un daño de difícil o imposible indemnización.

Ante esto, definimos que el *periculum in mora* es “*específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retraso en la obtención de la resolución definitiva. Por tanto, aparecen delimitados los dos elementos configuradores de este presupuesto; la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso*”⁴⁰.

Entendemos que el peligro en la demora consiste, en el temor fundado que tiene el sujeto activo, de que la situación jurídica solicitada resulte dañada o gravemente perjudicada, a tal punto de ser irreparable, una vez transcurrido el tiempo necesario para lograr el fallo principal.

Importante resaltar, que doctrinariamente se ha establecido dicho presupuesto como básico y central de la tutela cautelar, presupuesto sobre el cual gira su existencia misma como respuesta de garantía ante la presencia de un daño grave e irreversible, producido por la demora del proceso.

⁴⁰ Ángeles Jové (María), *op. cit.*, Pág. 57.

Sobre el concepto jurisprudencial que se ha otorgado al *periculum in mora*, se puede citar lo definido por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera en su voto número 402 del año 1995:

“IV. (...) El periculum in mora, consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar sentencia principal. Síguese de lo anterior, que el periculum in mora requiere la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena(...)”⁴¹.

Asimismo, la doctrina ha logrado diferenciar dos tipos de *periculum in mora*; esta diferencia representa un gran valor al momento de distinguir los tipos de medidas cautelares aplicables, según las circunstancias concretas:

a.1 Peligro de Infructuosidad o Inutilidad de la Sentencia Principal:

Peligro que se “produce cuando durante el desarrollo del proceso, se pueden verificar hechos que hacen imposible, o de cualquier modo, extremadamente difícil la efectividad concreta de la futura sentencia principal. En este presupuesto lo urgente es asegurar preventivamente los medios idóneos para hacer que la sentencia, cuando sea dictada, sea

⁴¹Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Voto número 402 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

en la praxis útil y eficaz, esto es, fructífera (...) En este caso el periculum in mora se combate mediante la congelación o cristalización de la situación de hecho o de derecho, durante el tiempo necesario para que se dicte la sentencia”⁴². (El resaltado no es del original).

a.2 Peligro en la Tardanza o Retardo de la Sentencia de Fondo:

Dicho peligro se pone de manifiesto “cuando la mera duración del proceso, con la prolongación del estado de insatisfacción del derecho del actor, puede perjudicarlo; es decir el peligro reside en la satisfacción tardía de la situación jurídica sustancial (...) Aquí por lo tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito (...) que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzosa, el derecho que provisionalmente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal”⁴³. (El resaltado no es del original)

Sobre la diferencia de los dos tipos de peligros en la demora, se puede concluir que en el primero, el peligro de infructuosidad de la posible sentencia se constituye en una causa indirecta del daño; mientras que en el segundo, el peligro en la tardanza de la sentencia de fondo constituye una causa directa del perjuicio ocasionado al sujeto activo del proceso.

⁴² Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 132.

⁴³ *Ibidem*. Págs 132 – 133.

Finalmente, se debe hacer referencia al principio de *“bilateralidad del periculum in mora”*; éste establece que el juez, al momento de apreciar el periculum in mora, debe realizar una ponderación entre el interés del sujeto activo, sujeto pasivo y terceros; ya que estos dos últimos podrían sufrir un daño de mayor magnitud que el del primero. Razón por la cual, se debe realizar una comparación de los eventuales beneficios y perjuicios para todas las partes y conceder la medida requerida, en aquellos supuestos en los que el daño podría ser mayor para el solicitante, que el sufrido por la contraparte y cualquier tercero.

Sobre este principio de valoración de los intereses de las partes, la doctrina ha establecido una discusión interesante en relación con el interés público. Se establece que tal valoración *“no puede implicar una potenciación o prevalencia del interés público, pues como ha señalado García de Enterría la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar no están condicionadas o excepcionadas por la prevalencia o no de un interés público o razón de Estado cuya titularidad detenta la Administración, o lo que es igual, ningún interés público puede llegar al límite de sacrificar la tutela efectiva que comprende la tutela cautelar”*⁴⁴.

Justamente, sobre el mismo tema de la valoración del interés particular frente al interés público, se puede llegar a la conclusión de que la administración únicamente podrá interponerse al interés del administrado, al momento de solicitar una medida cautelar, en aquellos supuestos en donde el daño a los intereses generales, sean cualitativamente y cuantitativamente mayores que el beneficio que pueda obtener el administrado de dicha medida cautelar.

⁴⁴ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 137.

b. *Fumus boni iuris*.

El *fumus boni iuris*, es entendido como la apariencia de buen derecho al momento de plantear el proceso; es una probabilidad de acogimiento de la demanda principal, misma que se obtiene, “(...) *a partir de un examen tanto de los aspectos formales de admisibilidad de la misma demada en el juicio principal, como de sus aspectos de fondo atinentes al otorgamiento o denegación de lo pedido. La medida cautelar puede otorgarse sólo si, hecho ese exámen, se concluye en que es probable o cierto que la demanda principal será acogida. Esto implica obviamente una anticipación de juicio, justificada en la medida en que es necesaria para proveer la petición cautelar(...)*”⁴⁵.

Asimismo, GONZÁLEZ PÉREZ, define que el *fumus boni iuris* como presupuesto de la medida cautelar “(...) *debe ser una exigencia ineludible de la legislación procesal, esto es, que la pretensión parezca bien fundada ... el juez debe cuidarse ... de no conceder medidas cautelares a favor de quien formula una pretensión que se presenta con evidente falta de fundamento. Así debe hacerse, aunque no existe precepto expreso que lo diga, pues viene impuesto por la naturaleza misma de las medidas cautelares (...)*”⁴⁶.

Sobre el tema, la doctrina ha discutido ampliamente la necesidad de definir si con la interposición de la demanda, se debe analizar la pretensión como admisible y bien

⁴⁵ Ortiz Ortiz (Eduardo). *Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)*, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Págs. 272 - 273.

⁴⁶ González Pérez citado por Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 138.

fundamentada, para poder tener una apariencia de buen derecho; o, si por el contrario, bastará una apariencia como impresión provisional y preliminar para otorgar la medida, es decir, si bastará con que tal pretensión no aparezca como infundada para tener por efectivo el *fumus boni iuris*.

Concretamente, se debe entender que tal apariencia de buen derecho no debe interpretarse como una comprobación a fondo sobre lo pretendido por el demandante, sino tan solo verificar que tal pretensión no sea descabellada ni mucho menos temeraria, de modo tal que se garantice que la medida a interponer, no se va a constituir en un perjuicio innecesario a la administración o cualquier tercero, si no existe alguna posibilidad de éxito en la pretensión aludida por el sujeto activo.

Como aporte a la tesis antes expuesta, se puede citar el voto número 205 del año 1999, en donde el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda dispuso:

“(...) 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 solo 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”⁴⁷.

⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Voto número 205 de las diez horas con treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Al momento de realizar el análisis inicial, sobre la situación jurídica sustancial que se pretende cautelar, el juez a cargo, en razón de la urgencia y sumariedad requerida, deberá comprobar una apariencia de buen derecho o un análisis de verosimilitud⁴⁸ que le permitan fundamentar objetivamente las medidas otorgadas.

Es justamente, al momento de realizar ese juicio de verosimilitud, en donde se puede precisar con exactitud, que la pretensión solicitada ofrezca verdaderos indicios de probabilidad y seriedad en relación con la posible sentencia principal del proceso.

En relación con la manera de probar la apariencia de buen derecho dentro del proceso, *“(...) la ley autoriza al juez a conformarse con un juicio de verosimilitud fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie”*⁴⁹.

Finalmente, la doctrina ha establecido algunos supuestos de claras manifestaciones concretas de *fumus boni iuris*, dentro del proceso contencioso administrativo, en donde la apariencia de buen derecho puede deducirse: de la buena fundamentación y seriedad de las pretensiones solicitadas, sea al momento de interponer la demanda o al momento de solicitar la medida para el caso de las medidas ante causam; ante la falta de seriedad en la contestación del proceso por parte de la administración; ante el silencio administrativo;

⁴⁸ Sobre este principio, es importante hacer la distinción entre juicio de verosimilitud y juicio de verdad, entendiendo que el de verosimilitud tiene un carácter instrumental en relación al proceso, mientras que el de verdad constituye uno de carácter final. Asimismo, el juicio de verosimilitud se refiere a un análisis en el momento inicial del proceso, en el que la parte alega y afirma su pretensión; mientras que el juicio de verdad se refiere a un análisis al momento en el que la parte debe de probar los hechos, es decir sobre el análisis probatorio que permitirá poner fin al proceso mediante sentencia.

⁴⁹ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 144. Asimismo, podemos entender por *prueba prima facie*, como aquella primera valoración sobre las circunstancias, hechos y elementos que se cuentan dentro del proceso, permitiéndose con tal valoración realizar una mera aproximación de lo que podría contenerse en la sentencia de fondo.

ante la tardanza o caso omiso de la administración de enviar el expediente administrativo; y en último lugar; ante la apariencia de nulidad absoluta del acto administrativo recurrido o de la misma actuación de la administración.

c. Caución.

El instituto de las medidas cautelares, surge con la finalidad de garantizar la efectividad real de la sentencia de fondo. Se evita con estas, aquellos daños de difícil o imposible reparación, que pudieran surgir con el transcurso del tiempo mientras se resuelve el proceso de fondo. Todo esto, de conformidad con el principio de un acceso a la justicia pronta y cumplida, según lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica. Sin embargo, es una realidad que la declaratoria de medidas cautelares tiene inmerso un riesgo o margen de error que puede afectar el interés público o de algún tercero.

Ante este riesgo de error, constituido por la rapidez y urgencia con que se declaran las medidas cautelares, el sujeto activo beneficiado de las mismas, debe responder sobre los futuros daños y perjuicios ocasionados a la administración o un tercero.

Es justamente de esa peligrosidad a la hora de declararlas y de la responsabilidad del sujeto beneficiado por la medida, que nace a la vida jurídica la figura de la caución, entendida como un medio de garantía que se impone a las partes o terceros, relacionados con el proceso principal, cuya finalidad misma no es otra más que rendir garantía sobre los posibles daños ocasionados en caso de no obtener una sentencia favorable.

Asimismo, parte de la doctrina ha establecido como característica de la caución, su finalidad de reestablecer el equilibrio o igualdad entre las partes. Sin embargo, tal presupuesto resulta cuestionable dentro del proceso contencioso administrativo, al existir una desigualdad inicial, como es el caso del administrado que se ve enfrentado a una administración que goza de ciertos privilegios y situaciones de poder. Esta desigualdad se pretende estabilizar al momento de declarar una medida cautelar; esta es la razón por la cual, con la interposición de una caución como condición de la medida cautelar, se estaría volviendo a ese estado de desigualdad originario entre las partes del proceso.

En relación con esa finalidad, es de total aceptación la tesis doctrinaria que establece que la caución, *“(...) también puede, en condiciones de igualdad originaria de las partes, ser instrumento disuasorio de medidas cautelares solicitadas temerariamente o de mala fe, sin fundamento racional y serio, con la finalidad de perjudicar al sujeto pasivo”*⁵⁰.

Lo anterior, debido a que un sistema cautelar eficaz, propicia la utilización abusiva y desmedida de la tutela cautelar, *“(...) de aquí la importancia de que la ley establezca garantías eficaces frente a quien usa indebidamente las medidas cautelares”*⁵¹.

Sobre la naturaleza jurídica de la caución, se debe aclarar que, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, no se constituye como un presupuesto obligatorio para el otorgamiento de la medida cautelar; por el contrario, se trata de una facultad potestativa del órgano jurisdiccional de otorgarla y definir sus condiciones.

⁵⁰ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 151.

⁵¹ González Pérez citado por *Ibíd.*, Pág. 151.

Así, el CPC numeral 242, la LRJCA artículo 93.1 y el nuevo CPCA numeral 25, han regulado la figura de la caución como una facultad discrecional del juez, según las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

Ordenación que cumple, con la necesidad de que en el proceso administrativo no funcione como presupuesto, ya que de ser así, se estaría limitando gravemente la tutela cautelar efectiva, al existir una evidente situación de desequilibrio originaria, entre las partes del proceso.

Sobre este punto en particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, ha señalado que la caución no puede constituir presupuesto obligatorio en el proceso contencioso administrativo ya que *“la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de autotutela creando ella misma, unilateralmente... la situación posesoria que el recurso contencioso intenta remover”*⁵².

Sobre la necesidad de interponer una contracautela, al momento de decretar una medida cautelar, es necesario realizar un breve análisis del perfil constitucional de este presupuesto y su relación con el proceso contencioso administrativo. Esto, al tenerse como posibilidad que dicho presupuesto, se constituya en una verdadera negación de justicia para todos aquellos administrados que no tenga medios para rendirla.

⁵² García de Enterría citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 153.

En cuanto a la imposibilidad que tienen muchos sujetos de bajos ingresos económicos, de poder rendir la contracautela determinada por el órgano jurisdiccional. VÁZQUEZ IRUZUBIETA acertadamente ha manifestado que *“(...) de este derecho sólo podrá hacer uso una persona con patrimonio muy consolidado. Los que solamente tienen lo que obtienen de sus salarios y que, en buena parte, son los que más asiduamente acuden a los tribunales a litigar por cantidades pequeñas, pero para ellos muy significativas, les será difícil obtener una medida cautelar por imposibilidad de prestar fianza a satisfacción”*⁵³.

El tratadista GONZÁLEZ PÉREZ ha manifestado con gran claridad, como la exigencia de contracautela establecida como condición para la efectividad de una medida cautelar, *“puede dar lugar a situaciones claramente contrarias a cuanto supone la tutela judicial efectiva ... esta contragarantía – si queremos que sea real – puede conducir a una auténtica denegación de justicia a quien carece de medios para prestarla. Si la tutela efectiva en un supuesto concreto exige la adopción de la medida cautelar, no debe denegarse ésta por el hecho de quien la solicita carezca de medios para prestar la caución que constituye requisito previo de la cautela”*⁵⁴.

Concretamente, en relación con el ordenamiento jurídico costarricense, debemos manifestar, que la interposición de la contracautela como requisito de eficacia de la medida cautelar. Debe estar acorde con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, dentro del cual está comprendida la tutela cautelar, regulado en el numeral 41 de la Constitución

⁵³ Vázquez Iruzubieta citado por Ángeles Jové (María), *op. cit.*, Pág. 77.

⁵⁴ González Pérez citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 154.

Política y no menos importante, con el principio de igualdad ante a ley y no discriminación al momento de acceder a la justicia, regulado en el artículo 33 del texto constitucional.⁵⁵

Sección Tercera: Tipos y Sistemas de Medidas Cautelares.

Seguidamente, se pretende plantear una breve reseña sobre los tipos y sistemas de tutela cautelar existentes según lo ha desarrollado la doctrina y conforme con la regulación costarricense en esta materia.

a. Tipos de Medidas Cautelares.

Tal y como se ha desarrollado en la doctrina nacional, se puede clasificar la tutela cautelar desde dos criterios: el primero, según la regulación o previsión expresa por la propia ley, donde diferenciamos las medidas cautelares típicas de las atípicas; segundo, de acuerdo con el contenido o los efectos que las mismas regulen, donde las clasificamos en dos categorías, las medidas cautelares conservativas y las medidas cautelares anticipativas o innovativas.

a.1 Medidas Cautelares según la Regulación de la Ley.

a.1.1 Medidas Cautelares Típicas.

⁵⁵ Véase *infra*, Págs 57 a 78.

Entendemos por medidas cautelares típicas, aquellas que han sido reguladas por el legislador de manera expresa y cerrada; es decir, el legislador estableció dentro del ordenamiento jurídico el nombre, contenido, presupuestos y los efectos que éstas podrían generar dentro de determinado proceso.

Con este tipo de medidas, el papel de juez está limitado a valorar si existen los presupuestos regulados en la ley para otorgar alguna medida cautelar.

Como complemento de lo mencionado, JINESTA LOBO ha establecido acertadamente que en las medidas típicas “ (...) *el ámbito de discrecionalidad del juez resulta restringido por la tipicidad de la medida, su labor se limitará a valorar si existen o concurren los presupuestos previstos por la ley para la concesión de la misma, y en caso positivo, conceder la medida de contenido determinado. En efecto, la tipificación de la situación cautelada, del periculum in mora, contenido y estructura de la medida cautelar, priva, prácticamente, al juez de cualquier poder discrecional*”⁵⁶.

a.1.2 Medidas Cautelares Atípicas.

Caso contrario tenemos al referirnos a la tutela cautelar atípica, que se define como aquella medida que no ha sido previamente definida por el legislador, de manera tal que su contenido será definido por el juez, según el criterio de idoneidad y necesidad dentro de

⁵⁶ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 158.

cada caso en concreto; se sigue siempre su fin último, es decir, garantizando la efectividad y eficacia de la futura sentencia del proceso principal.

En relación con los poderes del juez, en dichas medidas, el juzgador goza de un amplio y flexible poder, que le permite decretar las medidas necesarias e idóneas en cada caso específico.

Sobre el tema, JINESTA LOBO ha manifestado que *“el contenido de la medida cautelar atípica o indeterminada está individualizado, solamente con fundamento en el criterio de la idoneidad o necesidad, según las circunstancias, para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito”*⁵⁷.

a.2 Medidas Cautelares según su Contenido.

a.2.1 Medidas Conservativas.

Las medidas conservativas son todas aquellas que tienen como objeto, impedir que la situación de hecho o de derecho bajo la cual se discute el proceso, se modifique o varíe durante la pendencia de la sentencia que pone fin al mismo.

Concretamente, se puede citar el concepto de JINESTA LOBO, al manifestar que son aquellas que *“impiden que la situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá la*

⁵⁷ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 158.

*sentencia principal, se modifique durante la pendencia o mora del proceso dirigido a obtener el pronunciamiento de anulación del acto y asegurar que éste intervenga red adhuc integra*⁵⁸.

Finalmente, se debe citar que, dentro del proceso contencioso administrativo, hasta hace unos meses, la medida conservativa de mayor presencia era la suspensión en la ejecución del acto; esta, se decreta con la finalidad de garantizar una efectividad de la sentencia futura. Al respecto, se debe considerar, que dicha circunstancia se presentaba con la LRJCA. Por ello, ante la posibilidad que abre el nuevo CPCA de otorgar aquellas medidas cautelares necesarias, para cada caso en particular, se puede preveer que dichas circunstancias podrían variar con el transcurrir del tiempo.

a.2.2 Medidas Anticipativas o Innovativas.

Para el caso de las medidas anticipativas, lejos de pretender mantener igual el estado de las cosas durante el desarrollo del proceso, buscan satisfacer de manera anticipada, sea total o parcialmente la situación jurídica tutelada.

Es por su naturaleza anticipativa, que están destinadas a neutralizar el peligro que puede representar la tardanza en la resolución de fondo del proceso; esta lentitud que deviene justamente de esa prolongación en el tiempo, es inevitable a cada litigio.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 159.

Sobre la finalidad que estas persiguen, JINESTA LOBO, ha manifestado que están “(...) *dirigidas a evitar que el desarrollo de una situación de hecho no venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses, esto es, a anticipar, total o parcialmente, el contenido de la futura decisión de mérito, dictando, sobre la base de una congnición sumaria, una disciplina provisoria de la contorversia jurídica*”⁵⁹.

b. Sistemas de Medidas Cautelares.

Los sistemas de medidas cautelares se definen, según la naturaleza de las medidas, que los conformen; es así como se puede clasificar de tres maneras: sistema de medidas cautelares típicas, atípicas y mixtos.

b.1 Sistema de Medidas Cautelares Típicas.

Este sistema está basado en aquellas medidas cautelares que han sido previamente tipificadas por el legislador por medio de la ley. Es decir corresponde a un *numerus clausus*, en donde sólo se permite otorgar aquellas medidas taxativas cuyo nombre, contenido, presupuestos y efectos han sido definidos por el ordenamiento jurídico vigente.

El sistema de medidas cautelares típicas tiene como punto a favor, la “(...) *garantía de neutralidad del juez y la seguridad jurídica, en detrimento, claro está de su discrecionalidad y de la justicia material. En ese sentido, se afirma que un sistema de*

⁵⁹ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 161.

*índice, catálogo o elenco de supuestos garantiza la propia efectividad de las medidas y como se dijo la imparcialidad del juez*⁶⁰.

b.2 Sistema de Medidas Cautelares Atípicas.

Dicho sistema, está regulado por una *norma numerus apertus*, en donde se prevé un supuesto general y abierto, que le permite al juez otorgar las medidas cautelares cuyo contenido no está previamente establecido por la ley; este contenido se determina de manera casuística, según las necesidades, peligros y daños que se pretendan evitar a las partes interesadas.

En relación con las ventajas que ha establecido la doctrina para el sistema de medidas atípicas se encuentran “(...) *la dificultad o imposibilidad material del legislador para completar una relación completa de cautelas y en la imposibilidad de que éstas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho*”⁶¹.

Igualmente, dicho sistema de medidas cautelares presenta algunas desventajas como “(...) *la inseguridad, la pérdida de imparcialidad del juzgador, y, fundamentalmente, la ampliación de los poderes discrecionales del juez, sobre todo, en el momento de establecer si el perjuicio es irreparable o no. En síntesis el riesgo de este sistema, consiste en hacer depender de una valoración descrecional del juez, la admisibilidad del medio de tutela*”⁶².

⁶⁰ *Ibidem*, Pag. 161.

⁶¹ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 162.

⁶² *Ibidem*, Pág. 162.

Sobre la inseguridad en la pérdida de imparcialidad del juzgador y el aumento de su discrecionalidad al momento de determinar las medidas cautelares, es importante tener presente, que es un riesgo y peligro que el propio legislador haya determinado prudente, en razón de garantizar la flexibilidad requerida, para hacer del instituto de las medidas cautelares, una herramienta eficaz y acorde con el principio constitucional de una tutela judicial efectiva.

b.3 Sistema de Medidas Cautelares Mixto.

El sistema de medidas cautelares mixto, comprende la regulación cerrada de un sistema de tutela cautelar típica, que tiene cierta flexibilidad al determinar la posibilidad de otorgar medidas cautelares atípicas, para aquellos supuestos de *periculum in mora*, que el legislador no previó dentro del ordenamiento jurídico.

Se trata “(...) de un sistema típico atemperado por una medida cautelar atípica de carácter residual, es decir, la rigidez del sistema típico es flexibilizada mediante la “válvula de seguridad” de la aticipidad residual”⁶³.

En un sistema de medidas cautelares mixto, el legislador busca establecer normas generales y concretas de los distintos *periculum in mora*, mediante la regulación de ciertas medidas

⁶³ Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 163.

cautelares típicas y a su vez deja al juez la disponibilidad de una medida cautelar atípica, para aquellos supuestos y peligros concretos no regulados por el legislador.

Dicha “*válvula de seguridad*” permitida por el mismo legislador, como es el caso de la nueva legislación contencioso administrativa costarricense; atañe a las necesidades actuales que comprenden el surgimiento de nuevas tutelas cautelares, según los requerimientos de una sociedad moderna y sobre todo muy exigente al momento de necesitar la protección de sus derechos como administrados.

**TÍTULO SEGUNDO: LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO
COSTARRICENSE**

CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR

De manera previa a desarrollar la regulación jurídica que se le ha dado a las medidas cautelares, dentro del sistema contencioso administrativo costarricense, se planteará en el siguiente capítulo, las aproximaciones jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales del instituto de la tutela cautelar, en relación con el marco constitucional bajo el cual se rige el ordenamiento jurídico costarricense.

Sección Única: Fundamento Constitucional de la Tutela Cautelar.

a. Principio Chiovendiano.

Este principio tal y como su nombre lo adelanta, fue desarrollado por CHIOVENDA a inicios del siglo XX, y más tarde concretado por CALAMANDREI al afirmar *“la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón”*⁶⁴.

Dicho principio, ha tenido gran relevancia en cuanto a la configuración de la tutela cautelar dentro de la doctrina. Asimismo, con este desarrollo se pone de manifiesto la lucha del derecho procesal contra el tiempo, debido a que se intenta, que la duración necesaria y

⁶⁴ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 82.

prudencial del proceso no culmine con la insatisfacción de los intereses y derechos que el mismo ordenamiento pretende garantizar con la sentencia de fondo.

Actualmente, la tutela cautelar ha tomado gran importancia en el ámbito constitucional, al reconocerse la protección fundamental que ésta representa dentro del principio de una tutela judicial efectiva, tal y como lo determina la misma Constitución Política Costarricense.

En relación con el principio chiovendiano, JINESTA LOBO ha manifestado que *“la importancia e incidencia de tal principio en el proceso administrativo, consiste en la posibilidad de concebir, con fundamento en el mismo, un poder general de cautela”*⁶⁵.

Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA ha reconocido su carácter de principio general del derecho, al citar con gran convencimiento que *“estamos aquí pisando la tierra firme de un verdadero e inequívoco principio general de Derecho, de naturaleza no sólo hermenéutica, sino ontológica, porque afecta al fondo mismo del ordenamiento, a la situación y a los efectos del proceso en el sistema de los derechos, principio cuya extensa capacidad organizadora queda demostrada”*⁶⁶.

Con tales manifestaciones, se deja muy en claro la trascendencia que reviste este principio, al establecerse un poder general de cautela, que además de ser parte del principio constitucional de una tutela judicial efectiva, otorga al juez, la posibilidad de conceder medidas cautelares no establecidas por la ley. Se sustenta jurídicamente en los principios

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 83.

⁶⁶ García de Enterría citado por *Ibidem*, Pág. 83.

generales del derecho común, según los cuales el juzgador debe procurar decretar las medidas necesarias, para evitar que en el transcurso del litigio se cause un daño irreparable a la parte ganadora.

Concretamente, en relación con el proceso contencioso administrativo se puede manifestar, que dicho principio *“tiene una enorme relevancia constitucional e informa el entero ordenamiento jurídico, además de otorgarle al Juez Contencioso Administrativo un “poder general de cautela” para adoptar todas las medidas necesarias e indispensables para evitar que la duración del proceso vaya en detrimento del actor que probablemente tiene la razón”*⁶⁷.

Adicionalmente, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, este principio ha tenido un reconocimiento concreto por parte de la jurisprudencia constitucional. Así lo ha manifestado la Sala Constitucional, mediante su voto número 6224 del año 2005, que en relación con el derecho fundamental a la tutela cautelar manifestó lo siguiente:

“(...) A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica – normal y ordinaria - y patológica de los procesos no vaya en

⁶⁷ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 183.

detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez”⁶⁸.

Finalmente, en complemento con lo citado por la Sala Constitucional, quedan en evidencia las implicaciones legales que tiene este principio dentro de los poderes del juez, al significar que la ley formal no constituye la única fuente del proceso, lo que implica que no existe reserva de ley para los tipos de medidas y los poderes cautelares que el órgano jurisdiccional decida utilizar dentro del mismo.

De esta forma, dicho principio tiene una gran relación con el principio de justicia pronta y cumplida regulado en el numeral 41 de la Constitución Política de Costa Rica y con la entrada en vigencia del nuevo CPCA, que desarrolla en su Título III la tutela cautelar de manera completa y mejorada.

b. Derecho a una Justicia Pronta y Cumplida y la Tutela Cautelar.

En el ordenamiento jurídico costarricense, se tiene como mandato constitucional el derecho de los ciudadanos a obtener una “justicia pronta y cumplida”; entiéndase de lo anterior, a una justicia dentro de un plazo de tiempo razonable, sin retrasos infundados y sobre todo, a una justicia real y efectiva al finalizar el proceso requerido.

⁶⁸ Sala Constitucional, Voto número 6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Para lograr el cumplimiento de este derecho constitucional, la tutela cautelar es un elemento clave dentro del proceso, ya que una prolongación exagerada e infundada al resolver el fondo del mismo, puede ocasionar una sentencia condenatoria tardía; se constituye, de esta manera, en una justicia frustrada por el atraso en la resolución final.

De esta forma se puede ultimar, que *“no resulta concebible una tutela judicial pronta y cumplida sin una tutela cautelar flexible y expedita. La tutela cautelar es un componente esencial, una manifestación o especificación de la tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, el órgano jurisdiccional debe garantizar la eficacia de la sentencia definitiva”*⁶⁹.

Específicamente, en relación con el nuevo CPCA, se ha tomado en cuenta el derecho constitucional de los artículos 41 y 49 supracitados, precisándose dentro de las potestades del órgano jurisdiccional, el deber de adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia de mérito.

Lo anterior, debido al contenido efectivo que el instituto cautelar representa dentro del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida; por tal razón, el legislador ha establecido una regulación *cautelar numerus apertus* que le permite al juez, otorgar cualquier clase de medida cautelar – conservativas, anticipativas o innovativas –, cuando exista un peligro irreparable para la efectividad de la sentencia de fondo.

⁶⁹ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, **El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 183.

En conclusión, se puede manifestar que “*si bien, la tutela cautelar no supone, por sí misma, la aceleración del proceso, sí contribuye a paliar los efectos de una sentencia dictada fuera de un plazo razonable(...)*”⁷⁰. Razón suficiente, para exteriorizar que la tutela cautelar representa una expresión concreta del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida según lo dispone la Constitución Política costarricense.

c. Principio de Igualdad y Tutela Cautelar.

Otro de los derechos de jerarquía constitucional y principio general del derecho, que guarda una relación directa con el instituto cautelar, es el derecho de igualdad que regula el numeral 33⁷¹ de la Constitución Política.

Dicho derecho de igualdad, toma significación dentro de las medidas cautelares, al momento de realizar un análisis del sistema cautelar dentro del ordenamiento jurídico costarricense, pues no debe existir diferencia entre una jurisdicción y otra; es decir, no puede ser aceptado que los ciudadanos gocen de una tutela cautelar más amplia en una jurisdicción que en otras.

Sobre el principio constitucional de igualdad ante la ley y el papel de la tutela cautelar, JINESTA LOBO ha manifestado que “*la tutela cautelar no puede ser “corporativizada”,*

⁷⁰ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 91.

⁷¹ Artículo 33 de la CP: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

*al otorgarla de forma amplia a unos sectores del ordenamiento, y de forma incompleta a otros*⁷².

Esta era la situación que se presentaba con la anterior LRJCA, que regulaba en su numeral 91⁷³ un sistema de tutela cautelar *numerus clausus*; es decir, una tutela cautelar típica e inflexible para los conflictos en sede contencioso administrativa. Y por otro lado, el CPC en su artículo 242⁷⁴ que permitía un sistema de tutela cautelar *numerus apertus*; o sea, una tutela cautelar atípica, más amplia y flexible, para los procesos civiles.

Actualmente, con el nuevo CPCA, se plantea una regulación moderna, acabada y flexible del instituto cautelar. De tal manera, se respeta el principio de igualdad, al equiparar el tratamiento de las medidas cautelares, con la regulación de otras jurisdicciones existentes dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Con esta nueva legislación en la sede contencioso administrativa, se plantea un sistema cautelar *numerus apertus*, que permite adecuar el instituto cautelar a cada caso en concreto, de modo tal que se puedan ordenar aquellas medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia de fondo.

d. Tutela Judicial Efectiva y Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar.

⁷² Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 93.

⁷³ Véase *infra*, Págs 79 a 94.

⁷⁴ Véase *infra*, Págs 94 a 101.

Dentro del desarrollo doctrinario del instituto cautelar, se puede ver cómo de manera constante, se cita la existencia de un derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y por ende, la necesidad de una tutela cautelar eficaz y precisa para garantizar un verdadero acceso a la justicia, al momento de dictarse la sentencia del proceso principal.

Ahora bien, resulta de gran relevancia concretar la relación existente entre ambas tutelas, misma que GARCÍA DE ENTERRÍA de manera acertada manifestó, *“al estimar que no puede haber una tutela judicial efectiva si no existe una tutela cautelar flexible y expedita, de lo contrario “el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos”⁷⁵.*

En concreto, se puede exponer que la tutela cautelar constituye una manifestación de la tutela judicial efectiva, por cuanto el órgano jurisdiccional a cargo del proceso, debe tomar las medidas necesarias para garantizar la eficacia de la sentencia que pondrá fin al litigio; es decir, la certeza de eficacia y efectividad de la sentencia representa la razón de ser de la medida cautelar.

Sobre el tema JINESTA LOBO, establece que *“la tutela judicial efectiva supone, que al momento de concretarse el mandato de la sentencia, el recurrente victorioso obtenga plena satisfacción de la pretensión deducida, la tutela cautelar se dirige al logro de ese objetivo. Conviene indicar que la tutela judicial efectiva debe ser satisfactoria y no meramente*

⁷⁵ García de Enterría citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 86.

*resarcitoria, y para lograr eso debe ser igualmente preventiva, en efecto solo la posibilidad de obtener una medida cautelar permite distinguir una tutela meramente resarcitoria de una tutela satisfactoria(...)*⁷⁶.

Resulta entonces importante, destacar el contenido de lo citado anteriormente, por cuanto se pone de manifiesto como la tutela cautelar, comprende una herramienta jurídica para la obtención de una tutela judicial efectiva.

Se resalta la trascendencia que se da al carácter satisfactorio de la tutela judicial efectiva; este papel se cumple a través de una tutela cautelar, que permita lograr un acceso efectivo de las partes a la justicia y no mediante una indemnización posterior, para resarcir los daños ocasionados por una sentencia tardía e insuficiente al concluir el proceso.

Lo anterior, se debe a que la medida cautelar, tiene como finalidad principal, evitar que la sentencia obtenida al finalizar el proceso, resulte ineficaz por sí misma y sólo en aquellos supuestos en donde no se logre obtener una sentencia efectiva, se tendrá como garantía de la justicia, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

En relación con el ordenamiento jurídico costarricense, toman especial importancia los artículos 41⁷⁷ y 49⁷⁸ de la Constitución Política, en los cuales se regula el derecho

⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 88.

⁷⁷ Artículo 41 de la CP: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

⁷⁸ Artículo 49 de la CP: Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

fundamental a una tutela judicial efectiva, de la cual las medidas cautelares sirven como instrumento para lograrla.

Igualmente, de tales numerales constitucionales, ha surgido una interpretación doctrinal de gran aceptación, en relación con el ordenamiento procesal administrativo y la obligación de los órganos jurisdiccionales a cargo de los procesos contenciosos administrativos, de garantizar la efectividad real de las sentencias. Se tiene como instrumento la posibilidad de otorgar aquellas medidas cautelares que sean necesarias; se incluyen las de carácter positivo que representen el deber de hacer a la propia Administración o cualquiera de las partes interesadas dentro del litigio.

En relación con la legislación vigente, en materia contencioso administrativa, en el nuevo CPCA, se ponen de manifiesto las ampliaciones en el ámbito de la tutela cautelar y su relación con los poderes del juez para poder decretarlas; manifestaciones de tutela cautelar que son expresión de una tutela judicial efectiva y *“(...) en ese sentido, las partes tienen derecho a dicha tutela y a que la sentencia que en su momento se dicte sea ejecutada, derecho al que tiende la tutela cautelar(...)”*⁷⁹.

En definitiva, de esta relación entre ambos presupuestos de tutela, surge una conclusión de gran relevancia, ya que al formar la tutela cautelar parte esencial de la tutela judicial efectiva, el legislador no puede condicionar o negar el uso de tales medidas. Por el

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

⁷⁹ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 144.

contrario, en aquellos supuestos en donde existe un peligro real para lograr la efectividad de la sentencia final, el juez a cargo deberá otorgar las medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar el cumplimiento de lo resuelto.

Lográndose con lo anterior, que *“toda discrecionalidad hipotética del juez para otorgar o denegar las medidas cautelares quede excluida”*⁸⁰.

Ahora bien, en cuanto al derecho fundamental a la tutela cautelar, éste se deriva del carácter constitucional que ostenta la tutela judicial efectiva; esta relación ha sido ampliamente abarcada por la doctrina y la jurisprudencia.

La condición de derecho fundamental que se ha dado a la tutela cautelar ha sido tomada de su función principal. Esta, consiste en garantizar la efectividad de la sentencia de fondo, es decir, garantizar una tutela judicial efectiva.

Sin embargo, su origen doctrinario deviene del aporte que la doctrina española ha realizado sobre el tema en los últimos años. De tal forma, dicha escuela ha definido el derecho fundamental a la tutela cautelar *“como el derecho que asiste a las partes procesales a obtener del Juez o Tribunal la adopción de las medidas que en cada caso resulten necesarias para asegurar la total efectividad del futuro pronunciamiento judicial de fondo,*

⁸⁰ García de Enterría citado por Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 88.

adopción lógicamente subordinada a la concurrencia de los requisitos y presupuestos que tradicionalmente viabilizan la tutela cautelar”⁸¹.

Concretamente, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, este derecho fue reconocido por primera vez, por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera en su voto número 402 del año 1995, en el cual expresamente se manifestó:

*“II. (...) Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando ocurran los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que no existe una tutela judicial pronta y cumplida – efectiva - sin una cautelar flexible y expedita”*⁸².

De igual forma, la Sala Constitucional se ha referido al carácter fundamental de la tutela cautelar. Precisamente, en su voto número 6224 del año 2005, consideró lo siguiente:

“IV. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenido en el

⁸¹ Garberi Llobregat citado por Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 94.

⁸² **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera**, Voto número 402 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. Incluso, el entonces Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sus autos sentencia números 402 de las 15 hrs. del 29 de noviembre, 413 de las 16:20 hrs. del 29 de noviembre, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre, todos de 1995, así lo ha reconocido y denominado. No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia (...)”⁸³.

En virtud de lo anterior, queda más que demostrada, la importancia que reviste el sistema de tutela cautelar dentro del proceso contencioso administrativo y más aún, su carácter de derecho fundamental, obtenido de su relación con la tutela judicial efectiva y los numerales 41 y 49 de la Constitución Política.

⁸³ **Sala Constitucional**, Voto número 6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Es menester definir el contenido que la misma doctrina y jurisprudencia han otorgado al derecho fundamental a la tutela cautelar. En relación con su función, contenido y límites, la Sala Constitucional, en el voto número 6224 del año 2005, señaló lo siguiente:

“V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR. 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. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que,

el juzgador esta llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política)”⁸⁴. (El resaltado no es del original).

Posteriormente, en relación con el carácter fundamental de la tutela cautelar, la doctrina ha realizado un amplio análisis de las consecuencias y repercusiones jurídicas, originadas a partir de esta línea jurisprudencial adoptada por la Sala Constitucional.

En relación con el tema, JINESTA LOBO ha resaltado tres consecuencias primordiales del derecho fundamental a la tutela cautelar, mismas que tienen concordancia tanto con el órgano jurisdiccional que interpreta y aplica las normas de tutela cautelar, como con el legislador quien norma la materia; consecuencias que se desarrollan a continuación:

1. *“El otorgamiento de la medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o apreciación del órgano jurisdiccional (...). Consecuentemente, no hay nada librado a la discrecionalidad judicial, sino que opera un mecanismo riguroso de derecho deber”*⁸⁵.

Con este primer punto, se pone de manifiesto la obligación del juez, de ordenar las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, siempre y cuando se logre comprobar la existencia de los presupuestos básicos del instituto cautelar. De esta

⁸⁴ Sala Constitucional, Voto número 6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

⁸⁵ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 187.

manera, se resguarda la objetividad del juzgador al momento de decretar la tutela cautelar y se deja de lado la discrecionalidad sobre el tema.

2. *“El legislador no puede negar, limitar o condicionar, la facultad de solicitar una medida cautelar, puesto que, se trata de un derecho fundamental específico incluido en el contenido esencial del más general a una justicia pronta y cumplida”*⁸⁶.

Dicha consecuencia, no es otra cosa que la imposibilidad práctica para el legislador, de regular el instituto cautelar mediante un sistema de *“numerus clausus”*, tal y como se regulaba con la anterior LRJCA. Por el contrario, actualmente, se tiene en el nuevo CPCA, un sistema cautelar *“numerus apertus”*, que está acorde con el derecho fundamental a una tutela cautelar amplia y flexible que permita una tutela judicial efectiva.

3. *“La tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puede desaparecer, dañarse o perjudicarse irremediablemente los derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, los Tribunales están obligados a protegerlos y repararlos mediante una justicia pronta y cumplida – artículos 41 y 49 párrafo in fine, de la Constitución Política-. Bajo esta inteligencia, el perjuicio irreparable es el mínimo que el legislador ordinario no puede ignorar”*⁸⁷.

Este último punto, no es otra cosa más que el derecho fundamental que tiene todo ciudadano, de encontrar una justicia pronta y cumplida en aquellos supuestos en donde

⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 188.

⁸⁷ Jinesta Lobo (Ernesto), *Medidas Cautelares, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 188.

exista un peligro de daño o perjuicio contra sus derechos subjetivos o intereses legítimos, conforme lo dispone el artículo 49 constitucional. Esta afirmación, representa el carácter de obligatoriedad, que en esas circunstancias, toman las medidas cautelares como mecanismo de protección y justicia cumplida, sea de manera provisional mientras se discute el proceso, o bien de manera definitiva al ser sustituidas por la sentencia de fondo.

En definitiva, con los tres planteamientos anteriores, se pone en clara evidencia la relación existente entre el derecho fundamental a una tutela cautelar efectiva y aquellos supuestos en donde exista un peligro de daño sobre los derechos e intereses legítimos del administrado; de tal manera, que de concretarse dicho perjuicio antes del fin del proceso, la sentencia estimatoria resultaría nugatoria y tardía a los derechos de la parte victoriosa.

Estableciendo esto último, la razón por la cual, se ha regulado la tutela cautelar como un derecho fundamental, que tiene todo administrado para lograr alcanzar una sentencia útil y eficaz al concluir el proceso.

e. Control y Función Jurisdiccional Plena de la Tutela Cautelar.

En relación con el tema, como primer punto, es necesario establecer el conjunto de normas bajo las cuales se rige el control judicial de la actuación administrativa, control del cual es parte la tutela cautelar.

Dentro de la Constitución Política costarricense, se establece la unidad del Poder Judicial (ver artículo 152⁸⁸ CP) y se le otorga dentro de sus funciones, la función jurisdiccional de conocer, resolver y ejecutar definitivamente las causas en materia contencioso administrativa (según los artículos 153⁸⁹ CP y 1.2⁹⁰ LOPJ).

Se declara el sometimiento pleno de la Administración, a las normas jurídicas escritas y no escritas que conforman el ordenamiento jurídico costarricense (ver artículos 11⁹¹ CP, 11.1⁹² y 13.1⁹³ de la LGAP). Dicha sumisión al ordenamiento jurídico, no es otra cosa más que el control del principio de legalidad que se debe de ejercer sobre las actuaciones de la Administración, vigilancia que realiza el Poder Judicial por mandato Constitucional.

⁸⁸ Artículo 152 CP: El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.

⁸⁹ Artículo 153 CP: Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso – administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

⁹⁰ Artículo 1, Párrafo 2 LOPJ: Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que la Constitución Política le señala, conocer de los procesos civiles, penales, penales juveniles, comerciales, de trabajo, contencioso – administrativos y civiles de hacienda, de familia, agrarios y constitucionales, así como de los otros que determine la ley; resolver definitivamente sobre ellos y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

⁹¹ Artículo 11 CP: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados de rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

⁹² Artículo 11, Párrafo 1 LGAP: La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

⁹³ Artículo 13, Párrafo 1 LGAP: La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

En realidad, la tutela cautelar no es más que un elemento, que forma parte del amplio y complejo control judicial que se efectúa sobre las actuaciones administrativas, examen que se logra mediante la existencia de un sistema cautelar amplio y flexible.

En relación con la tutela cautelar y la función jurisdiccional que se ejerce sobre la Administración, surge la interrogante de si el instituto cautelar se deriva de esa función jurisdiccional, o si por el contrario, constituye una función jurisdiccional autónoma que está implícita en las facultades del juzgador.

Sobre el carácter jurisdiccional de la medida cautelar, SERRA DOMÍNGUEZ afirma, de manera acertada, que *“si las medidas cautelares son “instrumento de un instrumento, lógicamente su naturaleza jurisdiccional vendrá determinada por la jurisdiccionalidad de la resolución principal”*⁹⁴.

En relación con el fundamento de la función cautelar, ORTIZ ORTIZ, ha manifestado que *“(...) las medidas cautelares son intrínsecas a la potestad de juzgar y deben reputarse incluidas dentro de ella, aunque no haya texto que expresamente las consagre o aunque lo haya sólo dentro de una determinada jurisdicción (...) la potestad jurisdiccional de cualquier naturaleza o materia incluye la de dictar medidas cautelares que garanticen la emisión y la ejecución del fallo, porque sin ésta la justicia se convierte en un servicio*

⁹⁴ Serra Domínguez citado por Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 98.

abstracto y sin efecto sobre la realidad, no obstante ir destinada a ella. Sin tales medidas la justicia es una contradicción y puede ser un fraude”⁹⁵.

En esta misma línea, JINESTA LOBO, ha definido que *“la potestad cautelar, en esencia, no es un poder distinto del jurisdiccional (...) por el contrario, es un simple componente del poder jurisdiccional plenario, que resulta ser inexcusable para que este mismo pueda ser, eficaz, útil, esto es, para que cumpla su función propia (...). Es así como resulta, desde todo punto de vista, inconcebible una jurisdicción que no cuente con un sistema amplio y flexible de medidas cautelares”⁹⁶.*

Si bien es cierto el ordenamiento jurídico y la propia doctrina han establecido de manera clara, la función jurisdiccional de la tutela cautelar; resulta trascendente, aportar la posición de la Sala Constitucional sobre el tema, la cual quedó de manifiesto mediante el voto número 6224 del año 2005, que, en lo que interesa, esboza lo siguiente:

“VI. TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente – con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política – y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política,

⁹⁵ Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Págs. 277 – 278.

⁹⁶ Jinesta Lobo (Ernesto). **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 99.

necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, como un poder constituido más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto la vinculan fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política, a fin de brindarle una eficiencia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez contencioso – administrativo del ordenamiento procesal administrativo, conforme con el Derecho de la Constitución – artículos 33, 41 y 49 de la Carta Fundamental –, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito, incluso, claro está, las denominadas, frente a la clásica y negativa de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, las positivas o anticipatorias”⁹⁷.

A modo de conclusión, no queda más que reconocer la certeza e idoneidad, con que la Sala Constitucional logra sintetizar y concretar la función jurisdiccional de la tutela cautelar

⁹⁷ **Sala Constitucional**, Voto número 6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

dentro del proceso contencioso administrativo, específicamente en concordancia con los numerales 33, 41 y 49 de la Constitución Política y su relación con un sistema cautelar amplio y flexible, propio del derecho fundamental a la tutela cautelar.

CAPÍTULO SEGUNDO: MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Sin la finalidad de profundizar largamente sobre la normativa cautelar anterior, en el presente capítulo se esboza la regulación que se aplicaba a las medidas cautelares, antes de la entrada en vigencia del nuevo CPCA. Se caracteriza por ser la suspensión del acto, la única medida cautelar establecida en la LRJCA, y por la aplicación supletoria del CPC, que permitía una regulación cautelar atípica mediante su numeral 242.

Sección Primera: Medidas Cautelares Típicas: La Suspensión del Acto Administrativo.

a. Concepto y Función.

En relación con la regulación de las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico administrativo, la que tuvo más importancia y aplicación hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil siete, fue la suspensión del acto administrativo.

Lo anterior, como consecuencia de la regulación que comprendía la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tuvo vigencia de enero de mil novecientos sesenta y seis a diciembre de dos mil siete, fecha en que se dio paso al Código Procesal Contencioso Administrativo; éste, en contraposición a la norma anterior, comprende una regulación completa, vigorizada y novedosa, en materia cautelar.

Durante los últimos años, con la aplicación de la LGAP y la LRJCA se tuvo como único centro del proceso contencioso administrativo, el acto administrativo⁹⁸ y su control de legalidad, razón por la cual la regulación de la tutela cautelar versaba únicamente sobre la suspensión en los efectos de estos actos. Dejándose por fuera otras manifestaciones de tutela cautelar, que con el paso del tiempo, han tomado gran importancia y mayor necesidad para garantizar una tutela judicial efectiva.

Sobre la suspensión del acto, ORTIZ ORTIZ, ha manifestado que *“la suspensión del acto administrativo impugnado se presenta como una excepción a la regla general de la eficacia plena del acto administrativo, como acto de imperio de la Administración frente a otros sujetos”*⁹⁹.

En relación con la eficacia plena del acto administrativo, resulta importante dilucidar que dicho concepto está comprendido por la imperatividad¹⁰⁰ y la ejecutoriedad¹⁰¹ del acto,

⁹⁸ Entendemos por Acto Administrativo según lo manifiesta Jinesta Lobo como *“una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata”*. Jinesta Lobo (Ernesto). **Tratado de Derecho Administrativo Tomo I**, San José, Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, 2002. Pág. 289.

Asimismo, según Ortiz Ortiz definimos el Acto Administrativo como *“una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente de la Administración en uso de una potestad administrativa”*. Ortiz Ortiz (Eduardo). **Tesis de Derecho Administrativo. Volumen II**, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., primera edición, 1994. Pág. 291.

⁹⁹ Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Págs. 279.

¹⁰⁰ Definimos imperatividad como la capacidad del acto administrativo de generar derechos y obligaciones en otros sujetos, sin la voluntad de éstos, por obra de la voluntad unilateral de la Administración, es decir; entendida como la capacidad de los actos de la Administración para afectar unilateralmente la esfera de otros sujetos, tanto favorable como desfavorablemente. *Ibidem*, Pág. 280.

¹⁰¹ Entendemos por ejecutoriedad del acto administrativo, como aquella potestad que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración, para imponer al administrado el cumplimiento de sus obligaciones para con la Administración; es decir aquella característica de los actos administrativos de ser ejecutables imperativamente, sin o contra la voluntad del obligado, en la misma vía administrativa, fuera de todo proceso jurisdiccional. *Ibidem*, Pág. 284.

regulados en el capítulo cuarto, sección segunda de la Ley General de la Administración Pública.

Si bien es cierto que la LGAP establece que los actos administrativos deben ser cumplidos por los administrados, su eficacia puede ser interrumpida de manera excepcional como una medida cautelar preventiva, con el fin de evitar daños o perjuicios que resulten de difícil o imposible reparación para el administrado. Esta medida ha sido reconocida por la legislación y la doctrina, como la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Se puede definir la suspensión cautelar del acto recurrido como “la interrupción temporal de la ejecución del acto administrativo (ejecutivo) impugnado procesalmente, cuando aquella puede producir lesiones irreparables o difíciles de reparar al ordenamiento jurídico (art. 357 L.G.A.P), o a terceros respecto de éste, a efecto de hacer posible la ejecución del fallo, si resultare favorable la demanda”¹⁰².

En cuanto al objeto de la suspensión del acto administrativo, se puede afirmar que la suspensión de sus efectos, busca mantener el estado de las cosas como están antes de que se ejecute el acto impugnado; o bien, si ya se ejecutó de manera parcial, mantener el estado de las cosas tal y como se encuentran antes de la ejecución total del mismo. Su función consiste en *“evitar que durante el proceso de ejecución del acto cree situaciones reales e*

En el ordenamiento jurídico costarricense si existe norma expresa que da la ejecutoriedad a los actos de la Administración, potestad que se desprende el numeral 146.1 de la LGAP que establece lo siguiente. *“La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aun contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar”.*

¹⁰² Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Págs. 323. *Ibidem*, Pág. 323.

irreversibles e incompatibles con la plena ejecución del fallo, si éste resulta favorable para el actor”¹⁰³.

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense, en la LGAP y en la anterior LRJCA, se encuentra la figura de la suspensión del acto administrativo, regulación que otorga la posibilidad de que la parte interesada al momento de interponer un proceso ordinario, solicite la suspensión de los efectos del acto administrativo, como medida cautelar preventiva, con el fin de evitar posibles daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.

Al respecto, la Ley General de la Administración Pública dispone la suspensión del acto impugnado en vía administrativa, mediante su numeral 148, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 148.- Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación”.

Sobre el tema, en materia contencioso administrativa, la no vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 91 establecía lo siguiente:

“Artículo 91.- 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

¹⁰³ *Ibidem*, Pág. 323.

demandante, la suspensión. 2. Procederá esta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”.

Posteriormente, una vez trazado el concepto, finalidad y regulación de la suspensión del acto administrativo, queda de manifiesto que dicha suspensión se constituía en una medida cautelar y, en consecuencia, le eran aplicables las características de instrumentalidad, provisionalidad, urgencia y cognición sumaria, los presupuestos de peligro en la demora y apariencia de buen derecho; se incluyen todas las regulaciones y manifestaciones doctrinarias propias de la tutela cautelar.

En relación con los supuestos de fondo para la suspensión del acto impugnado, si bien es cierto se seguía lo dispuesto por la legislación en materia de tutela cautelar, resulta complementario citar los cuatro requisitos de fondo que ORTIZ ORTIZ ha señalado, como fundamentales, al momento de determinar la suspensión de los efectos de un acto administrativo:

1. *“Compatibilidad de la suspensión con el interés público*
2. *Interés actual del petente en relación con la suspensión pedida*
3. *Seriedad de la demanda principal, formal y materialmente*
4. *Inminencia o actualidad de un daño grave, irreparable o de difícil reparación”*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Ortiz Ortiz (Eduardo). *Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)*, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Pág. 365.

Criterios que se complementan y adaptan a la teoría general de la tutela cautelar, así como, a lo regulado en el ordenamiento jurídico costarricense tanto en la anterior LRJCA como en el vigente CPCA.

b. Efectos y Alcances.

El principal resultado que se origina de la suspensión del acto impugnado, es la paralización de los efectos que este disponga durante el tiempo necesario en que se mantenga la medida cautelar, durante la tramitación del proceso, hasta que se dicte la sentencia de fondo.

Los efectos de la suspensión del acto administrativo, nacen con la resolución judicial en donde se declara la medida cautelar y, por ende, la suspensión que el juzgador otorga, tiene consecuencias directas sobre la ejecución de todos los efectos del acto recurrido, a no ser que el órgano jurisdiccional a cargo los limite a uno o varios efectos.

Es importante recalcar que sobre estos efectos, se ha planteado una discusión doctrinaria que va dirigida en dos tesis opuestas.

La primera establece, que la suspensión del acto afecta todos los efectos jurídicos de manera retroactiva a la suspensión; es decir, es inevitable que *“los efectos materiales de la ejecución del acto suspendido que sean irreversibles en la realidad, tengan que quedar como están; pero todo lo que sea -- jurídica o materialmente -- reversible debe ser*

restituido a su estado anterior al acto suspensivo, como si éste no hubiese tenido nunca lugar”¹⁰⁵.

Por otro lado, la segunda propone, que la suspensión del acto afecta únicamente la ejecución material del acto ejecutable, es decir; *“lo único que, en este enfoque, resulta interrumpido hasta la sentencia del proceso principal es la ejecución material del acto”*¹⁰⁶.

Específicamente, para el caso de Costa Rica, la norma que contempla la suspensión del acto impugnado, se refiere a la segunda tesis que establece la suspensión de la ejecución y no de la eficacia y todos sus efectos jurídicos.

Lo anterior, por cuanto *“los art. 91.1 L.R.J.C.A y 357.2 L.G.A.P. hablan claramente de suspender la actuación consistente en ejecutar. Creemos que este hecho no puede ignorarse, por que está cargado de justicia y de funcionalidad. La idea de toda medida cautelar es impedir que se altere la realidad cuya existencia condiciona la satisfacción de los intereses vitales tutelados(...). Pareciera que lo que se persigue es alterar en un mínimo la eficacia del acto – y no toda ella – en la medida de lo necesario para evitar que los cambios de la realidad, provenientes de la ejecución del acto, derroten no sólo al actor y a su pretensión sino también la justicia misma, haciendo imposible la ejecución del fallo. En lo no necesario para tal específico efecto, el acto debe mantener su eficacia puramente jurídica. Lo que se suspende es la ejecución material, no la eficacia del acto”*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Págs. 336-337.

¹⁰⁶ Ortiz Ortiz (Eduardo). **Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)**, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Pág. 337.

¹⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 338.

En relación con los alcances, que tales efectos suspensivos comprenden dentro del acto administrativo recurrido, es menester señalar que los mismos tienen alcance *ex nunc*, es decir; hacia el futuro. De esta manera, si bien es cierto que la suspensión paraliza los efectos futuros del acto impugnado, tal suspensión no invalida o afecta, los efectos ejecutados o transcurridos, al momento de la suspensión, hasta tanto no se declare en la sentencia de fondo.

Dicha posición doctrinal ha sido reafirmada por ORTIZ ORTIZ, quien señala que *“el efecto de la suspensión es hacia el futuro (prospectivo) y no retroactivo, dada su función de preservar lo existente en bien de la futura ejecución plena del fallo eventualmente estimatorio, sin ninguna de reestablecimiento de la realidad anterior al acto ejecutorio. Es obvio que si éste no ha tenido siquiera un principio de ejecución cuando surge la suspensión, el efecto real y jurídico de ésta será mantener la realidad como si el acto no hubiese existido jamás; pero que si, a la inversa, esa realidad está ya configurada por la ejecución parcial – pero sustancialmente incompleta – del acto cuando se otorga la suspensión, será la realidad parcialmente creada por dicha ejecución incompleta – y no la anterior a la misma – la que habrá de preservar la suspensión”*¹⁰⁸.

c. Trámite y Recursos.

¹⁰⁸ Ortiz Ortiz (Eduardo). *Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)*, San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1990. Pág. 341.

El procedimiento mediante el cual se resolvía la suspensión del acto administrativo impugnado, estaba determinado por una de las características de la tutela cautelar, su urgencia.

Como toda medida cautelar, al estar destinada a garantizar los efectos de la sentencia de fondo y a evitar daños o perjuicios de difícil o imposible reparación para los intereses del administrado o de un tercero, su trámite debía de ser breve y expedito.

Dicha suspensión del acto impugnado, en la vía administrativa, podía darse de oficio o por solicitud expresa de la parte interesada según lo dispone la Ley General de la Administración Pública, en su numeral 148, al establecer la posibilidad de otorgar la suspensión del acto de oficio o excepcionalmente a instancia de parte. Sin embargo, sobre este tema dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 91, regulaba la suspensión del acto administrativo únicamente a solicitud expresa de la parte interesada.

Sobre la solicitud de suspensión que presentaba la parte interesada, se reafirma la importancia en la seriedad, fundamentación y prueba suficiente que demostrara la necesidad en la suspensión del acto. De esta forma, se buscaba asegurarle al órgano jurisdiccional, a cargo del proceso, la necesidad de la medida y certeza de que las circunstancias del caso requerían su otorgamiento.

Concretamente, sobre el procedimiento por seguir, que regulaba la LRJCA para el otorgamiento de esta medida cautelar, el artículo 92 disponía lo siguiente:

“Artículo 92.- 1. La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado. 2. De la solicitud, el Tribunal dará audiencia por tres días a la Administración demandada. 3. Transcurrido el plazo, con contestación o sin ella, el Tribunal resolverá lo procedente. 4. En casos especialísimos, podrá el Tribunal, desde el escrito de interposición y prima facie, ordenar la suspensión, siempre a petición del demandante”.

En cuanto a la posibilidad de otorgar este tipo de medidas cautelares prima facie en materia administrativa, la LGAP, en su numeral 357, disponía¹⁰⁹, este tipo de suspensión por la vía interdictal, en contra de las actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz.

En relación con los recursos existentes contra los autos que acordaban o denegaban la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, se seguía lo dispuesto en los numerales 70¹¹⁰ y 103¹¹¹ de la LRJCA, normativa que permitía la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De conformidad con la posibilidad, de aplicar de manera supletoria, la regulación procesal civil, dentro del proceso contencioso administrativo, contra los autos que otorgaban o

¹⁰⁹ Disponía en el sentido de que dicho artículo fue derogado, mediante el numeral 200, punto 11, del Código Procesal Contencioso Administrativo.

¹¹⁰ Artículo 70 LRJCA: Salvo lo dispuesto por esta ley, los recursos se regirán por la legislación procesal civil.

¹¹¹ Artículo 103 LRJCA: En lo no previsto en esta ley regirán, como supletorios el Código de Procedimientos Civiles y las disposiciones orgánicas del Poder Judicial. Sobre el código supletorio entiendáse el Código Procesal Civil vigente, el cual derogó el anterior Código de Procedimientos Civiles.

rechazaban la suspensión del acto administrativo, cabía el recurso de apelación según lo dispuesto en el artículo 560¹¹²; siendo la misma en efecto devolutivo, en virtud de lo regulado por el numeral 563¹¹³, ambos del CPC.

Asimismo, procedía, contra estos autos, la gestión de adición y aclaración, según lo regulado por el CPC en su artículo 158¹¹⁴. Según éste, la solicitud debe ser presentada por la parte interesada dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto, e indicar los puntos específicos por aclarar, por parte del juzgador, quien resolvía dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud. Es importante esclarecer, que esta solicitud no procedía cuando la parte pretendía agregar nueva prueba, aportar nuevos argumentos o cuando se solicitaban aclaraciones del fondo y no de la parte dispositiva del auto recurrido.

Finalmente, en relación con la posibilidad de interponer recursos de casación sobre los autos que resolvían la solicitud de suspensión del acto administrativo, dicho recurso no era aceptable. Dichos autos no tenían naturaleza de autos con carácter de sentencia, al no constituir cosa juzgada, ni poner término al proceso.

¹¹² En lo que interesa el Artículo 560 CPC dispone: Autos apelables. Salvo lo dicho en los artículos 429 y 435, serán apelables únicamente los siguientes autos dictados en primera instancia en los que: (...) 9) El que emita pronunciamiento sobre el fondo de un incidente, salvo cuando se declare sin lugar una nulidad relativa.

¹¹³ En lo que interesa el Artículo 563 CPC dispone: Efectos de la apelación. (...) Salvo los casos expresamente comprendidos, los autos en proceso ordinario, en los otros tipos de procesos, y en procedimientos cautelares, serán apelables en el efecto devolutivo.

¹¹⁴ Artículo 158 CPC: Aclaración y adición. Los jueces y los tribunales no podrán variar ni modificar sus sentencias, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre punto discutido en litigio. La aclaración o adición de la sentencia sólo proceden respecto de la parte dispositiva. Estas aclaraciones o adiciones podrán hacerse de oficio antes de que se notifique la resolución correspondiente, o a instancia de parte presentada dentro del plazo de tres días. En este último caso, el juez o el tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que proceda.

Sobre el rechazo del recurso de casación, JINESTA LOBO se ha referido claramente sobre el tema, al manifestar que *“no cabe el recurso extraordinario de casación (arts. 70, 74 LRJCA y 591 y ss. CPC), en virtud de lo resuelto por la antigua Sala de Casación en el auto de las 16 hrs del 27 de junio de 1979, al considerar que los artículos 899 y 911 del derogado Código de Procedimientos Civiles (correspondientes al 591 y 597 del Código Procesal Civil vigente) en relación con el 70 y 103 LRJCA, no permiten que el auto que suspende la ejecución del acto, pueda ser impugnado en esa sede, porque no tiene la inmutabilidad de la cosa juzgada, al no decidir definitivamente las cuestiones debatidas, ni poner término al principal”*¹¹⁵.

d. Cauciones.

Tal y como se hizo referencia al momento de definir la caución, se debe retomar al manifestar que el instituto de las medidas cautelares, surge con la finalidad de garantizar la efectividad real de la sentencia de fondo. Se evita, con éstas, aquellos daños de difícil o imposible reparación, que pudieran surgir con el transcurso del tiempo, mientras se resuelve el fondo del proceso. Todo esto de conformidad, con el principio de un acceso a la justicia pronta y cumplida, según lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica.

Es una realidad que la declaratoria de medidas cautelares tiene inmerso un riesgo o margen de error, que puede afectar el interés público o el de algún tercero. Y es justamente, contra

¹¹⁵ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 328.

ese riesgo y peligrosidad, que la anterior LRJCA establecía la posibilidad de decretar alguna caución con el fin de evitar o garantizar la indemnización de los perjuicios futuros, que podrían ocasionarse con la suspensión en los efectos del acto impugnado.

En cuanto a las cauciones, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regulaba esta figura en su artículo 93, que disponía lo siguiente:

“Artículo 93.- 1. Cuando el Tribunal ordenare la suspensión de plano o cuando se lo solicitare la parte demandada en el otro supuesto, exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder de ellos. 2. La caución habrá de constituirse en depósito de dinero en efectivo, valores públicos o aval bancario(...).

Con base en el anterior artículo, podemos derivar algunas acotaciones importantes, como el carácter facultativo y no obligatorio que se planteaba para la interposición de una caución, siendo únicamente necesaria para aquellos supuestos en donde era evidente y probable, el perjuicio que se pudiera ocasionar contra los intereses de la administración o de algún tercero involucrado.

Dicha regulación, esta conforme a la posición doctrinaria de no tomar la caución como presupuesto esencial a la hora de determinar una medida cautelar de esta naturaleza, ya que de lo contrario, se estaría limitando sensiblemente el derecho a una tutela judicial efectiva y sobre todo se estaría volviendo a la posición de desigualdad originaria entre la Administración y el administrado.

En apego a esta posición doctrinaria, es que dentro de la LRJCA se otorgaba un margen de discrecionalidad importante, para que el juez pudiera decidir la adopción y condiciones de caución necesaria al momento de otorgar la medida cautelar.

Lo anterior, encuentra sustento en la conjugación existente, entre el derecho a una tutela judicial efectiva (de la cual es parte la tutela cautelar), prevista en el, artículo 41 constitucional; y el principio de no discriminación e igualdad en el acceso a la justicia, según lo establece el numeral 33 de ese mismo cuerpo normativo.

Asimismo, con el cumplimiento de la caución se confirmaba la condición de eficacia que esta constituía para lograr la aplicación de la suspensión en los efectos del acto administrativo impugnado.

Lo anterior, tenía soporte normativo en el numeral 93, inciso 3°, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en lo que interesa citaba lo siguiente:

“Artículo 93.- (...) 3. La orden de suspensión no se llevará a efecto mientras la caución no está constituida y acreditada en autos”.

Con este artículo, se dejaba de manifiesto, el carácter de garantía que constituía el establecimiento de una caución, como condición de eficacia de la suspensión decretada. Se constituye en una verdadera “contracautela” al estar enfilada en dirección contraria a la medida solicitada por la parte interesada, al lograr un equilibrio entre las partes del proceso.

Igualmente, esta norma englobaba la posibilidad de solicitar una indemnización por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la suspensión en los efectos del acto. Esta solicitud debía ser planteada por la Administración o la persona afectada, dentro de los dos meses siguientes al levantamiento de la suspensión. En caso contrario, de no presentarse reclamo o solicitud alguna, se devolvía la garantía rendida dentro del proceso, a quien correspondiera su devolución.

Todo lo anterior, de conformidad con el inciso 4° del artículo de marras, que en lo que interesa esbozaba lo siguiente:

“Artículo 93.- (...) 4. Levantada la suspensión, al término del proceso y por cualquier otra causa que no sea el acuerdo de las partes, la Administración o persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños y perjuicios causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante el Tribunal por los trámites de los incidentes, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del levantamiento; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no acreditare el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida y se devolverá, en su caso, el depósito a quien corresponda (...).”

A manera de conclusión, son visibles las limitaciones existentes en la anterior LRJCA, en el tanto otorgaba la caución como única posibilidad, para remediar los daños o perjuicios derivados de la medida cautelar. Esta situación que, como se tratará infra, con el nuevo CPCA, ha variado sustancialmente, al establecerse un concepto de contracautela más

amplio; éste, admite diversas maneras de constituir caución y garantía para los intereses de las partes del proceso.

Sección Segunda: Medidas Cautelares Atípicas: El articulado 242 del Código Procesal Civil.

a. Incidencia en el Proceso Contencioso Administrativo.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, regulaba un proceso administrativo que tenía por objeto el acto administrativo; es decir, se constituía en un proceso revisor del acto administrativo, cuya sentencia final estaba destinada a anularlo o conservarlo. Se puede decretar durante la tramitación del mismo, la medida cautelar típica de suspensión en sus efectos.

Sin embargo, esta regulación del proceso al acto administrativo, que reducía el papel de la Administración y que sometía el proceso al análisis de un expediente administrativo finalizado y no sobre una conducta administrativa, ha quedado atrás con el desarrollo doctrinario que se le ha dado a la norma constitucional. Éste, establece el derecho a una tutela judicial efectiva, norma que tiene sus efectos sobre la justicia administrativa y que impone la necesidad de replantear un proceso no sólo sobre actos, sino también sobre relaciones y conductas administrativas; esto, significa redimensionar la tutela cautelar.

Sobre este tema, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante su numeral 103, permitía la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, para

aquellos vacíos o supuestos no previstos en la norma, artículo que comprendía una excelente oportunidad para subsanar los defectos y limitaciones del sistema cautelar típico e inflexible que la LRJCA codificaba; esta circunstancia en su momento fue aprovechada por la doctrina y los mismos juzgadores.

El mencionado sistema de tutela cautelar atípico, regulado por el Código Procesal Civil, comprende una norma de derecho procesal común que tiene gran relación con el principio chiovendiano¹¹⁶ y con el principio constitucional a una tutela judicial efectiva¹¹⁷, regulado en el numeral 41 de la Carta Magna.

En razón de lo anterior, se puede manifestar que *“cualquier límite a la justicia pronta y cumplida resulta inoperante ante la contundencia del texto constitucional. En efecto, la exigencia de garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva y de evitar toda lesión grave y de difícil reparación a la situación jurídica sustancial de la parte que acude al proceso es un principio general extraíble, en primer lugar de la Constitución, y luego, de las disposiciones sobre los poderes cautelares del juez, dictadas para cada tipo de proceso (...)”*¹¹⁸.

Dada la flexibilidad con la que se regula el instituto cautelar en el Código Procesal Civil, dicho cuerpo normativo representaba una herramienta supletoria, que ante la falta de regulación cautelar atípica y flexible dentro de la jurisdicción contencioso administrativa,

¹¹⁶ Véase *supra*, Pág 57.

¹¹⁷ Véase *supra*, Pág 63.

¹¹⁸ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 254.

resultaba un importante complemento ante el vacío, en materia cautelar existente en el anterior proceso.

b. Aplicación y Regulación.

Con la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se aplicaba supletoriamente la legislación procesal civil según lo dispuesto por su numeral 103, que permitía la remisión al artículo 242 del CPC, referido a la tutela cautelar atípica. Esta, al igual que la típica, tiene su finalidad última en garantizar la efectividad real de la sentencia del proceso.

Dicho artículo 242, regula un poder general de cautela, por cuanto le permite al juzgador amparar una serie de supuestos, que no están regulados de manera expresa dentro de la propia norma; esta posibilidad no estaba permitida dentro de la regulación cautelar típica que comprendía la LRJCA.

En relación con la aplicación de la tutela cautelar atípica dentro del proceso contencioso administrativo, este poder general de cautela estaba sujeto a ciertos límites intrínsecos a la naturaleza misma de las medidas cautelares (v. gr. presupuestos y características), así como a ciertos límites extrínsecos propios del sistema contencioso administrativo (v. gr. principio de subsidiariedad¹¹⁹, congruencia y proporcionalidad).

¹¹⁹ Importante aclarar que dicho numeral 242 CPC, comprende la aplicación supletoria de la medida cautelar atípica dentro del proceso contencioso administrativo, para aquellos supuestos en los que dicha situación concreta no es regulada por una medida cautelar típica, es decir, solamente cuando no es suficiente la suspensión del acto administrativo.

Entonces, con la aplicación de esta norma cautelar atípica dentro del proceso contencioso administrativo, se le permitía al juez, tomar ciertas medidas cautelares urgentes y necesarias, dentro de los límites de cada caso en concreto. Cumpliéndose a cabalidad con el derecho a una tutela cautelar efectiva como garantía a una justicia pronta y cumplida; situaciones que con la LRJCA no se podían otorgar, por estar sujeto el juzgador únicamente a la suspensión del acto administrativo.

Particularmente, sobre la tutela cautelar atípica, el Código Procesal Civil en su numeral 242, establece lo siguiente:

“Artículo 242. – Facultades del Juez. Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.

Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución”.

En cuanto a esta norma, se puede resaltar que la atipicidad de las medidas cautelares, “se proyecta en dos frentes, tanto en el ámbito de los presupuestos, como en el de su contenido, únicamente se especifica que el juez debe adoptar las medidas precautorias que considere adecuadas, con la finalidad, no explícita, pero sí inherente a la naturaleza de la institución de garantizar la efectividad de la sentencia definitiva (...) se trata, entonces, de una discrecionalidad limitada, secundum legem, dado que la adopción de la medida necesaria

está sujeta a una serie de pautas de la medida y límites preestablecidos por el legislador”¹²⁰.

En relación con los presupuestos necesarios, al momento de decretar una medida cautelar atípica, lo único que el legislador reguló expresamente en el párrafo primero de dicho numeral, es el *periculum in mora*, al condicionar el otorgamiento de las medidas precautorias necesarias ante el “*fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación*”. “*De esta forma, el art. 242 CPC permite hacerle frente a cualquiera de los tipos de periculum in mora (...), sea el peligro de la infructuosidad práctica o de la tardanza de la sentencia de mérito*”¹²¹.

Mas con respecto al *fumus boni iuris*, el numeral en mención, no se refiere específicamente a este presupuesto esencial de la tutela cautelar. Sin embargo, este presupuesto, resulta inherente a la naturaleza misma de la institución cautelar.

Igualmente, sucede con la exigencia de una caución como presupuesto para adoptar la medida cautelar; no siendo presupuesto necesario para su otorgamiento, es una facultad meramente potestativa del juzgador al momento de valorar cada caso en concreto.

En relación con la situación jurídica y la regulación cautelar atípica comprendida dentro del numeral 242 del CPC. Este artículo “*se refiere únicamente a los derechos, empero, a la luz*

¹²⁰ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 220.

¹²¹ Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 221.

del texto constitucional, debe considerarse que por su medio – y sobre todo, cumpliendo su función supletoria en el proceso administrativo – deben ser tutelables, también, los intereses legítimos (art. 49 CP)”¹²².

Sobre el tipo de medidas cautelares atípicas, que el juez podía decretar dentro del proceso contencioso administrativo, en el párrafo segundo, del artículo 242 del CPC, el legislador reconoce algunos ejemplos en donde el juez para evitar el daño, *“podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución”*. *“Sin embargo, en virtud de la elasticidad del eventual contenido de la medida precautoria atípica adoptada (...), no cabe la menor duda que el juez puede dictar, tanto medidas conservativas como anticipatorias, es decir, aptas para neutralizar el peligro de infructuosidad práctica o el peligro de tardanza de la sentencia de mérito, (...) lo importante por subrayar es que el art. 242 CPC permite la adopción de medidas no sólo de mero aseguramiento, sino también provisionalmente anticipativas o satisfactorias de los efectos de la sentencia principal”¹²³.*

Finalmente, una vez planteada la antigua regulación en materia cautelar, se puede concluir que con la LRJCA y la aplicación supletoria del CPC, se estipulaba dentro de la jurisdicción contencioso administrativa un sistema cautelar de carácter mixto, en donde, por un lado, mediante la suspensión en los efectos del acto administrativo, se establecía la tutela cautelar típica regulada en el artículo 91 de LRJCA; y por otro, se permitía la aplicación de una tutela cautelar atípica o *numerus apertus*, como la consignada en el numeral 242 del

¹²² Jinesta Lobo (Ernesto). *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1996. Pág. 224.

¹²³ *Ibidem*, Págs. 222- 223.

CPC, que posibilitaba la aplicación de medidas conservativas, anticipatorias o innovativas dentro del proceso contencioso administrativo.

Al respecto, tanto la Sala Constitucional como los Tribunales Contencioso Administrativos, han realizado un reconocimiento expreso de dicho sistema cautelar mixto y sus implicaciones. Como muestra, resulta importante lo consignado en el voto constitucional número 6224 del año 2005, que en lo que interesa dispone lo siguiente:

“(...) En efecto, el artículo 242 párrafo 1º, del Código Procesal Civil – emplazado, sistemáticamente en el Título IV “Medidas Cautelares” del libro I “Disposiciones Generales” –, habilita al juez para dictar y ordenar aquellas medidas precautorias que no se encuentran expresamente reguladas (...). La aplicación supletoria de esta norma del proceso civil, según el principio de unidad de jurisdicción, permite concluir que el sistema cautelar previsto para el orden jurisdiccional contencioso – administrativo es de carácter mixto o numerus apertus”¹²⁴.

En último término, a modo de conclusión, si bien es cierto con la aplicación supletoria del numeral 242 del CPCA, se lograba una complementación y subsanación de los distintos defectos del sistema cautelar establecido en la LRJCA; en la práctica jurídica, se hizo necesaria una reforma legislativa en relación al proceso contencioso administrativo, reforma en donde el tema de la tutela cautelar reviste una trascendencia fundamental, como

¹²⁴ Sala Constitucional, Voto número 6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

medio para garantizar una justicia plena y efectiva para todos los administrados que son partícipes del actuar diario de la Administración Pública.

Justamente, en razón de esa necesidad de cambio, surge el Código Procesal Contencioso Administrativo, norma que pretende incorporar dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, las más modernas y amplias posiciones, en relación con el control de la conducta de la Administración Pública y en la protección de los derechos fundamentales del administrado, contexto del cual es parte el instituto cautelar.

CAPÍTULO TERCERO: MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el presente capítulo, esbozaremos un amplio repaso sobre la nueva regulación que el Código Procesal Contencioso Administrativo otorga al instituto cautelar, en sus aspectos formales, procesales y de fondo.

Sección Primera: El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

El primero de enero de dos mil ocho entró en vigencia dentro del ordenamiento jurídico costarricense, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley No 8508 del 24 de abril de 2006), código que viene en sustitución de la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley No 3667 del 24 de enero de 1966).

El nuevo CPCA *“contiene una regulación completa y acabada sobre las medidas cautelares, a diferencia de la vieja LRJCA de 1966, que por su carácter revisor u objetivo sólo regulaba como media precautoria la suspensión de la ejecución”*¹²⁵.

Sobre el nuevo código, se puede manifestar que *“replantea el carácter tradicional revisor de la jurisdicción contencioso – administrativa y la transforma en una plenaria y universal – sin reductores exentos de control –, de modo que, en forma consonante, se prevé un amplísimo espectro de medidas cautelares, ya no solo la clásica y negativa de la*

¹²⁵ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, **El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 173.

suspensión de la ejecución de los actos administrativos, sino también, otras de carácter positivo o innovativo”¹²⁶.

Un aporte importante que se hace con la nueva legislación, es que el código establece una justicia administrativa completa y reforzada, de conformidad con los numerales 41 y 49 constitucionales, en el sentido de que se garantiza un control de legalidad pleno de la labor administrativa. Se establece una supervisión de la actividad formal administrativa, de sus actos, así como también de sus relaciones jurídicas con los administrados, sus actuaciones y omisiones, tanto materiales como formales y de cualquier otra conducta o actividad jurídica que esté sujeta al Derecho Administrativo.¹²⁷

Para lograr el objetivo de justicia pronta y cumplida, el CPCA ha desarrollado una serie de herramientas e institutos procesales, que pretenden brindar al administrado, un sistema de justicia administrativa rápido, transparente, democrático, sencillo y ante todo expedito.

¹²⁶ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, **El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 173.

¹²⁷ Tema que ha sido confirmado por la jurisprudencia en los siguientes términos: “*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 Magna y que junto a los principios de sometimiento del Estado al Derecho (artículo 11), control plenario de la función pública (artículo 49) y distribución de funciones (ordinal 9 ibídem), constituyen los pilares de este nuevo régimen procesal*”. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

Una de las novedades de mayor relevancia que están incluidas dentro del código, está comprendida en la ampliación del objeto (regulado en el artículo 1 del CPCA¹²⁸) y las pretensiones (regulado en el numeral 42 del CPCA¹²⁹) del proceso contencioso administrativo.

La ampliación, ha permitido pasar del carácter revisor de los actos administrativos, a una visión más amplia en cuanto al control de las situaciones y relaciones jurídicas, conductas administrativas formales o materiales, acciones u omisiones. Esto permite dirigir el objeto y pretensiones del proceso, no solamente a la suspensión o anulación del acto, sino a una

¹²⁸ Artículo 1 CPCA: 1) La Jurisdicción Contencioso – Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico – administrativa.

2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

3) Para los fines de la presente Ley, se entenderá por Administración Pública:

a) La Administración central.

b) Los Poderes Legislativos, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.

c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho Público.

¹²⁹ Artículo 42 CPCA: 1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.

2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:

a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.

b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.

c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.

d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.

g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

j) La condena al pago de daños y perjuicios.

posible indemnización y declaración de un nuevo acto o conducta administrativa en pro de los derechos del administrado.¹³⁰

Con la mencionada extensión del objeto y las pretensiones dentro del proceso contencioso administrativo, se deriva como consecuencia la ampliación en los poderes y facultades del juez, permitiéndole la aplicación de un mayor rango de medidas cautelares, por cuanto el objeto del proceso no está restringido al carácter revisor del acto, como sucedía con la LRJCA, en donde el juez no podía otorgar una medida cautelar mayor a lo que podía resolver dentro del proceso principal; esto, sin ninguna duda restringía el poder cautelar del juzgador.

Además, se introduce una regulación moderna que permite responder a las necesidades y exigencias del administrado. Por ello, con la finalidad de lograr una tutela judicial amplia y efectiva, se establece un sistema de medidas cautelares *numerus apertus*, superándose la antigua regulación del incidente en la suspensión de los efectos del acto administrativo, como única medida cautelar posible dentro del proceso.

¹³⁰ “De ahí que como derivado de esta corriente, el nuevo 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)”. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

En conclusión, se debe considerar que el nuevo CPCA ha positivizado, de manera acertada, los distintos aportes doctrinarios y jurisprudenciales, que desde hace algún tiempo atrás, se venían desarrollando con el afán de solventar los vacíos legales que se suscitaban con la aplicación de la anterior LRJCA.

Específicamente, sobre las medidas cautelares se debe de resaltar la importante labor que tuvo el Tribunal Contencioso Administrativo. Podría decirse que el desarrollo y regulación del Título III, Capítulo Único sobre Medidas Cautelares , estuvo predeterminado por el amplio y vasto desarrollo que la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional ha tratado sobre el tema; la cual ha sido ratificada y reconocida por la Sala Constitucional.

Sección Segunda: Regulación y Contenido de la Tutela Cautelar.

En relación con la tutela cautelar, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, en su Título III, ha regulado un *“sistema cautelar numerus apertus, puesto que, el contenido de las medidas es librado a la discrecionalidad y casuismo judicial con fundamento en un poder general de cautela, teniendo, únicamente, como parámetro objetivo la idoneidad o necesidad de la medida para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito”*¹³¹.

Sistema cautelar que se desarrolla de los numerales 19 al 30 del CPCA, cuyo contenido y regulación se aborda a continuación.

¹³¹ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Págs. 173 - 174.

a. Solicitud de la Medida Cautelar.

En relación con la solicitud de la medida cautelar, dentro del proceso contencioso administrativo, el artículo 19¹³² párrafos 1º y 2º, regula, de manera amplia, la oportunidad procesal oportuna, para decretarlas.

Concretamente, dicho numeral establece la posibilidad de otorgar medidas cautelares antes del inicio del proceso, durante la tramitación del mismo, así como durante la ejecución de la sentencia de fondo, según lo permite el artículo 155¹³³ párrafo 3º del código de marras.

Dentro del CPCA, en el artículo 19 párrafo 1º, se prevee como regla general, el principio dispositivo para el otorgamiento de la tutela cautelar, de modo tal que las medidas cautelares dentro del proceso se otorgan a instancia de parte y no de oficio.¹³⁴

El principio dispositivo supra mencionado, presenta algunas excepciones, tal es el caso de las medidas cautelares provisionalísimas, según el artículo 23 del CPCA. Estas, pueden ser

¹³² Artículo 19 CPCA: 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

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

¹³³ Artículo 155, Párrafo 3 CPCA: 3) Firme la sentencia, el juez ejecutor dictará o dispondrá a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución.

¹³⁴ Principio que ha sido consignado por la jurisprudencia en los siguientes términos: *“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 adecuarlas para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 19.1 ejusdem)”*. **Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.**

decretadas de oficio por el juzgador mientras se resuelve la medida cautelar solicitada. Asimismo, se establece otra excepción para el otorgamiento de medidas cautelares en la etapa de conciliación del proceso; esta, se encuentra regulada en el numeral 78¹³⁵ de dicho código.

En cuanto a finalidad que persigue la solicitud de una medida cautelar, el numeral 19, párrafo 1° del CPCA, pone de manifiesto una doble función a la tutela cautelar; esta, se denota con la frase: *“proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*.

Desde una perspectiva objetiva, la medida cautelar tiene por función principal, *“garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que ésta no sea una declaración platónica de principios”*¹³⁶. Con esta, se pretende lograr un equilibrio entre la lentitud misma del proceso, comprendida por el tiempo necesario entre la presentación de la demanda y la sentencia definitiva, con la efectividad real de la sentencia de fondo; equilibrio que resulta acorde con la protección al derecho fundamental de una justicia pronta y cumplida para el administrado.

Por su parte, se habla de una función subjetiva de la tutela cautelar, al *“garantizar la integridad y satisfacción anticipada y provisional de las situaciones jurídico*

¹³⁵ Artículo 78 CPCA: La jueza o juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.

¹³⁶ Jinesta Lobo (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 82.

sustanciales”¹³⁷. De esta forma el CPCA, le otorga al administrado la posibilidad de obtener de manera temporal y anticipada a la sentencia definitiva del proceso, la protección efectiva y real de la situación jurídica que busca tutelar con la interposición del proceso contencioso administrativo.

b. Criterios para el Otorgamiento de las Medidas Cautelares.

En relación con el contenido comprendido por la normativa cautelar dentro del CPCA, el artículo 19 párrafo 1° incluye dos conceptos jurídicos indeterminados que otorgan una flexibilidad y amplitud al sistema cautelar en el nuevo proceso contencioso administrativo.

Concretamente, se hace referencia a la posibilidad de ordenar “*las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”. Dicha manifestación del código, le concede al juez un poder general de cautela, puesto que los conceptos de “*adecuadas y necesarias*” otorgan la facultad de decretar medidas cautelares de toda índole. Se concluye, por ende, que la regulación cautelar vigente, comprende un sistema cautelar de *numerus apertus*, completamente amplio y flexible.

Al respecto, es importante manifestar que los conceptos explicados traen como consecuencia la aplicación del principio de proporcionalidad¹³⁸, el cual le “*asegura a los*

¹³⁷ Jinesta Lobo (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 83.

¹³⁸ Manifiesta Jinesta Lobo, que dicho principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, se descompone en tres subprincipios elementales: “*a) Idoneidad que es la adecuación que debe de existir entre la medida adoptada y los fines o su aptitud para alcanzarlos (...)* b) *Necesidad o intervención mínima que supone la*

administrados que sus derechos fundamentales serán restringidos o limitados cuando la ley lo autorice (principio de reserva de ley y de legalidad) para la protección de intereses y valores constitucionales elevados y por medio de instrumentos idóneos, necesarios y proporcionados”¹³⁹.

De conformidad con esta amplia facultad que se le otorga al juez, al momento de decidir sobre las medidas cautelares aplicables dentro del proceso, es menester aclarar que el juzgador debe asegurarse que la medida adoptada, guarde una relación directa con el objeto reclamado. Es necesario, para cada caso en concreto, un análisis propio del acto o conducta reclamada, así como de las pretensiones y valoraciones formuladas por las partes.

Asimismo, sobre el carácter adecuado y necesario de las medidas cautelares otorgadas por el juez; dichos términos comprenden “*conceptos jurídicos indeterminados que tienen que ser precisados por el juez en cada caso, a efecto de establecer cuál de la tipología de medidas conocidas es la más apta para cumplir los fines de la tutela cautelar en el caso concreto*”.¹⁴⁰

Si bien es cierto que el CPCA le otorga al juez la posibilidad de adoptar las medidas adecuadas y necesarias, para garantizar de manera provisional el objeto del proceso y proteger la efectividad de la sentencia. Esa facultad de análisis y decisión, no lo vincula de

necesidad de emplear otros medios alternativos menos gravosos (...) c) *Proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de los intereses enfrentados o el contraste de valores, según las circunstancias de cada caso”*. Jinesta Lobo (Ernesto), *Medidas Cautelares, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Págs. 209 – 210.

¹³⁹ *Ibidem*, Pág. 209.

¹⁴⁰ Rojas Chavez (Magda Inés). *Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado*, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 148.

manera concreta a la solicitud presentada por la parte, ya que en muchos supuestos podría ocurrir que la medida solicitada, no tenga relación alguna con la pretensión y objeto final del proceso, o no sea relevante para la tutela del mismo.

De la regulación planteada dentro del sistema cautelar en el CPCA, se desprende que *“el juez no está vinculado por el principio de congruencia, a que hace referencia el Código Procesal Civil, artículo 99¹⁴¹, como uno de los poderes deberes del juez, conforme al cual el juez está limitado por lo solicitado por la parte”*.¹⁴²

De lo anterior se deriva, que el juez, dentro del proceso, puede resolver en materia cautelar, de conformidad con el criterio de adecuación y necesidad enmarcado por el código. Dicho de otro modo, el juez tiene el poder de acordar la medida cautelar que considere más idónea, aún y cuando no sea la solicitada por la parte, por cuanto de la apreciación y consideración del juzgador, se puede derivar que la medida necesaria para el caso en particular, sea completamente contraria a la solicitud planteada por la parte promoviente de la tutela cautelar.

En definitiva, se puede concluir, que de los nuevos criterios y de la amplitud de poderes otorgados al juez para el establecimiento de la tutela cautelar, el principio de congruencia no se aplica dentro del CPCA; esta situación es completamente contraria a lo establecido en la anterior LRJCA, que sí restringía el accionar del juzgador a lo solicitado por la parte.

¹⁴¹ Artículo 99 CPC: La sentencia se dictará dentro de los límites establecidos en la demanda. Es prohibido para el juez pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la ley exige la iniciativa de la parte.

¹⁴² Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 149.

c. Contenido de la Tutela Cautelar.

Dentro del CPCA, se establece una amplia regulación a la tutela cautelar, de modo tal que se aplica la clásica y antigua medida de la suspensión en los efectos del acto administrativo, así como también se establecen otras medidas de carácter positivo, anticipatorio o innovativo.

La regulación de *numerus apertus*, se concreta mediante el artículo 20, párrafo 1° del código, que le permite al juez garantizar una justicia pronta y cumplida, otorgándole las facultades requeridas para dictar las medidas adecuadas y necesarias, cuyo contenido amplio y específico queda enmarcado en la norma, de la siguiente manera:

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

De la relación de este artículo, con lo establecido en el numeral 19, párrafo 1° supra, se deriva una vasta y amplia aplicación de la tutela cautelar, que otorga una norma abierta o en blanco al juzgador; que le permite adoptar la medida cautelar necesaria a cualquier circunstancia o situación imprevista.

En virtud de esta nueva regulación que enmarca el CPCA, se habla de una elasticidad en el contenido futuro de la medida cautelar, misma que *“le permite al órgano jurisdiccional disponer medidas tanto conservativas como anticipativas o innovativas que regulen o satisfagan, provisionalmente y de forma total o parcial, la situación jurídica sustancial invocada por el promovente”*¹⁴³. Se supera, de esta manera, el antiguo sistema cautelar de la LRJCA, que limitaba en demasía las posibilidades del juez de ampliar la tutela cautelar, debido al carácter revisor de la función administrativa; éste, consideraba como única opción la suspensión de los efectos del acto.

Se afirma que *“la apertura en medidas cautelares que innovó el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, es un mecanismo por medio del cual se permite a las partes solicitar cualquier clase de disposición que venga a garantizar la posterior eficacia de una sentencia condenatoria, en aras de evitar posibles daños, actuales o potenciales (...) pudiendo tomar dichas medidas cautelares formas innumerables, pues pueden ser referidas a la conservación del estado de las cosas, innovativas o anticipativas, dependiendo de las necesidades de las partes”*¹⁴⁴.

Seguidamente, se procede a desarrollar una breve representación del contenido de las medidas cautelares que pueden otorgarse dentro del nuevo proceso contencioso administrativo; se aclara que por la amplitud propia de las mismas, no es posible predecir, con certeza, su desarrollo, particularidades y comportamiento futuro.

¹⁴³ Jinesta Lobo (Ernesto). **Manual del Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 86.

¹⁴⁴ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 461-2008 de las ocho horas tres minutos del veintinueve de julio de dos mil ocho.

c.1 Medidas Conservativas.

Sobre las medidas cautelares conservativas, tal y como se desarrolló supra, la nueva regulación en materia cautelar permite al órgano jurisdiccional a cargo del proceso, decretar la clásica suspensión en los efectos del acto administrativo, según aquellos supuestos en donde se esté reclamando la impugnación de un acto formal de la Administración.

La finalidad de las medidas conservativas, es entonces, el impedir que la situación de hecho o de derecho, bajo la cual se discute el proceso, se modifique o varíe, durante el tiempo necesario para el dictado de la sentencia de fondo.

Podría afirmarse, que esta medida cautelar comprende los mismos efectos que estaban regulados por LRJCA, cuya suspensión opera en un ámbito sumamente reducido, como por ejemplo en la prohibición de enajenar o de imponer un gravamen sobre determinado bien y la suspensión del acto impugnado; estas medidas tienen como fin conservar la situación existente antes de la emisión del acto que se recurre.

c.2 Medidas Anticipatorias o Innovativas.

De conformidad con las potestades otorgadas al juez, de decretar obligaciones de hacer, no hacer, o de dar; se desprende de dicha norma, la facultad de implementar medidas cautelares positivas dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa.

Ante esta nueva posibilidad, el juzgador tiene la facultad de sustituir la inactividad administrativa o bien, la de sustituir el acto negativo mediante el cual se le ha rechazado algún derecho o pretensión al administrado en la vía administrativa. Por ende, a través de dichas medidas positivas se puede *“ordenar la adopción de una conducta activa idónea de aseguramiento, creación o regulación para crear una condición jurídica particular hasta el momento inexistente o garantizar la imperante; así puede configurar o regular una situación jurídica. En ese sentido, el juez va a dejar de ser “administración negativa”, el poder que anula y asegura la conformidad del acto administrativo con el derecho de contribuir a la acción pública e incluso con la política pública”*¹⁴⁵.

Resulta importante resaltar la aplicación real que comprende el efecto anticipativo de la tutela cautelar dentro del proceso. Éste, alcanza la posibilidad de que el juez a cargo, obligue a la Administración para que, de manera anticipada, realice u otorgue la prestación que se estima en la demanda; es decir, se establece la posibilidad de dictar una medida cautelar que adelante los efectos de la sentencia de fondo del proceso, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos, características y valoraciones propias de la tutela cautelar requerida para el caso en concreto.

En relación a la posibilidad de decretar medidas cautelares positivas dentro del proceso contencioso administrativo; hay que mencionar que dichas medidas han sido previamente clasificadas por la doctrina en inhibitorias, ordenatorias y sustitutivas.

¹⁴⁵ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 153.

c.2.1 Inhibitorias.

Las medidas cautelares inhibitorias, comprenden órdenes directas de no hacer o la imposición de obligaciones de abstenerse de determinada conducta o práctica jurídica a la Administración Pública; todo esto, con la finalidad de impedir o evitar una lesión sobre los intereses o pretensiones de las partes dentro del proceso.

Estas medidas inhibitorias, *“son muy adecuadas y necesarias tratándose de las actuaciones materiales ilegítimas (v. gr. vía de hecho), por cuanto, su objeto es que cese inmediatamente, a través de una orden de no hacer, y desde luego, la superación del estado creado por la actuación espuria, aspecto este último que puede suponer una medida ordenatoria”*¹⁴⁶.

c.2.2 Ordenatorias.

Tales medidas, comprenden la disposición del juez de ordenar a la Administración la obligación de hacer algo general o concreto, en relación con los intereses y pretensiones de las partes dentro del proceso.

A modo de ejemplo, se pueden citar, las medidas en donde el juzgador obliga a la Administración a pagar una suma proporcional de dinero al administrado, en carácter de indemnización por el daño causado, mientras se resuelve el fondo del asunto; la obligación

¹⁴⁶ Jinesta Lobo (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 87.

a la Administración de brindar los medicamentos requeridos por un paciente que se encuentra con una enfermedad terminal; la obligación de brindar asistencia médica idónea a un paciente que está reclamando una intervención quirúrgica urgente; la obligación de ordenar el cierre de un negocio comercial, debido a las condiciones insalubres y precarias en que se encuentra dicho establecimiento; la obligación de cierre de un negocio juvenil, debido a los altos niveles de contaminación sónica ocasionados a los vecinos del lugar; la obligación de aceptar de manera temporal la venta de determinado producto alimenticio en el mercado nacional, mientras se resuelve el fondo del asunto; la obligación de extender al administrado algún documento legal o certificación que la propia ley establece; entre algunos otros.

c.2.3 Sustitutivas.

En relación con las medidas cautelares sustitutivas, el juez en este tipo de tutela cautelar, sustituye a la Administración Pública, al dictar una medida cautelar temporal, mientras se conoce el fondo del proceso.

Dichas medidas tienen una relación trascendental con el límite del órgano jurisdiccional, de invadir la discrecionalidad administrativa, según lo determina el propio CPCA en su numeral 20, párrafo 2°. Éste, en lo que interesa, establece lo siguiente:

“Artículo 20.- (...) Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código”.

Por su parte, el artículo supra, remite al numeral 128 del código y señala lo siguiente:

“Artículo 128.- Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandamientos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución”.

Estas normas, establecen la posibilidad de que el juez dentro del proceso, pueda decretar el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración. Sin embargo, la ordenación deberá ser comprendida dentro de los límites y mandatos del ordenamiento jurídico; debiendo declarar, previamente, la existencia, contenido y alcance de los mismos.

Sobre esta limitación y control de la discrecionalidad administrativa, JINESTA LOBO, ha manifestado que *“no obstante, el juez puede decretar medidas cautelares innomidadas por cuyo medio obligue a la Administración a observar los límites jurídicos inherentes al ejercicio de las potestades discrecionales tales como las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica, los principios elementales de la justicia, la lógica y la conveniencia, los derechos fundamentales (artículos 16, 158, párrafo 4º y 160 de la Ley*

General de la Administración Pública 147), los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados, etc.”¹⁴⁸.

Finalmente, es importante esbozar, que para aquellos supuestos en donde el administrado posee un derecho subjetivo perfecto, la Administración ostenta la obligación, de decretar un acto administrativo o de prestar el servicio requerido, para garantizar el derecho pleno del administrado. En tales supuestos, el juez puede utilizar su potestad jurisdiccional, para obligar, de manera concreta, a la Administración, a cumplir ese derecho. En caso sustitutivo, el juzgador mismo podrá dictar la medida cautelar necesaria, para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sin necesidad de inmiscuirse para ello, dentro del núcleo de la discrecionalidad administrativa.

d. Presupuestos de la Tutela Cautelar.

En relación con los presupuestos que el CPCA establece para decretar una medida cautelar, acertadamente, dicho cuerpo normativo ha positivizado los avances doctrinarios y jurisprudenciales existentes en materia constitucional y contencioso administrativa. Acoge el *periculum in mora* y *el fumus boni iuris*, como los presupuestos esenciales de la tutela

¹⁴⁷ Artículo 16 LGAP: 1) En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a regla unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2) El juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Artículo 158. Párrafo 4º LGAP: 4) Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.

Artículo 160 LGAP: El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.

¹⁴⁸ Jínesta Lobo (Ernesto). **Manual del Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 88.

cautelar; estos, se complementan con un tercer presupuesto, establecido en la ponderación de los intereses en juego.

Estos presupuestos han sido aceptados y ratificados por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. Éste, ha manifestado que *“de conformidad con los artículos 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, son tres los presupuestos de la tutela cautelar a saber: el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses en juego, tanto en lo que hace a los intereses de terceros como al interés público(...)”*¹⁴⁹.

En relación con la manera de ponderar la existencia de dicho presupuesto, es importante tener presente que *“en el análisis de las cautelares, el juzgador no debe dar mayor importancia o potenciar uno de los tres presupuestos aludidos, pues cada uno de ellos forma parte de factores de una ecuación que permite determinar la procedencia o no de la medida. Uno solo de los elementos no puede llegar a determinar la pertinencia de la solicitud, pues solo de converger los tres presupuestos, la medida sería viable (...) Ergo, el juzgador debe sopesar cada uno de ellos para de manera integral, llegar a una decisión(...)”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, Voto número 124-F-TC-2008 de las nueve horas del tres de octubre de dos mil ocho.

¹⁵⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

Con respecto a la caución o contracautela, dentro del nuevo cuerpo normativo vigente, se puede indicar que esta no se plantea como un presupuesto básico de la medida cautelar. No obstante, sí se consagra como una potestad del juzgador para solventar los posibles errores y riesgos existentes al otorgar una medida cautelar, permitiéndole exigir una contramedida, para aquellos supuestos en donde la sentencia de fondo, resulte desestimatoria para el actor del proceso.

d.1 Periculum in mora.

Concretamente, dicho presupuesto de peligro en la demora, queda de manifiesto en el numeral 21 del CPCA, artículo que, en lo que interesa, dispone:

“Artículo 21.- La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida (...).”

De lo anterior, se tiene que *“este artículo establece que para la procedencia de una medida cautelar, la conducta administrativa sometida al proceso, debe producir graves daños y perjuicios, actuales o potenciales, es decir esta norma hace referencia al presupuesto del peligro en la demora”¹⁵¹.*

¹⁵¹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 315-2008 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Tal y como se ha tratado supra, el *periculum in mora* consiste en el temor fundado que tiene el sujeto activo, de que la situación jurídica solicitada, resulte dañada o gravemente perjudicada, a tal punto de ser irreparable, una vez transcurrido el tiempo necesario para lograr el fallo principal. Se deriva de lo anterior, la necesidad de que se presenten los dos elementos que lo conforman: el daño inminente y la demora en el conocimiento del fondo del proceso.¹⁵²

Dicho presupuesto, según lo establecido en el numeral 21 supra, exige que el daño provocado sea grave, es decir, se dejan de lado aquellos supuestos en donde el daño ocasionado sea leve. Asimismo, otro aspecto de relevancia, consiste en la posibilidad que otorga la norma, de proteger, no solamente la lesión actual, sino también, todas aquellas potenciales o futuras, siempre y cuando se logren probar las amenazas y peligros suficientes, que ameriten tener por probado el peligro en la demora.¹⁵³

Manifestaciones que han sido de recibo por el Tribunal Contencioso Administrativo al declarar que el *“peligro en la demora referido a los graves daños y perjuicios establecido en el artículo 21, que en la actual legislación, viene a establecer una flexibilización del antiguo sistema procesal, en el sentido que ahora los daños y perjuicios parten del rango*

¹⁵² Véase supra, Págs 36 a 40.

¹⁵³ Importante consignar lo establecido por la jurisprudencia en relación a este punto: *“Nótese que la normativa actual supera el limitado criterio de daños de difícil o imposible reparación, para optar por un referente por demás amplio, como es, la posibilidad de que la ejecución de la conducta produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales. Lo anterior supone la posibilidad de tutela cautelar de potencialidades de daños. Ahora bien, es claro que el daño requerido para el amparo cautelar ha de ser efectivo y real, con independencia de si es material, moral o de otro orden. Si bien es cierto no es preciso que sea actual, pues bien puede ser potencial, es decir, a futuro, ciertamente el daño ha de ser concreto y cierto”*. Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

de gravedad, ya no de imposible o difícil reparación, pero el límite es justamente que los daños sean graves. En otras palabras si los daños no alcanzan ese rango de gravedad la medida no procede, pero si alcanza este rango y uno mayor la medida procede¹⁵⁴. (El subrayado es del original).

Sin embargo, *“debe recordar la parte actora, que para que proceda el dictado de una medida cautelar, debe probar la gravedad de los daños que produce la conducta administrativa impugnada, ya que no se puede decretar una medida cautelar con el solo dicho del accionante, sino que se requiere prueba idónea que demuestre estos graves daños y perjuicios que el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, exige como presupuesto necesario para acceder a la protección cautelar*¹⁵⁵, *o bien, si carece de elementos de prueba, por lo menos debe brindar los elementos de convicción básicos para que se pueda concluir, de manera razonable, con los hechos, que los daños se pueden generar*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 416-2008 de las dieciséis horas del veintitrés de junio de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 286-2008 de las doce horas con treinta minutos del nueve de mayo de dos mil ocho.

¹⁵⁵ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 377-2008 de las quince horas del nueve de junio de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 346-2008 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de mayo de dos mil ocho.

¹⁵⁶ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 354-2008 de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del dos de junio de dos mil ocho. Asimismo, *“la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de Casación de conformidad con las reglas del CPCA, ha indicado en sus resoluciones números 5-F-TC-2008 y 18-F-TC-2008, del 6 de febrero y del 28 de marzo de este año, que la carga de la prueba en la justicia cautelar es de quien alega el peligro en la demora, lo cual indica la necesidad de probar los posibles daños de difícil o imposible reparación y, así como de las circunstancias en que estos podrían darse”*. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 1041-2008 de las quince horas con treinta minutos del seis de noviembre de dos mil ocho y **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 715-2008 de las once horas con tres minutos del veintitrés de setiembre de dos mil ocho.

A manera de conclusión, con el CPCA se pretende regular dentro del *periculum in mora*, cualquier peligro o riesgo, sea actual o potencial, que represente una amenaza para la eficacia de la sentencia, siempre y cuando dicha posibilidad de daño sea concreta y cierta.

d.2 *Fumus boni iuris*.

Sobre la apariencia de buen derecho que el juzgador debe de comprobar al momento de realizar la valoración inicial, para el otorgamiento de una medida cautelar dentro del proceso, el CPCA, en su artículo 21, cita lo siguiente:

“Artículo 21.- La medida cautelar será procedente (...) siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad”.

Esto implica una regulación negativa del *fumus boni iuris*, de modo tal que el órgano jurisdiccional a cargo del proceso, debe valorar la no falta de seriedad y fundamento de la pretensión inicial planteada por la parte activa.

Dentro de la doctrina ordinaria, dicho presupuesto, se traduce en la probabilidad y verosimilitud de la situación jurídica que invoca la parte que promueve el proceso, y por ende, en la posibilidad de salir vencedor al momento de dictarse la sentencia definitiva del mismo.

En razón de la urgencia y sumariedad, con que se debe resolver la medida solicitada, el juez, antes de decretarla, debe cumplir con un juicio de probabilidad y verosimilitud; debe

llevar a cabo una valoración inicial que no prejuzgue el fondo del asunto y que por el contrario, se debe al carácter de cognición sumaria propio de la medida cautelar.¹⁵⁷

En el fondo, dicho presupuesto “trata de ponderar si la situación jurídica cuya tutela se pretende merece ser admitida para su valoración y cuenta con soporte jurídico, de modo que los motivos fácticos y jurídicos de las pretensiones, no sean abiertamente infundados. Así, este elemento exige el examen de la posible existencia de una situación jurídica tutelable y que la acción u omisión se contraponga a la legalidad. Basta entonces con una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto”¹⁵⁸.

Concretamente, dentro del nuevo CPCA, el numeral 21 supra, establece, tal y como se adelantó, una regulación negativa de dicho presupuesto, en el tanto, no es necesario comprobar la existencia de un juicio certero sobre el éxito de la demanda y sobre la seriedad plena de la pretensión principal. Por el contrario, el código se conforma con una regulación negativa que consiste en constatar que la demanda no sea infundada y que la pretensión no sea temeraria; esta, tiende a favorecer el otorgamiento de la medida.

¹⁵⁷ “Este presupuesto supone la condición de que la demanda o bien la pretensión deducida no sea temeraria o en forma palmaria, carente de seriedad. Consiste por ende en un juicio preliminar, sin ingresar al fondo del asunto (pues ello corresponde al proceso principal y a la sentencia de fondo) de la seriedad de la acción, sea, es una medición preambular y superficial respecto del juicio de posibilidad y verosimilitud de la existencia de la situación jurídica sustancial que se pretende tutelar”. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

¹⁵⁸ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve.

En lo que corresponde al “*fumus boni iuris*” se ha dicho por parte del Tribunal de Casación que “*no es el elemento determinante sino que se trata de un presupuesto más, que se refiere a la probabilidad de acogimiento de la cuestión principal, Así, el juzgador realiza un análisis de lo pretendido, esto es una concepción invertida de este humo de buen derecho, bastándole la comprobación de que no se trata de una demanda temeraria*”¹⁵⁹.

En conclusión, para el otorgamiento y cumplimiento de dicho presupuesto, bastará con el juicio de que la demanda no sea exagerada y por ende, del convencimiento del juez a cargo, de que en razón de la prueba y circunstancias disponibles dentro del proceso, la demanda y la pretensión invocada por el solicitante, presenta una apariencia de buen derecho, o en sentido negativo, que las mismas no sean manifiestamente infundadas, es decir; que no haya apariencia de mal derecho tal y como lo plantea el CPCA.

d.3 Ponderación de los Intereses en Juego.

Este nuevo presupuesto por tomar en consideración dentro de la tutela cautelar, está representado por la ponderación de los intereses en juego, denominado, en muchas ocasiones, por la doctrina como “*bilateralidad del periculum in mora*”. Éste, “*consiste en el ejercicio que debe efectuar el órgano jurisdiccional, al conceder o resolver una solicitud de medida cautelar, de aplicar el principio de proporcionalidad, de modo que se ponderen los diversos intereses involucrados al dictarla*”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo, Voto número 157-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del siete de noviembre de dos mil ocho.

¹⁶⁰ Jinesta Lobo (Ernesto). *Manual del Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 93.

Sobre el principio de proporcionalidad y su relación con la ponderación de los intereses en juego dentro del proceso, el artículo 22, párrafo 1° del CPCA, en lo que interesa, establece lo siguiente:

“Artículo 22.- Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad,¹⁶¹ de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros(...)”.

Con lo anterior, se instaure el deber que tiene el juez, de comparar los distintos intereses en disputa dentro del proceso; es decir, valorar si frente al interés o derecho privado que se pretende tutelar, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la solicitud cautelar o que se constituya en una lesión grave para los intereses de terceros.

¹⁶¹ Sobre la provisionalidad e instrumentalidad, la jurisprudencia ha establecido: *“En el primer caso (Provisionalidad), en tanto lo acordado respecto de la cautela mantendrá una vigencia condicionada a lo que se resuelve 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”*. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

Una vez realizada dicha valoración, el juzgador podrá rechazar la medida solicitada, en aquellos casos en donde el perjuicio ocasionado a la colectividad o algún tercero, sea cualitativa y cuantitativamente mayor al producido al solicitante con la denegación de la medida. Asimismo, se obliga al órgano jurisdiccional, a cargo del proceso, a valorar que con el otorgamiento de las medidas cautelares, no se esté afectando la gestión esencial de la Administración involucrada y que, con éstas, no se provoque un daño o perjuicio grave sobre algún tercero, dentro del proceso.¹⁶²

Del mismo modo, sobre dicho principio de proporcionalidad, en la valoración de los intereses en juego dentro del proceso, al momento de decretar una medida cautelar, se debe aclarar que dicha ponderación, no significa una superioridad del interés público frente a los intereses y derechos de los administrados. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 41 de la Carta Magna, que garantiza el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, del cual es parte la tutela cautelar.

Tal y como se esbozó en líneas anteriores, dicho interés particular únicamente se verá limitado, en aquellos supuestos en donde el perjuicio y daño ocasionado al interés de la

¹⁶² Importante consignar el desarrollo de la jurisprudencia sobre dicha valoración de intereses: *“En tal equilibrio, es necesario ponderar la incidencia que la cautelar produzca en la actividad ordinaria de la Administración Pública, pues bien puede llegar a truncar o afectar la gestión sustantiva de una determinada organización administrativa. En esta línea, la correcta ponderación del interés público con lleva a determinar el rechazo de la petición cautelar cuando el perjuicio público sea superior al interés privado. De ahí que el citado mandato imponga como criterio valorativo en este particular, la consideración de la no afectación de la gestión sustantiva del órgano o ente. Asimismo, deben ser objeto de consideración las previsiones financieras o presupuestarias que debe adoptar la Administración Pública para ejecutar la medida cautelar”*. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

colectividad, sea proporcional y específicamente mayor al sufrido por el sujeto activo que solicita la medida cautelar.

Asimismo, en cuanto a este tema, es importante agregar que para aquellos supuestos en donde la Administración o un tercero, pretendan hacer valer la posibilidad de limitar el derecho constitucional a una tutela cautelar, la carga de la prueba se invierte. Por ello, es responsabilidad del sujeto pasivo del proceso, lograr demostrar que con el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por el sujeto activo, se estaría violentando dicho principio de proporcionalidad y, por ende, se ocasionaría un mal mayor al interés público o del tercero involucrado.

En relación con este presupuesto, la propia jurisprudencia ha manifestado la importancia del papel del juez en dicha valoración, ya que *“el juzgador, previo a adoptar una medida cautelar, debe medir las implicaciones que esta decisión puede llegar a producir en el interés público, a la situación jurídica de terceras personas”*¹⁶³, tal y como lo dispone el artículo 22.1 del CPCA.

Seguidamente, otro de los elementos por considerar dentro de este presupuesto, está consignado en el párrafo 2° del artículo 22 supra, que establece la exigencia de ponderar las necesidades y previsiones financieras de la Administración Pública, para lograr ejecutar la medida cautelar requerida.

¹⁶³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 22-2009 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 608-2009 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 827-2009 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

Específicamente el numeral 22, párrafo 2º del código de marras, cita lo siguiente:

“Artículo 22.- (...) También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar”.

Sobre la interpretación que se debe aplicar a esta disposición financiera, debemos considerar que tal artículo *“no obliga al juez a rechazar una medida cautelar por restricciones financieras. En ese sentido, la consideración de la restricción financiera no es per se un obstáculo para otorgar la tutela cautelar. Empero, la ponderación de esos factores, evita la imposición de medidas que, desde el punto de vista financiero, la Administración no está en capacidad de afrontar sin que se afecte gravemente su gestión sustantiva”*¹⁶⁴.

Con lo anterior, se pretende aclarar que tales consideraciones financieras no pueden ser excusa para denegar una medida cautelar, pero eventualmente sí podría atenuar los plazos y el cumplimiento de la Administración, según las posibilidades y recursos financieros disponibles; estos elementos deberán ser considerados por el juez, al realizar la ponderación de los intereses en juego dentro del proceso.

d.4 Contracautela.

¹⁶⁴ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 188.

Cualquier instituto cautelar, en razón de la celeridad y cognición sumaria con que se otorga, comprende un riesgo o margen de error, que debe ser solventado por el sujeto que la solicita y que se beneficia de manera directa con su otorgamiento.

Si bien es cierto, el instituto de la contracautela no está determinado por la doctrina y jurisprudencia contencioso administrativa como un presupuesto básico y necesario para el otorgamiento de la medida cautelar. También es cierto, que dicho instituto cumple una función primordial, en cuanto constituye una herramienta directa para solventar y atenuar los posibles errores o riesgos inherentes a la figura cautelar.

En ese sentido, el CPCA, en su numeral 28, párrafo 1º, dispone lo siguiente:

“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”.

El contenido de este artículo, establece un sistema de contracautela abierto y amplio, que le permite al juzgador determinar cualquier forma de contracautela que considere necesaria, para salvaguardar y proteger el interés público de algún tercero o de algunas de las partes dentro del proceso.

Esta indeterminación en el contenido de la contracautela, está sujeta al principio de proporcionalidad y bilateralidad vigentes, para el *periculum in mora*, así como a los de idoneidad, necesidad y razonabilidad propios de la tutela cautelar. Esto, es una contraposición a lo establecido por la antigua LRJCA, que consideraba la caución como única posibilidad de contracautela dentro del proceso contencioso administrativo.

Dada la amplitud en la regulación de la contracautela dentro del CPCA, se permite el otorgamiento de un sin fin de medidas cautelares, en el tanto se puede garantizar el interés público, de un tercero o de cualquiera de las partes del proceso y la futura indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en razón de la medida cautelar decretada.

En relación con la indemnización de los daños ocasionados por la tutela cautelar, la caución representa un elemento real de garantía, sobre la actuación infundada y carente de derecho del sujeto promoviente de la medida dentro del proceso. Sobre este punto en concreto, el numeral 28, párrafo 3° del CPCA comprende la posibilidad de poder constituir caución o garantía en cualesquiera de las formas admitidas en derecho.

Por su parte, si bien es cierto la contracautela no se ha establecido como un presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar, su otorgamiento ha sido encomendado al juez de manera potestativa, de modo tal que se otorgará una contracautela en aquellos supuestos en donde exista la posibilidad de ocasionar un daño o lesión al interés público o de un tercero, fungiendo en estos supuestos, como condición de eficacia plena de la medida cautelar otorgada. Al respecto, el artículo 28, párrafo 4° dispone lo siguiente:

“Artículo 28.- 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”.

Si al finalizar el conocimiento pleno del proceso, se llega a determinar que no existía una situación jurídica favorable para el sujeto promoviente de la medida y se comprueba que la tutela cautelar otorgada, ha causado un daño injustificado a la Administración o cualquier tercero. Dichos sujetos tienen derecho a una indemnización por concepto de daños y perjuicios; esto, tiene por objeto restablecer el equilibrio entre la protección jurídica tutelada con la medida cautelar y la justicia final decretada con la sentencia de fondo del proceso.

En relación con la indemnización por concepto de daños y perjuicios, el numeral 21, párrafo 5° del CPCA, establece lo siguiente:

“Artículo 21.- 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”.

Finalmente, se hace significativo considerar la importancia que reviste una correcta y prudente aplicación de la contracautela, como herramienta efectiva para garantizar un buen uso del instituto cautelar dentro del proceso contencioso administrativo y por ende, evitar el abuso y exceso de dicha tutela. Del mismo modo, la prudencia es de recibo, en razón de la evidente disparidad entre los privilegios de la Administración Pública y los del administrado, prerrogativas que se intentaron disminuir dentro del reciente Código. Sin embargo, en la práctica jurídica, la realidad es otra, al intentar equilibrar la solvencia económica y material de la Administración, contra los recursos y posibilidades propias de cada administrado.

e. Tipos de Tutela Cautelar.

Para el otorgamiento de una medida cautelar dentro del proceso contencioso administrativo, en el CPCA, se ha dispuesto un trámite normal, que se encuentra sujeto al principio del debido proceso, propio del ordenamiento jurídico costarricense. Por tal razón, ante la solicitud de una medida cautelar durante la tramitación del proceso, se aplica el principio del contradictorio, en donde se otorga una audiencia a las partes para que puedan ejercer su derecho de defensa, y de manera posterior, en caso de que el juez acoja la solicitud, ordene la medida respectiva y los efectos inmediatos de la misma.

No obstante, el mismo Código, ante la urgencia extrema, prevee algunos tipos de tutela cautelar que permiten excepcionar el trámite y procedimiento normal que se sigue al otorgar una medida cautelar. Se da la posibilidad de decretar medidas cautelares sin dar

audiencia a las partes, sin iniciar el proceso y, en algunos casos, medidas provisionales mientras se estudia la solicitud de tutela cautelar.

e.1 Medidas Cautelares Inaudita Altera Parte.

En relación con la posibilidad de otorgar una medida cautelar, al limitar el derecho al contradictorio que tiene la contraparte del proceso, es una de las nuevas regulaciones que comprende el CPCA.

Específicamente, el artículo 25 de dicho Código, dispone:

“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”.

Es importante analizar, en cuanto a esta posibilidad, que el motivo principal, por el cual el juez puede decidir otorgar la medida, sin conceder anticipadamente audiencia a las partes, se da ante una situación especial de “*extrema urgencia*”. Este término, en la práctica

jurídica, deberá especificarse de manera concreta, en el tanto no se trata de un leve o pequeño peligro de urgencia, sino de una urgencia tan calificada, que amerita la derogación de una de las garantías procesales más importantes para las partes, como lo es el derecho al contradictorio.

Sobre este punto en concreto, se puede citar, según lo ha manifestado el Tribunal Contencioso Administrativo, que *“el artículo 25, inciso 1) del Código Procesal Contencioso Administrativo, es claro en establecer un presupuesto esencial para que los jueces de esta jurisdicción puedan adoptar medidas cautelares sin dar audiencia a la parte contraria, que es la “extrema urgencia”, precisamente, en este asunto es claro que la ejecución de la orden sanitaria (...), mediante la cual se ordena el cierre del Casino Real Palma, es evidentemente un caso de urgencia apremiante, ya que el cierre de una actividad comercial causa en sí daños y perjuicios graves. En consecuencia, este presupuesto se presenta en este proceso, por lo que la admisión provisional de la medida cautelar es procedente(...)”*¹⁶⁵.

¹⁶⁵ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 456-2008 de las quince horas con diez minutos del diecisiete de julio de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 463-2008 de las dieciséis horas con treinta minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 25-2008 de las ocho horas del cuatro de febrero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 463-2008 de las dieciséis horas con treinta minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 18-2008 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintinueve de enero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta**, Voto número 700-2008 de las dieciséis horas con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil ocho.

Dentro del contenido de dicha norma, es trascendental manifestar que la urgencia de otorgar la medida es tal, que se considera que *“el contradictorio puede constituir un obstáculo para la justicia en tanto retarda el procedimiento”*¹⁶⁶.

De igual manera, este numeral es sumamente equilibrado, en el tanto establece de forma potestativa, un contrapeso mediante la figura de la contracautela, que pretende evitar cualquier abuso que la parte solicitante trate de realizar al momento de pedir una medida inaudita altera parte. Se garantiza, con dicha posibilidad, un eventual resguardo que permita reparar los daños y perjuicios causados a los derechos del sujeto pasivo con la medida otorgada.

Adicionalmente, esta regulación otorga al juez la facultad de fijar una audiencia posterior al otorgamiento de la medida cautelar, que no suspende los efectos de la misma; pero, sí le permite al juzgador, confirmar la existencia de una urgencia extrema y, por ende, decidir si mantiene, modifica o revoca la medida decretada.

e.2 Medidas Cautelares Ante Causam.

Si bien es cierto, dentro del numeral 19, párrafo 1° del CPCA, se establece la posibilidad de otorgar medidas cautelares durante la tramitación de todo el proceso e inclusive en la etapa de ejecución de sentencia. También es cierto, que el numeral 19, párrafo 2°, da la posibilidad, de solicitar el otorgamiento de una medida cautelar antes de que se inicie el

¹⁶⁶ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 160.

proceso. Esta solicitud, se deriva del carácter urgente que determina la necesidad de la medida, con el fin de garantizar el objeto del futuro proceso que está por incorporarse.

En lo que concierne a las medidas cautelares ante causam, de modo más específico, el artículo 26 del CPCA, manifiesta lo siguiente:

“Artículo 26.- 1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto. 2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia”.

Es de especial interés, hacer notar el carácter instrumental que representa este tipo de medida cautelar, en función del objeto principal del proceso y de la sentencia de fondo que se vaya a dictar dentro del mismo.

Sobre la posibilidad de solicitar este tipo de medidas antes de iniciado el proceso, resulta importante, hacer la observación sobre la novedad que enmarca el CPCA, en cuanto al plazo de quince días, para presentar el proceso principal, una vez notificado el auto que la decreta; a diferencia del CPC que en su numeral 243 dispone un plazo de un mes para interponer el proceso, desde la fecha del auto que la ordena.

Finalmente, respecto de la medida cautelar otorgada, la misma tiene su eficacia supeditada, al plazo que se concede a la parte interesada para interponer el proceso principal. De lo contrario, el juez de oficio, ordenará el levantamiento de la misma y procederá con la condena de daños y perjuicios ocasionados con el ejercicio desmedido de la tutela cautelar. Este menoscabo se presume ante la falta de interés del sujeto activo, al no presentar la demanda respectiva dentro del plazo conferido.

e.3 Medidas Cautelares Provisionalísimas.

Sobre las medidas provisionalísimas, el nuevo CPCA otorga la posibilidad de que una vez planteada la solicitud de medida cautelar, el juez de oficio, de manera inmediata y sin contradictorio alguno, pueda decretar las medidas provisionalísimas necesarias para garantizar la efectividad de la posible medida cautelar adoptada.

El artículo 23 del Código, establece lo siguiente en relación con este tipo de medidas:

“Artículo 23.- Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar las medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida”.

Tal y como se deduce de dicho numeral, el objetivo propio de la medida provisionalísima, es asegurar la consecución efectiva de la tutela cautelar principal. Por ello, simbolizan

medidas transitorias que se convierten en un instrumento de la cautela que pueda decretarse finalmente. De ahí la relación que deben guardar con el objeto del proceso y la medida cautelar gestionada dentro de éste.

Al respecto, se puede manifestar que tales medidas, “son, por tanto, medidas transitorias que se convierten en un instrumento de la cautela que pueda decretarse finalmente, Su función, como lo señala la norma de cita, es asegurar la consecución efectiva de la cautelar principal y serán revocadas o modificadas cuando se adopte esta última. De ahí el vínculo que deben guardar con el objeto del proceso y la medida cautelar que como principal se gestiona”¹⁶⁷.

Sobre la naturaleza de estas medidas, es evidente, que las mismas son de carácter instrumental, cuya eficacia provisionalísima dura mientras se logra resolver la medida cautelar solicitada por la parte activa del proceso, pues quedan modificadas al momento de resolverse la medida principal.

Es en razón de esa instrumentalidad, que al otorgar una medida provisionalísima, se hace imposible dar la audiencia decretada en el numeral 25, párrafo 2º referente a las medidas inaudita altera parte; audiencia y derecho de defensa que será ejercido posteriormente por las partes, con el traslado normal de la medida cautelar adoptada, según lo dispone el artículo 24 del CPCA, sobre el procedimiento normal para decretar la medida cautelar dentro del proceso contencioso administrativo.

¹⁶⁷ **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 104-A-TC-2008 de las ocho horas con cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

Finalmente, en materia recursiva es importante consignar que tales autos provisionales *“carecen de recurso, pues la provisionalísima acordada no es definitiva, sus efectos son transitorios y no causan estado en lo que corresponde a la medida”*¹⁶⁸.

Sección Tercera: Aspectos Procesales de la Tutela Cautelar.

Tal y como se ha hecho entrever en la sección anterior, dentro del CPCA existe una serie de normas y regulaciones específicas sobre la manera de solicitar, tramitar, modificar y apelar las medidas decretadas dentro del proceso contencioso administrativo.

La presente sección, versa sobre esos aspectos procesales y de trámite, que han sido establecidos por el legislador dentro del código vigente. Esta regulación ha retomado el importante aporte que en los últimos años, la doctrina y jurisprudencia en materia contencioso administrativa, han venido promoviendo para dicho proceso.

a. Trámite, Audiencia y Comunicación de la Medida Cautelar.

El trámite normal que el legislador ha dispuesto para regular el instituto cautelar dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, se rige por la solicitud expresa de parte, con la

¹⁶⁸ **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 62-A-TC-2008 de las nueve horas con treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 104-A-TC-2008 de las ocho horas con cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

aplicación de los principios del debido proceso; salvo algunas excepciones que la propia norma establece y han sido tratadas *supra*.¹⁶⁹

Como primer paso, para proceder con el trámite de una medida cautelar, se tiene como requisito la debida y formal solicitud de la parte interesada; esta, debe de cumplir con los presupuestos y características propias de toda tutela cautelar.

Una vez planteada dicha solicitud, de conformidad con el numeral 24, párrafo 1° del CPCA, el juez a cargo dará audiencia a las partes por un plazo de tres días, salvo el caso de una medida *prima facie*, en donde no se concederá dicha audiencia hasta tanto no se haya fijado la medida respectiva.

Transcurrido el plazo indicado, el juez procederá con la respectiva valoración de la solicitud de tutela cautelar planteada por la parte actora y los alegatos de defensa aportados por la parte demandada. Asimismo, en caso de ser necesario, el juez a cargo podrá efectuar, en un plazo máximo de tres días hábiles, una audiencia oral para terminar de aclarar los supuestos y alegatos de cada parte.

Posteriormente, al finalizar este procedimiento, el órgano jurisdiccional procederá con el dictado de la medida cautelar necesaria. Se puede decretar la solicitada por la parte o cualquier otra medida considerada prudente por el juez o en caso contrario, resolver el rechazo de la misma.

¹⁶⁹ Véase *supra*, Págs 134 a 141.

Sobre dicho procedimiento, el numeral 24 supra, manifiesta lo siguiente:

“Artículo 24.- 1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo, lo previsto en el artículo siguiente, de este Código. 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles”.

Por último, luego de ser decretada la medida cautelar por parte del juez, el auto debe ser notificado de manera inmediata, con el fin de lograr una pronta y correcta ejecución de lo ordenado. Para lograr dicho cumplimiento inmediato, el juez respectivo, podrá decretar y disponer de todas las medidas y regulaciones necesarias. Se pueden aplicar las normas sobre ejecución de sentencias y los recursos ordinarios en efecto devolutivo y con trámite preferente, regulados en el cuerpo normativo en cuestión.

Todo lo anterior de conformidad con el artículo 27 del código de marras, que, en lo que interesa, esboza lo siguiente:

“Artículo 27.- El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente”.

b. Modificación de las Medidas Cautelares.

En principio, la tutela cautelar es una medida completamente provisional, que guarda relación con la efectividad de la sentencia de fondo que pondrá fin al proceso. De esta manera, el carácter de provisionalidad, no representa que la medida otorgada en un inicio no pueda variar con el transcurso del proceso; ante esta posibilidad, surge el principio de “*eficacia rebus sic stantibus*”, pues la tutela cautelar está destinada a permanecer y transformarse si las circunstancias del proceso lo requieren.

Lo anterior, por cuanto las medidas cautelares se otorgan y producen un efecto determinado dentro del proceso, según la valoración de las circunstancias y presupuestos que fundaron su declaración. Ahora bien, una vez que las circunstancias o presupuestos cambian, puede producirse una modificación o revocación de la tutela cautelar necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia.

Si bien es cierto, la provisionalidad de la medida cautelar permite una modificación o revocación ante las variaciones en las circunstancias que determinan su mandamiento, también se puede hablar de que “*la cautela decretada produce un efecto vinculante en tanto no se alteren los presupuestos que fundaron el dictado de la resolución, de modo que cesa cuando se produce una mutación de las circunstancias. No existe contradicción alguna en reconocerle (...) efectos de cosa juzgada formal, dentro de los límites indicados, siempre*

que descansa sobre idénticos presupuestos, esto es, la misma causa petendi, no obstante, si ésta varía, existen motivos suficientes para modificarla o revocarla”¹⁷⁰.

En relación con esta posibilidad de modificación ante la variación de las circunstancias que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el juez respectivo, tiene la facultad de realizar el cambio pertinente de oficio o por solicitud expresa de la parte interesada. Igualmente, dicha regulación también aplica, para aquellos supuestos en donde se produzca una variación en las circunstancias que en un inicio motivaron el rechazo de la medida solicitada.

Específicamente, sobre la “*eficacia rebus sic stantibus*” de la tutela cautelar, el artículo 29 del CPCA, indica:

“Artículo 29.- 1) Cuando las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la juez respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla. 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar”.

Sobre el tema, recientemente el Tribunal de Casación ha manifestado dentro de un caso concreto que “*el Código Procesal Contencioso Administrativo en su numeral 29 prevé la*

¹⁷⁰ Jinesta Lobo (Ernesto). **Manual del Proceso Contencioso – Administrativo**, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008. Pág. 106.

posibilidad de la modificación e incluso revocatoria de las medidas cautelares si varían las condiciones sobre las cuales de adoptaron. En el sublite observa este Tribunal que efectivamente han variado las circunstancias del caso por acción del propio actor, ya que si bien en su momento se le otorgó la medida (...), lo cierto del caso es que se han dado una serie de actuaciones procesales del promovente, tendientes a dilatar el proceso (...), prácticas que en efecto no se deben permitir. Dentro de los poderes de ordenación que tiene el juzgador está el de dirigir el proceso a efecto de lograr su pronta resolución, erradicando todo tipo de acciones dilatorias como las del caso en examen (...). En razón de lo anterior, considera este tribunal que modificar la medida cautelar, sujetándola a un límite temporal (fecha del juicio oral y público) no representa un perjuicio para la esfera jurídica del actor (...)"¹⁷¹.

c. Recursos contra las Medidas Cautelares.

Sobre este tema, el CPCA regula la posibilidad de dos recursos ordinarios de apelación con efecto devolutivo, entiendáse como un recurso que no detiene la eficacia del acto, por lo que, pese a existir la impugnación en alzada de la medida cautelar decretada, la misma debe de ser ejecutada de conformidad con el auto que la acordó, esto para salvaguardar la urgencia que reviste la figura cautelar dentro del proceso.

¹⁷¹ **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 181-F-TC-2008 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintisiete de noviembre de dos mil ocho. Referente al tema y en el mismo sentido también se ha dicho que *“la medida cautelar se encuentra subordinada y ordenada funcionalmente a un proceso principal, pues su finalidad es la de asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en el proceso, protegiendo el objeto del mismo. Su naturaleza es instrumental pero además es **provisional**, lo que implica que puede ser modificada o revocada, si durante su vigencia varían las condiciones o circunstancias sobre las cuales se adoptó, tal provisionalidad se encuentra regulada en el artículo 29 inciso primero del Código Procesal Contencioso Administrativo que faculta al juez para actuar de oficio o a instancia de parte, modificando o suprimiendo la medida adoptada cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron su adopción”*. (El resaltado es del original) **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 951-2008 de las catorce horas del tres de noviembre de dos mil ocho.

El primero de los recursos regulados, es un recurso de apelación contra el auto que define la caución o contracautela de la medida decretada y se establece en el numeral 28, párrafo 2° del CPCA, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 28.- 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”.

El segundo recurso de apelación regulado dentro del texto normativo, es el recurso de apelación que cabe sobre el auto que resuelve la medida cautelar solicitada dentro del proceso; éste, está codificado en el artículo 30 del CPCA. Al efecto dispone:

“Artículo 30.- Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles”.

Un elemento por considerar en cuanto a este tipo de recursos, es la posibilidad de aportar prueba dentro de los mismos, sobre lo cual conviene *“señalar que el Código Procesal Contencioso Administrativo, acorde con la búsqueda de la verdad real de los hechos que debe propiciarse en el proceso, adopta una mayor apertura en la iniciativa probatoria. De esta forma el promovente de la medida cautelar puede proponerla, aún en la fase recursiva. Sin embargo, el juzgador determinará su admisibilidad de forma concienzuda, en procura de que se trate de elementos útiles, necesarios y de indudable trascendencia*

*para demostrar hechos relevantes y controvertidos en el caso, pues en realidad la primera instancia es el estadio natural propicio para proponer y evacuar la prueba de los asuntos que se afirman*¹⁷².

En relación con la forma y trámite de tales recursos de apelación, los mismos no están sujetos a formalidades especiales y, en caso de admisión, se citará a una audiencia oral en donde las partes puedan expresar sus alegatos y formular las conclusiones correspondientes. Todo esto, de conformidad con el numeral 133 párrafo 2º del código. En lo que interesa, plantea lo siguiente:

“Artículo 133.- 2) Dicho recurso no requiere formalidades especiales. El superior, en caso de admitirlo, citará, en el mismo acto, a una audiencia oral, a fin de que las partes expresen agravios y formulen conclusiones. Tal resolución deberá notificarse a todas las partes, al menos tres días hábiles antes de realizar la audiencia”.

En el mismo sentido, es importante citar que tales recursos no deben dirigirse al tribunal de juicio u órgano jurisdiccional a cargo del proceso, en el tanto el recurso es de conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, que en la actualidad está en ejercicio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según lo dispone el Transitorio I¹⁷³ del código de marras.

¹⁷² **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 113-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 133-F-TC-2008 de las nueve horas del dieciséis de octubre de dos mil ocho. **Tribunal de Casación de los Contencioso Administrativo**, Voto número 199-F-TC-2008 de las nueve horas con cinco minutos del dieciocho de diciembre de dos mil ocho.

¹⁷³ Transitorio I CPCA: La Corte Plena pondrá en funcionamiento el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, cuando las circunstancias jurídicas o de hecho así lo exijan. Entre tanto,

Dado que para presentar el recurso existe un plazo de tres días hábiles, el hacerlo en el lugar erróneo, puede significar incurrir en una extemporaneidad del recurso, ya que no se toma por válida, la fecha de presentación inicial en caso de presentar el documento ante el tribunal de juicio o juez tramitador del proceso.

Lo anterior, de conformidad con la disposición del código, en relación con las apelaciones ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. En el artículo 133 párrafo 1° cita:

“Artículo 133.- 1) Cuando proceda, el recurso de apelación deberá interponerse directamente ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso – Administrativo, en el plazo de tres días hábiles”.

En otro orden, sobre la posibilidad de interponer recursos extraordinarios de casación en materia cautelar dentro del proceso contencioso administrativo, el numeral 134, párrafo 1° del CPCA, lo regula de la siguiente forma:

“Artículo 134.- 1) Procederá el recurso de casación contra las sentencias y los autos con carácter de sentencia que tengan efecto de cosa juzgada material, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico”.

los recursos de apelación y casación asignados a él en el presente Código, serán del conocimiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión, al igual que en la anterior LRJCA, queda vedada la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de casación contra el auto que conozca una medida cautelar, por cuanto no tiene naturaleza de auto con carácter de sentencia, al no constituir cosa juzgada material, ni poner término al proceso. Este tema ha sido ampliamente desarrollado y aceptado por la doctrina y jurisprudencia vigente en la materia.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Véase *supra*, Págs. 89 y 90.

**TÍTULO TERCERO: LA TUTELA CAUTELAR MÁS ALLÁ DE LA
SUSPENSIÓN DEL ACTO**

CAPÍTULO PRIMERO: EL PAPEL DEL JUEZ EN LA NUEVA TUTELA CAUTELAR

Sección Primera: Órganos Jurisdiccionales dentro del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

Antes de adentrarnos en el papel del juez dentro de la nueva tutela cautelar, es importante hacer una breve referencia a los órganos jurisdiccionales que participan dentro del nuevo proceso contencioso administrativo y que, por ende, son los encargados de decretar y aplicar las medidas cautelares según los supuestos planteados por el CPCA.

Sobre el tema, el numeral 6 del código establece que la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda está conformada por los siguientes despachos: los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la tutela cautelar se presta central atención, sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (en adelante Tribunal Contencioso) y el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (en adelante Tribunal de Casación), que son los órganos llamados a conocer y resolver el instituto cautelar dentro de los procesos contenciosos administrativos regulados en el código.

a. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

Sobre la competencia que se le asigna a dicho tribunal, el artículo 97, párrafo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷⁵ en lo que interesa, establece lo siguiente:

“Artículo 97.- Los tribunales de lo contencioso administrativo y civil de hacienda conocerán: 1) De los procesos contenciosos administrativos y de los ordinarios civiles de Hacienda que se tramiten conforme al Código Procesal Contencioso Administrativo y la ejecución de sus propias sentencias (...).”

Es importante señalar que dentro de este tribunal, a lo largo del proceso se ha realizado una diferenciación de funciones entre distintos tipos de jueces, según lo dispone el artículo 7¹⁷⁶ del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda¹⁷⁷, en adelante Reglamento:

a.1 Juez Tramitador.

En relación con este juez, *“inicialmente se pensó denominar a este funcionario como “Juez Prosecutor”, sin embargo, al final, se optó por utilizar la misma nomenclatura que existe*

¹⁷⁵ Reforma introducida mediante el artículo 212 del CPCA.

¹⁷⁶ Artículo 7 Reglamento: 1) El Tribunal Contencioso Administrativo estará integrado por: 1.1) Jueces Tramitadores 1.2) Jueces Conciliaodres 1.3) Jueces de Juicio 1.4) Jueces Ejecutores. 2) Los puestos en que sean nombrados estos Jueces, tendrán la clasificación que le sea asignada por la Corte Plena, de conformidad con las funciones que realicen. 3) El Tribunal Contencioso Administrativo estará compuesto por el número de Jueces que disponga la Corte Plena, a fin de atender las necesidades del servicio y la buena administración de justicia.

¹⁷⁷ Circular No 001-2008. Aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante artículo IX de la sesión No 02-2008, celebrada el 21 de enero de 2008.

en el resto de los Despachos Judiciales, presumiblemente para no causar problemas en la clasificación de puestos en el Poder Judicial”¹⁷⁸.

Este juez tiene importantes poderes dentro del proceso contencioso administrativo, “*éste no es un juez tramitador en sentido estricto y según el concepto tradicional que ha tenido en el poder judicial ese puesto de trabajo (...) dado que tiene importantes poderes de decisión y no de mera tramitación tales como los de sanear todo el proceso de nulidades, aclarar y ajustar los extremos de las pretensiones, determinar los hechos controvertidos y trascendentes - que merecen ser probados - (artículo 90, párrafo 1^o⁷⁹, CPCA), determinar si por la urgencia o necesidad o gran trascendencia para el interés público la pretensión debe ventilarse en un proceso preferente (artículo 60, párrafo 1^o⁸⁰ CPCA)”¹⁸¹.*

¹⁷⁸ Víquez Cerdas (Cristina). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 55.

¹⁷⁹ Artículo 90, Párrafo 1 CPCA: 1) En la audiencia preliminar, en forma oral, se resolverá:

a) El saneamiento del proceso, cuando sea necesario, resolviendo toda clase de nulidades procesales, alegadas o no, y las demás cuestiones no atinentes al mérito del asunto.

b) La aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos, sea de oficio o a gestión de parte.

c) La intervención del coadyuvante.

d) Las defensas previas.

e) La determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba.

¹⁸⁰ Artículo 60, Párrafo 1 CPCA: 1) En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, estime que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá a conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que este decida si se le da trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno.

¹⁸¹ Jinesta Lobo (Ernesto), **Medidas Cautelares, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 47.

En relación con sus funciones, el artículo 59¹⁸² del código, establece que es el encargado de tramitar el proceso desde el inicio hasta el final de la audiencia preliminar, salvo en lo relativo a la fase de conciliación.

Concretamente, en relación con el instituto cautelar, es el juez tramitador el encomendado a dictar las medidas cautelares que se soliciten antes del inicio del proceso o durante el transcurso del mismo, sea hasta la finalización de la audiencia preliminar, según lo dictaminan los numerales 59 y el 19 del código de marras; así como el artículo 61¹⁸³, inciso 1º del Reglamento, norma que dispone expresamente las funciones del juez en torno a las medidas cautelares.

a.2 Juez Conciliador.

El juez conciliador, además de tener conocimiento pleno de la materia contencioso administrativa, es experto en técnicas de conciliación, puesto que debe manejar con exactitud los límites y restricciones de las potestades administrativas, frente a la resolución alternativa de conflictos.

¹⁸² Artículo 59 CPCA: La jueza o el juez tramitador tramitará el proceso desde su inicio hasta el final de la audiencia preliminar, salvo en lo relativo a la fase de conciliación.

¹⁸³ Artículo 61, Inciso 1º Reglamento: Corresponde a los jueces tramitadores realizar las siguientes funciones: 1) Medidas Cautelares: a.- A instancia de parte, el Juez Tramitador podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias, aún antes que el proceso inicie y en tanto se encuentre bajo su conocimiento. Podrá ordenar además, de oficio o a instancia de parte, medidas provisionales de manera inmediata y prima facie, que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente. b.- En los casos en los cuales el Juez Tramitador hubiese acogido una medida cautelar ante causam, y la demanda correspondiente no se presente en el plazo establecido por la Ley, en el mismo auto en el cual ordene el levantamiento de la medida, condenará a la parte que la solicitó, al pago de daños y perjuicios, los cuales serán liquidados por la vía de ejecución de sentencia ante el juez ejecutor.

Asimismo, se puede citar que “*se trata de un cuerpo de jueces adscrito, a la jurisdicción contencioso administrativa que no forma parte del grupo general de jueces de conciliación con que cuenta el Poder Judicial (...)*”¹⁸⁴, dado su especial conocimiento en la materia Administrativa.

Tal y como su nombre lo indica, dicho juez es el encargado de conocer la etapa de conciliación dentro del proceso contencioso administrativo, que se encuentra regulada en los artículos 72 a 81 del CPCA.

Es importante resaltar lo dispuesto por el numeral 78¹⁸⁵ de dicho cuerpo normativo, que autoriza al juez conciliador a decretar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.

a.3 Jueces de Juicio.

Tal y como su nombre lo indica, dichos juzgadores tienen a su cargo el juicio oral y público, el debate, la evacuación de la prueba y el dictado de la sentencia de fondo del proceso, según lo regulan los artículos 99 a 111 del CPCA.

Tal y como se ha manifestado, en relación con el tema cautelar, el numeral 19 del CPCA, establece la posibilidad de ordenar durante la tramitación del proceso, las medidas

¹⁸⁴ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, **El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 48.

¹⁸⁵ Artículo 78 CPCA: La jueza o el juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.

cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, el objeto del mismo, así como la efectividad de la sentencia. Por ello, en caso de ser requerido dentro de la fase de juicio oral y público, el tribunal a cargo del proceso, podrá ordenar las medidas cautelares necesarias.

a.4 Juez Ejecutor.

Dicho juzgador, según lo establece el artículo 155¹⁸⁶, es el encargado de la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes dentro del proceso. Al respecto, se puede manifestar que *“se trata de un cuerpo de jueces de ejecución con todos los poderes necesarios para brindar plena efectividad y eficacia a las resoluciones dictadas por el Tribunal Contencioso Administrativo (...), dada su especialidad e idoneidad en la ejecución, está habilitado para ejecutar tanto resoluciones del juez tramitador, conciliador como de los jueces de juicio(...)”*¹⁸⁷.

Finalmente, en lo que se debe a las medidas cautelares, el numeral 155 supra, en su párrafo 3º, le otorga al juez executor facultades suficientes, para dictar o disponer a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para la ejecución de la sentencia.

b. Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

¹⁸⁶ Artículo 155 CPCA: 1) El Tribunal tendrá un cuerpo de jueces ejecutores, en cargados de la ejecución de sus sentencias y demás resoluciones firmes. 2) En la fase de ejecución de sentencia, el juez executor tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia. 3) Firme la sentencia, el juez executor dictará o dispondrá a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución.

¹⁸⁷ Jinesta Lobo (Ernesto), Medidas Cautelares, **El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Tomo I**, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2008, Pág. 48.

En cuanto a la competencia que se le asigna al Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en lo que interesa mediante el artículo 94 bis, párrafo 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁸⁸, se establece lo siguiente:

“Artículo 94 bis.- (...) 3) En apelación, de las resoluciones que dicten los tribunales de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda y los juzgados de la materia, cuando la ley conceda ese recurso”.

Es importante mencionar que dentro del CPCA, con respecto a la tutela cautelar, tienen alzada ante el Tribunal de Casación, el auto que resuelve la caución o contracautela, según lo dispone el artículo 28, párrafo 2°¹⁸⁹ y el auto que resuelve la solicitud de medida cautelar, conforme al numeral 30¹⁹⁰ del código en mención.

Igualmente, se hace hincapié en las amplias potestades que ostentan los jueces del Tribunal de Casación en materia cautelar, al conocer en alzada el recurso de apelación, tanto sobre la resolución que conoce la contracautela, como de la que resuelve la solicitud de medida cautelar dentro del proceso.

Posteriormente, otro de los elementos que resulta significativo de aclarar, en cuanto al Tribunal de Casación, está consignado en el Transitorio I del CPCA, que establece que

¹⁸⁸ Reforma introducida mediante el artículo 212 del CPCA.

¹⁸⁹ Véase *supra*, Págs 146 a 150.

¹⁹⁰ Véase *supra*, Págs 146 a 150.

mientras la Corte Plena no ponga en ejercicio este tribunal, los recursos de apelación y de casación de su competencia, serán de conocimiento provisional por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Consecutivamente, si bien es cierto la tramitación de los procesos ordinarios contencioso administrativos corresponden al Tribunal Contencioso y al Tribunal de Casación; es importante hacer una breve referencia del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (en adelante Juzgado Contencioso) y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (en adelante Sala Primera), en razón de la materia cautelar existente en los asuntos de su competencia, de conformidad con lo regulado por el CPCA.

c. Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

En relación con la competencia de dicho órgano jurisdiccional, el numeral 179 del código de marras, establece lo siguiente:

“Artículo 179.- Corresponde al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, la ejecución de las sentencias dictadas por la Jurisdicción Constitucional, en procesos de hábeas corpus y de amparo contra sujetos de Derecho Público, únicamente en lo relativo a la demostración, la liquidación y el cumplimiento de indemnizaciones pecuniarias”.

Ahora bien, concretamente en materia cautelar, dicho Juzgado, de conformidad con el numeral 19 del CPCA, podrá, a instancia de parte, ordenar y decretar las medidas cautelares adecuadas y necesarias cuando las circunstancias de la ejecución tramitada así lo requieran.

Y, es justamente en relación con esa competencia, que dicho órgano jurisdiccional toma relevancia dentro del presente análisis.

d. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que corresponde a la Sala Primera, los artículos 134¹⁹¹ y 135¹⁹² del CPCA, señalan los asuntos de su competencia en materia de recurso extraordinario de casación. Sin embargo, en lo que aquí resulta trascendente, entiéndase la materia cautelar, recobra especial importancia el numeral 44 del Reglamento, que regula lo siguiente:

¹⁹¹ Artículo 134 CPCA: 1) Procederá el recurso de casación contra las sentencias y los autos con carácter de sentencia que tengan efecto de cosa juzgada material, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico.

2) Asimismo, por las mismas razones señaladas en el apartado anterior, será procedente el recurso de casación contra la sentencia final dictada en ejecución de sentencia, que decida sobre las prestaciones o conductas concretas que debe cumplir la parte vencida, de acuerdo con el fallo firme y precedente emitido en el proceso de conocimiento.

3) El recurso será conocido por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda o por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según los criterios de distribución competencial establecidos por el presente código.

¹⁹² Artículo 135 CPCA: 1) Corresponderá a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 134 de este Código, cuando la conducta objeto del proceso emane de alguno de los siguientes entes u órganos: a) El presidente de la República. b) El Consejo de Gobierno. c) El Poder Ejecutivo, entendido como el presidente y ministro del ramo. d) Los ministerios y sus órganos desconcentrados. e) La Asamblea Legislativa, el Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando ejerzan función administrativa. f) La Contraloría General Administrativa y la Defensoría de los Habitantes. g) Las instituciones descentralizadas, inclusive las de carácter municipal, y sus órganos desconcentrados. h) Los órganos con personalidad jurídica instrumental.

2) La Sala conocerá el asunto cuando la conducta objeto de impugnación emane de algunos de los órganos o entes señalados en el artículo 136 en conjunto con los indicados en el párrafo anterior, sea porque se trate de actos complejos, autorizaciones, o aprobaciones, dictadas en el ejercicio de la tutela administrativa.

3) También a esta misma Sala le corresponde conocer y resolver con independencia el ente u órgano autor de la conducta, los recursos de casación en los procesos en que se discutan las siguientes materias: a) La validez y eficacia de los reglamentos. b) Lo relativo a la materia tributaria.

4) En igual forma, a la Sala le corresponde conocer del recurso de casación en interés del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 153 y el recurso de casación interpuesto contra toda ejecución de sentencia, cuyo conocimiento corresponda a esta jurisdicción, incoada contra alguno de los órganos o entes mencionados en el presente artículo.

“Artículo 44.- Corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver: (...) 5) De la adopción de las medidas cautelares y excepcionalmente de su ejecución cuando las circunstancias del caso así lo requieran”.

Se puede razonar que, si bien es cierto, tanto el Juzgado Contencioso y la Sala Primera, tienen su distribución competencial según la designación específica del CPCA. Únicamente, en caso de ser necesario, se tomará atención exclusivamente sobre aquellas decisiones que dichos órganos jurisdiccionales tomen en materia cautelar.

Sección Segunda: Replanteamiento, Limitaciones y Alcances de los Poderes del Juez en Relación con la Nueva Tutela Cautelar.

Una vez planteada una breve mención de los órganos jurisdiccionales que conocen del proceso y que se encargan de dictaminar la tutela cautelar, según lo dispuesto en el Título III, sobre Medidas Cautelares del CPCA, es menester hacer una amplia radiografía de los poderes, limitaciones y alcances que tiene la figura del juez dentro del nuevo proceso contencioso administrativo; esto, específicamente con relación a la tutela cautelar efectiva y sus implicaciones.

Antes de iniciar dicho análisis, es relevante hacer la siguiente aclaración, referida al trámite procesal y el juez encargado de conocer la medida cautelar, según sea el estado del proceso. Lo anterior, por cuanto tal y como se adelantó supra, el nuevo código establece, a lo interno de los órganos jurisdiccionales, una distribución de funciones entre los distintos tipos de jueces. Esta, es la razón por la cual, dentro de los apartados siguientes, se hace referencia a

la figura del juez en general; deberá interpretarse por el juzgador respectivo (juez tramitador, juez conciliador, juez de juicio o juez ejecutor), según la etapa procesal en que se encuentre el proceso.

a. Replanteamiento de los Poderes del Juez en Relación con la nueva Tutela Cautelar dentro del Proceso Contencioso Administrativo.

De entrada es fundamental, acoger y hacer nuestras las palabras del profesor MICHEL FROMONT a quien se le citó de manera muy acertada en la exposición de motivos del CPCA, al establecer que *“desde hace cincuenta años, la misión de la jurisdicción administrativa ha cambiado completamente: el juez administrativo no es más el contralor de la Administración y guardián del respeto del derecho objetivo; es también el protector del individuo y el defensor de las situaciones administrativas subjetivas, lo que implica al menos la igualdad de las partes en el proceso y, en caso de acogimiento de la demanda, el pleno restablecimiento del individuo en sus derechos, e inclusive, la creación de una nueva situación jurídica individual. Este cambio de perspectiva ha incitado al legislador a modificar de forma importante los poderes del juez en el proceso administrativo...”*.

Justamente, es a raíz de ese cambio en el contexto de la jurisdicción administrativa, que el legislador se tomó la tarea de modificar, de manera amplia, los poderes de actuación del juez dentro del proceso contencioso administrativo. Le otorga los medios de acción requeridos, en protección de la justicia y la efectividad del proceso. Estos poderes se han puesto de manifiesto en la regulación de la tutela cautelar del CPCA, que potencia, de

manera amplia, el rol del juez en esta materia; pero, sin embargo, no significa que el juzgador ejerza un poder ilimitado dentro del proceso.

a.1 La Oralidad y los Poderes del Juez en Relación con la Tutela Cautelar.

En relación con la oralidad, es más que evidente, el importante giro que ha dado el nuevo CPCA, al apostar, de manera acertada, por un proceso inminentemente oral, en donde se le otorgan al juez amplios poderes directivos, ordenadores y sancionadores, que le permiten cumplir un papel principal y activo en el desarrollo del proceso. Esto, con las facultades necesarias para llevar a cabo su labor de director y conductor de manera expedita y conveniente, desde el inicio, hasta su sentencia final.

Según lo ha desarrollado la doctrina, se procede a citar, de manera sintética, algunos principios intrínsecos a la oralidad, de los cuales el juez es partícipe y garante dentro del proceso:

a.1.1 Inmediación.

Se entiende por inmediación, la cercanía inmediata que existe entre el juez y las personas cuyas manifestaciones y declaraciones se deben recoger y analizar dentro del proceso.

Sobre el tema se puede manifestar, que *“sólo el juez que ha asistido directa y personalmente a la evacuación de la prueba puede pronunciar la sentencia, sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios”*¹⁹³.

a. 1.2 Identidad Física del Juez.

Entendida como la relación en el conocimiento de las actuaciones dentro del proceso, estas deben ser conocidas por un mismo juez, debido a que el análisis y observaciones recibidas no se pueden transferir a otro juzgador, sobre todo al tratarse de materia probatoria dentro del juicio.

Dicha identidad física del juez, se debe a que *“el juez que decide la controversia debe ser aquel que asistió a la producción de la prueba y tuvo relación directa con las partes”*¹⁹⁴.

a. 1.3 Concentración.

Principio que comprende la necesidad de llevar a cabo el proceso, en un periodo de tiempo razonable, con el número de audiencias necesarias, que se debe procurar realizar en periodos sucesivos, para que una vez finalizado el juicio oral y público, se proceda con el dictado de la sentencia.

¹⁹³ Jinesta Lobo (Ernesto). “La Oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo”. *Ivstitia*. Número 155-156, Año 13 : 23 – 31. Pág. 26.

¹⁹⁴ *Ibidem*, Pág. 26.

Importante resaltar que dicho principio “*constituye la característica exterior emblemática de la oralidad y realiza los principios de celeridad, sencillez y economía*”¹⁹⁵.

a.1.4 La celeridad, sencillez y economía.

De manera concreta, sobre dichos principios se puede expresar, que los mismos “*se garantizan por cuanto las declaraciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias*”¹⁹⁶.

a.1.5 Publicidad.

Principio de fundamental trascendencia dentro del proceso, al constatarse en un proceso abierto y público tanto para las partes como para terceros, que permite un control eficaz de la actividad jurisdiccional, tanto de las partes como de la opinión pública en general; esto, genera confianza en el sistema democrático de justicia.

a.1.6 Libre Valoración e Inquisitivo.

¹⁹⁵ Ibidem, Pág. 26.

¹⁹⁶ Ibidem, Pág. 26.

Principios que se relacionan entre sí, al permitirle al juez buscar la verdad real del caso, mediante su convicción originada a raíz del contacto directo y personal con las partes, los hechos y los medios probatorios surgidos dentro del proceso.

Inmediatamente, una vez realizada la referencia a los principios de la oralidad que se encuentran inmersos dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, resulta imperioso hacer la concordancia con los poderes que se otorgan al juez dentro del proceso oral, concretamente en relación con la tutela cautelar y el papel del juzgador dentro del mismo.

Tal y como se ha manifestado a lo largo del presente trabajo, con el nuevo proceso contencioso administrativo, se le otorgan gran cantidad de facultades al juez como sujeto activo dentro del proceso y no como un simple espectador.

Es a raíz de esas nuevas facultades y de los principios propios de la oralidad procesal actual, que el juez en materia cautelar puede hacer uso de sus poderes y capacidades de valoración e intermediación entre él y las partes, para analizar, solicitar, valorar y hasta asegurarse de la idoneidad y necesidad propia de la tutela cautelar dentro de determinado caso concreto.

A modo de ejemplo, se pueden citar las facultades que el mismo código le otorga al juez, mediante el artículo 24, párrafo 2º para que en caso de estimar necesario, por medio de una audiencia oral, logre resolver de la manera más idónea y responsable, la solicitud de medida

cautelar, tramitada dentro de determinado proceso ordinario o bien de manera previa a la interposición del mismo.

Dicho numeral, no es otra cosa más que la apertura y manifestación concreta de los amplios poderes y facultades del juez durante la tramitación de una tutela cautelar vigorizada, la cual, en caso de ser necesario, podrá ser resuelta mediante una audiencia oral y pública, que le permitirá a las partes en igualdad de condiciones, la exposición real, oportuna y precisa de las razones, presupuestos y motivos de urgencia de una medida cautelar o en caso contrario, de los alegatos y circunstancias existentes para el rechazo de la misma.

En relación con el recurso de apelación contra el auto que resuelve una caución o contracautela, o el que resuelve la medida cautelar, ambos son de conocimiento del Tribunal de Casación. Éste, de conformidad con el numeral 133, párrafo 2° del CPCA, en caso de admitirlos, concederá una audiencia oral a las partes, con el único fin de que expresen sus agravios y formulen las conclusiones al respecto.

Una vez, más se pone de manifiesto el principio de oralidad, así como las facultades y potestades que tal principio le otorgan al juez, en la tramitación y resolución de las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo.

En último lugar, a modo de conclusión, resulta válido hacer una pequeña referencia práctica en relación con la importancia e inmediatez que permite la oralidad, en materia cautelar, dentro del nuevo CPCA.

Tal es el caso de medida cautelar de carácter anticipativo, conocida en segunda instancia por el Tribunal de Casación, específicamente en relación con recurso de apelación interpuesto por la Familia Baltodano Rodríguez contra la resolución 728-2008 de las quince horas del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho, emitida por el Juez Tramitador del Tribunal Contencioso Administrativo.

Recurso de apelación mediante el cual se le permitió a la parte recurrente, explicar, de manera clara, sencilla y a viva voz por parte de los interesados, la gravedad del “Síndrome X Frágil” del cual padecen los miembros de la familia. Esto, les impide tramitar, de forma ordinaria, las citas en el Ebáis Colina Rodríguez de Alajuelita; esta es la razón por la cual solicitan que de manera cautelar se les mantenga el sistema de citas por teléfono.

Inicialmente, la medida fue denegada por el juez tramitador, sin embargo, posteriormente, fue acogida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en función del Tribunal de Casación, mediante el voto 184-F-TC-2008 de las once horas con veinticinco minutos del tres de diciembre de dos mil ocho. En este voto se asentaron los presupuestos de la medida cautelar y se realizó un análisis del principio de igualdad, de conformidad con el numeral 33¹⁹⁷ de la Constitución Política y de la ley número 7600 “*Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*”. Esto, da fundamento jurídico para realizar un trato distinto entre personas distintas y por ende, otorgar la medida cautelar solicitada por los gestionantes.

¹⁹⁷ Artículo 33 CP: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

a.2 La Adopción de Medidas Adecuadas y Necesarias.

La nueva regulación vigente en materia contencioso administrativa, tiene como una de sus principales novedades, la modificación sustancial de la justicia contencioso administrativa. Esta, deja de estar supeditada al control del acto administrativo, de tal modo que con el nuevo CPCA, a diferencia de la anterior LRJCA, se puede conocer dentro del proceso, las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico administrativo, el control de la potestad administrativa, los actos administrativos, las actuaciones materiales, las conductas omisivas y cualquier conducta de la Administración que esté sujeta al Derecho Administrativo, según lo establecido por el artículo 36 de dicho cuerpo normativo.

Ahora bien, en relación con las pretensiones que se pueden solicitar dentro del nuevo proceso, es posible gestionar cuántas sean necesarias. Podrían ser: la declaración de disconformidad de la conducta, la anulación total o parcial, la modificación, la inexistencia, la fijación de los límites para el ejercicio de la potestad administrativa, la declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, la condena a la Administración de hacer, no hacer o del pago de los daños y perjuicios ocasionados; estas, tienen como único requisito, estar acordes con la conducta impugnada, según lo dispone el numeral 42 del código de marras.

Esta amplitud en el objeto y la posibilidad de interponer distintos tipos de pretensiones dentro del proceso, trae como consecuencia, un importante margen de maniobra al juez, específicamente sobre el tema de la tutela cautelar. Se le exige al juzgador garantizar mediante la protección cautelar no sólo la efectividad de la sentencia, sino también el

objeto mismo del proceso, con todas las implicaciones y potestades necesarias que le permitan adaptar el instituto cautelar, a las diversas situaciones de urgencia que se presenten dentro de cada caso en concreto.

Consecuentemente con esta exigencia, el nuevo código establece un “*sistema cautelar numerus apertus*”, que le permite al juez adoptar todas las medidas que tiendan a garantizar el objeto del proceso y que por ende aseguren la efectividad de la sentencia, tutela cautelar que se enmarca dentro del artículo 19 del código que otorga la facultad de ordenar las “*medidas cautelares adecuadas y necesarias*”, dentro del proceso.¹⁹⁸

Concretamente, es sumamente trascendente la conjugación y significado que tales palabras (adecuadas y necesarias) otorgan al sistema cautelar, regulado en la nueva legislación, sobre todo las atribuciones y posibilidades de decisión que esto le representa al juez en materia cautelar.

Si bien es cierto tales conceptos, son términos jurídicos indeterminados, es labor del juez establecerlos y llevarlos a mejor término, para que de esta forma se logre dar el significado

¹⁹⁸ Sobre el tema la jurisprudencia ha establecido lo siguiente: “*En virtud precisamente de la función que reviste, se habla ahora de una tutela judicial cautelar, no como un instituto jurídico de excepción, sino como parte de los deberes ordinarios del juez, catalogado por la jurisprudencia como una obligación constitucional, en la medida que una de sus finalidades es el respeto de derechos fundamentales y no sólo individuales. Dentro de este contexto el juez contencioso debe ejercer un papel preponderante, de garante de la justicia, osea el juez cuenta con una libre configuración de la medida dependiendo de las circunstancias particulares y concretas del caso que analiza. Asimismo, cuenta con las facultades de hacer llegar y evacuar la prueba que considere necesaria. Cumpliendo así una función más activa, ajustando este sistema al principio de idoneidad, o potestad del juez de “tomar las medidas precautorias que considere adecuadas no solo para el resguardo del derecho de la administración sino también en su deber de resguardar los derechos de los administrados”*”. (El resaltado es del original). **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 175-2008 de las nueve horas del veintisiete de marzo de dos mil ocho. En igual sentido, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 266-2008 de las nueve horas del dos de mayo de dos mil ocho.

idóneo que le permita otorgar las medidas cautelares aptas, para cumplir con los requerimientos específicos de cada caso en particular.

Es importante reconocer la amplitud y posibilidades de innovación que el sistema abierto de tutela cautelar le conceden al juez. Le impide incursionar en un sistema estricto y cerrado de medidas, a lo que deberá de responder con su creatividad; esta, deberá ajustarse a las necesidades y especificaciones prácticas de la vida diaria, según sea el caso por resolver.

Si bien es cierto, tenemos clara la posición y amplitud del poder de decisión que tiene el juez dentro de la medida cautelar, se debe ponderar si tales facultades están sujetas al principio de congruencia¹⁹⁹; éste, limita al juzgador a decretar la medida, según lo pedido por la parte interesada.

Sobre este tema, se debe plasmar que la nueva jurisdicción contencioso administrativa, tiene dentro de sus pilares de aplicación, la flexibilidad del proceso y la amplitud de los poderes del juez a lo largo del mismo. Esta circunstancia se pone de manifiesto dentro del instituto cautelar y lleva a reflexionar que tal principio de congruencia no es de aplicación en dicha materia.

Dentro del código se establece, como principio general, que la medida cautelar es adoptada por el juez, a solicitud expresa de la parte interesada. Asimismo, la normativa cautelar establece que el juez se encuentra en la obligación de adoptar la medida que considere más

¹⁹⁹ Véase *supra*, Págs 109 a 111.

“adecuada y necesaria” para proteger y garantizar el objeto del proceso y la sentencia de fondo.

Dada la redacción del código en materia cautelar, se puede manifestar que el juez tiene dentro de sus facultades, la potestad de apreciar, analizar y resolver la medida cautelar siguiendo el mandato legal que a él se le impone. En este orden de ideas, perfectamente existe la posibilidad de que el juzgador a cargo, considere que la medida solicitada por la parte gestionante, no guarda relación suficiente, o no se ajusta a las situaciones de urgencia necesarias, dentro del caso en particular.

A modo de ejemplo, se pueden citar aquellos casos, en donde una empresa interesada, en participar, en una licitación pública con alguna institución del Estado, le solicita al juez como medida cautelar, la suspensión de la recepción de ofertas, dada la existencia de cláusulas discriminatorias relevantes dentro del cartel licitatorio que le impiden la participación dentro del concurso. Esto, a criterio del juez, lejos de constituirse en necesario podría ocasionar un grave daño al interés público por tratarse de una licitación de importancia general para el país. Esta es la razón por la cual, el juez, dentro de sus facultades decisorias, otorga una medida cautelar, pero en su lugar, decide permitir la recepción de ofertas y decreta a la Administración, la obligación de no abrir las ofertas, hasta tanto no se resuelva el tema de las cláusulas discriminatorias dentro del cartel.

En consecuencia, se puede ver cómo el poder de decisión se encuentra en el juez, quien ostenta la facultad de acordar la “*medida cautelar adecuada y necesaria*” que él considere procedente, aún y cuando dicha decisión, implique apartarse de lo solicitado por la parte

gestionante; de lo contrario, estaría violando su deber y obligación de garantizar un acceso a la tutela judicial efectiva, a través de la tutela cautelar.

Finalmente, se debe considerar que dentro del Código Procesal Contencioso Administrativo, existen otros supuestos que tienden a poner de manifiesto los poderes del juez dentro del proceso. Se le da licencia para tutelar, de manera cautelar, el objeto y la sentencia de fondo, facultades que confirman la no vinculación del juez al principio de congruencia, dado su deber de impartir justicia por medio de la tutela cautelar.

Específicamente, nos referimos a las facultades que tiene el juez para actuar de oficio en materia cautelar, mismas que se ponen en evidencia, al momento de decretar las medidas provisionalísimas, al modificar la medidas *inaudita altera parte*, otorgadas inicialmente, una vez que se ha dado la audiencia a la totalidad de las partes, al modificar o suprimir la medida cautelar ante la variación de las condiciones que la motivaron o al otorgar una medida cautelar que fue denegada inicialmente ante la variación de las circunstancias que dieron motivo a su rechazo.

a.3 La Ampliación de las Medidas Cautelares.

A diferencia de la LRJCA, que reducía y limitaba la tutela cautelar a la suspensión en los efectos del acto administrativo, el CPCA otorga al juez una amplia gama de opciones en materia cautelar, tales como medidas conservativas, medidas positivas y medidas anticipativas o innovativas. Estas, se complementan con la habilitación que se otorga al

juzgador para actuar ante la urgencia, entendida como un elemento fundamental dentro de la nueva tutela cautelar.

Dadas las disposiciones del nuevo código, el juez en materia cautelar puede dar órdenes de hacer, no hacer o de dar a la Administración; estos, se traducen en medidas cautelares positivas como una garantía de protección al solicitante.

En función de tales deberes, el juez podrá ordenar la actuación de la Administración ante decisiones o conductas administrativas irregulares o negativas. Asimismo, podrá ordenar la creación de una condición jurídica concreta inexistente, podrá garantizar la condición jurídica existente, o bien, sustituir el acto negativo emanado de la Administración y sustituir a la propia Administración ante su inactividad.

Se tiene presente el principio de discrecionalidad administrativa, según lo expuesto en los numerales 20 y 128 del CPCA²⁰⁰. Esto, por cuanto, si bien es cierto, en materia cautelar se amplían los poderes de apreciación y de decisión del juez, no se debe dejar de lado que existe una división de poderes que cumplir y una potestad discrecional de la Administración que respetar.

Específicamente, se pueden ejemplificar algunas de las medidas que se pueden decretar dentro de un trámite de medida cautelar en el nuevo proceso contencioso administrativo. En relación con las órdenes de hacer o no hacer, el juez puede ordenar la apertura o cierre de

²⁰⁰ Véase *supra*, Págs 117 a 119.

un establecimiento comercial, con motivo de los permisos correspondientes en materia municipal o en materia de salud pública.

En cuanto a las órdenes de dar, el juzgador puede ordenar a determinada institución médica, brindar atención médica a determinado paciente, así como un medicamento específico. Otro ejemplo en esta materia podría ser la orden de impartir algún curso o preparación técnico – profesional a determinada institución educativa. Se pueden encontrar tantos ejemplos como situaciones, dentro de la vida cotidiana en la función Pública – Administrativa.

Siguiendo, con la exposición de poderes y atribuciones del juez dentro del nuevo proceso cautelar, se debe tomar cierto detenimiento en relación con el numeral 20 del CPCA. Éste manifiesta expresamente que *“las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación jurídica sustancial”*.

Dicha normativa, comprende no solamente la oportunidad de otorgar medidas positivas sino también, la posibilidad de la anticipación de la sentencia (efectos anticipativos) o la modificación del estado de hecho o de derecho existente, antes de la solicitud de la misma (efectos innovativos).

Es decir, la nueva tutela cautelar no se reduce a la suspensión en los efectos del acto, tal y como se regulaba en la anterior LRJCA. Esto implica que el juez puede ordenar medidas cautelares que de uno u otro modo, anticipen el contenido de la sentencia de fondo del

proceso o representen efectos nuevos para la situación jurídica tutelada; guardando las características de provisionalidad e instrumentalidad propias del instituto cautelar.

O bien, por otro lado el juez tiene la facultad de ordenar de manera previa a la sentencia, hacer o no hacer una conducta o acción que represente la variación de hecho o de derecho anterior a la solicitud de la medida cautelar; como por ejemplo puede ocurrir ante el mandamiento por parte del juzgador, para que la Administración proceda a revertir la situación jurídica anterior de los administrados, antes de la ejecución de determinado acto administrativo, como podría ser el caso de un desalojo administrativo; otro ejemplo innovador podría ser el mandamiento para que la Administración emita determinado acto administrativo, o cumpla y brinde determinados servicios al administrado, sin existir aún sentencia de fondo; por ejemplo: una biblioteca pública que deba brindar servicios de internet gratuito para estudiantes debidamente acreditados.

En otro orden de ideas, el juez al momento de tramitar y resolver la medida cautelar, siempre está sujeto a plazos cortos y expeditos, ante la urgencia misma que representa, en muchas ocasiones, la solicitud de tutela cautelar dentro del proceso.

Dadas las circunstancias propias de este instituto, existe la posibilidad de que la situación de urgencia sea tan imperiosa, que el juez deba derogar de manera temporal principios fundamentales como el contradictorio, la bilateralidad del proceso y hasta otorgar medidas provisionalísimas.

Asimismo, ante ciertos acontecimientos de urgencia, existen las “*medidas cautelares ante causam*”, que pueden ser otorgadas bajo la condición de presentar la demanda dentro de los quince días siguientes a la notificación del auto que la decreta. Sin embargo, ante el incumplimiento, en la presentación de dicha demanda dentro del plazo establecido por la Ley, sobresa la potestad del juez de condenar a la parte, al pago de los daños y perjuicios originados a la Administración o algún tercero, con el acogimiento de dicha medida *ante causam*.

Siguiendo con la ampliación de poderes que tiene el juez dentro del proceso cautelar, el mismo código, en el artículo 25, párrafo 1º, autoriza al juez para que en aquellos supuestos de “*tutela cautelar inaudita altera parte*”, pueda excepcionar y decretar la medida requerida sin necesidad de dar audiencia previa a la contraparte. Esto, puede ir en contraposición con el derecho al debido proceso, principio que se ve interrumpido ante la “*urgencia extrema*” de la medida, concepto que la propia labor jurisdiccional de los jueces deberá precisar, con el pasar de los fallos, en esta materia.

Dado que al momento de realizar la valoración de la medida *inaudita altera parte*, el juez puede echar de menos algunos de los elementos idóneos para realizar la ponderación de la medida solicitada, el mismo cuerpo normativo en su numeral 25, párrafo 1º, le otorga la potestad de fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos del artículo 28 del código. Este da pie para que el juez a cargo del proceso, exija de acuerdo con su amplio poder de apreciación, la caución o la medida de contracautela suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de las partes intervinientes en el proceso, de algún tercero involucrado o del interés público.

En último lugar, antes de concluir este apartado, se puede mencionar otro de los escenarios en donde el juez puede hacer valer sus facultades dentro del proceso. Éste, está representado en la adopción de medidas provisionales, mismas que pueden ser impuestas de oficio por el órgano jurisdiccional encargado, pero una vez que la parte interesada ha gestionado la tutela cautelar. Dicha urgencia de garantizar la posible efectividad de la medida cautelar adoptada por el juez, le permite valorar y ponderar la procedencia y necesidad de una medida provisional, que no tiene como finalidad resguardar el objeto del proceso, ni la efectividad de la sentencia, sino el de garantizar la tutela cautelar que está siendo gestionada.

d. Limitaciones a los Poderes del Juez en Relación con la Nueva Tutela Cautelar.

La ampliación en las facultades del juez dentro del instituto cautelar regulado en el nuevo CPCA, puede llevar a la apreciación de que el juez ostenta un poder pleno e ilimitado para adoptar las medidas cautelares dentro del proceso. Si bien es cierto, dicho poder es amplio, esto no significa que sea ilimitado y distante de controles definidos de manera previa por el legislador.

Con esto se quiere dejar en claro, que el juez, dentro de sus facultades propias, tiene gran facilidad de maniobra y decisión en materia cautelar, con el único fin de responder a la urgencia y necesidades propias de cada caso en particular; para ello debe seguir y respetar los límites y elementos ponderativos previamente definidos en la norma legal aplicable.

b.1 La Medida debe ser Cautelar.

Como primer punto por considerar, están las características estructurales de toda tutela cautelar: urgencia, instrumentalidad, provisionalidad y reversibilidad. Importantes en el sentido de que enmarcan y definen la medida cautelar y por ende, sujetan la valoración y decisión del juez en estricto, respecto de tales características, tal y como lo manifiesta el artículo 22 del código.

b.1.1 Instrumentalidad de la Medida Cautelar.

Dicha característica es propia de toda medida cautelar, en el tanto garantiza la efectividad de la sentencia de fondo del proceso principal y por ende, resguarda la protección de los intereses de la parte ganadora.

Lo anterior sirve de base, para reafirmar una vez más el deber del juez competente de valorar y tener presente, en todo momento, el carácter instrumental de la medida por decretar dentro del proceso, característica que representa su accesoriedad con el proceso principal o con el proceso que está por iniciarse para el caso de las medidas cautelares ante causam.

Tal instrumentalidad está enmarcada dentro del numeral 26, párrafo 2º del código; éste, le permite al juez otorgar una medida cautelar antes del inicio del proceso, con la condición de que el mismo deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución, bajo la condición del levantamiento de la misma y la posterior condena de

daños y perjuicios; norma que nos reafirma la instrumentalidad que debe existir entre la medida cautelar y el proceso principal.

A modo de conclusión, queda claro que si bien es cierto el juez tiene gran amplitud para adoptar medidas cautelares dentro del proceso, las mismas deben dictarse en absoluto respeto de la instrumentalidad propia del instituto cautelar.

b.1.2 La Provisionalidad y Reversibilidad de la Medida Cautelar.

En este sentido, la naturaleza misma de la medida cautelar es su condición provisional, en el tanto está dirigida a evitar un daño en el objeto del proceso y garantizar la sentencia de fondo del mismo.

Este carácter provisional de la medida cautelar, está definido dentro del capítulo de medidas cautelares en varios numerales, tal es el caso del artículo 25 del CPCA, que da la posibilidad, en casos de extrema urgencia, de otorgar medidas sin dar audiencia previa a las partes. Sin embargo, una vez decretada la medida el juez debe dar audiencia a las partes del proceso, de manera tal que pueda valorar y definir si mantiene, modifica o revoca la medida decretada.

Asimismo, siguiendo con la línea anterior, el artículo 29 del código de marras, otorga la posibilidad al juez de modificar o suprimir la medida cautelar decretada, ante la variación de las circunstancias que motivaron la adopción de la medida, así como también permite

otorgar la medida que en su momento fue rechazada, ante la variación de las circunstancias que motivaron su denegatoria.

Es justamente en razón de la provisionalidad misma del instituto cautelar, que dicha tutela no es definitiva y que por ende, el juez puede revertirla ante la variación de las circunstancias fácticas que motivaron su otorgamiento.

Dicha característica de revocabilidad, limita y exige al juez el dictado de medidas cautelares que puedan ser revocadas y modificadas en el momento procesal requerido, vedando cualquier tutela cautelar que provoque efectos irreversibles y que por ende sustituya los efectos finales de la sentencia de fondo del proceso.

Precisamente, esta naturaleza de provisionalidad y reversibilidad de la medida cautelar, hace que se diferencie de otro tipo de medidas que se toman ante la urgencia, tal es el caso de la medida autosatisfactiva²⁰¹, que se resuelve de manera inmediata sin dar audiencia a la parte, sin requerir de un proceso principal y sin cumplir con el carácter instrumental y provisional propio de la tutela cautelar.

A diferencia de la tutela autosatisfactiva, en la medida cautelar se pone de manifiesto la flexibilidad propia de dicho instituto, la cual debe ser aplicada por el juez en virtud de su papel dentro del proceso, pero también en cumplimiento de las características propias del

²⁰¹ Entendemos por medida autosatisfactiva como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota - de ahí lo de autosatisfactiva - con su despacho favorable: no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitarse caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar autónoma”. Belsito citado por Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 175.

instituto cautelar; las cuales fueron reguladas expresamente por el legislador dentro de la norma y, por lo tanto, deben ser respetadas.

Si bien es cierto el juez posee una amplia gama de posibilidades para decretar diversas medidas cautelares dentro del proceso, dichas facultades, lejos de ser ilimitadas, deben aplicarse en absoluto cumplimiento y respeto de las características intrínsecas a la tutela cautelar; mismas que fueron plasmadas dentro de la normativa vigente en el CPCA.

Del análisis aquí desarrollado y de los principios que muestra el código en la materia, se puede inferir ese control y deber de limitación que tiene el juez al momento de aplicar la tutela cautelar. Se considera trascendente resaltar, que éste es uno de los temas en donde el CPCA no es tan amplio en su regulación y que al menos, en cuanto al tema de la irreversibilidad de las medidas cautelares, es necesario que la jurisprudencia se encargue de analizar y definir el alcance de las potestades y actuaciones del juez, en aquellos escenarios y casos frontera, para así evitar interpretaciones extensivas y abusos en el otorgamiento de medidas cautelares. De darse estas, desnaturalizarían el instituto cautelar y provocarían un gran perjuicio tanto a las partes como al objeto mismo del proceso.

b.2 La Ponderación de los Intereses en Juego dentro del Proceso.

Dentro de la nueva tutela cautelar enmarcada en el Código Procesal Contencioso Administrativo, existe una figura trascendental en el marco de dicho instituto; este papel recae en el juez y los poderes otorgados para resolver sobre la materia.

Es en este sentido, que el juez debe cumplir con un procedimiento y trámite de valoración al momento de resolver una medida cautelar. Forma parte de dicho mecanismo, la ponderación y el equilibrio entre los distintos intereses existentes; específicamente se habla del interés de las partes, el interés general y el interés de algún tercero.

Concretamente, esta responsabilidad de mantener el equilibrio entre los diversos intereses en disputa, es encomendada por medio del artículo 22 del código. Éste, obliga a que el *“juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los de carácter instrumental y provisional de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros (...) deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá de efectuar para la ejecución de la medida”*.

Con el presente artículo, no se hace otra cosa más que obligar y limitar al juez a realizar una valoración no solo de los intereses en juego dentro del proceso, sino también de las consecuencias financieras que la decisión adoptada pueda generar dentro de la Administración Pública.

b.2.1 Ponderación Propiamente Dicha.

Esta obligación de ponderación de los intereses, por parte del juez, aparte de limitar y enmarcar su accionar dentro de la materia, implica realizar una valoración de los intereses

existentes en el proceso, en relación con el precepto de urgencia cautelar y los demás presupuestos necesarios para su otorgamiento.

Es en este sentido, que el juez, lejos de realizar una ponderación mecánica del asunto, debe realizar un análisis casuístico y único al caso particular, que le permita considerar la relación de importancia y trascendencia para los diversos intereses existentes. Esto, de modo que pueda dilucidar si el interés de la parte gestionante de la medida cautelar debe ser acogido, o si, por el contrario, se debe dar resguardo al interés público o de algún tercero.

Importante, mencionar que dicha obligación de realizar un balance de intereses, surge una vez que hayan sido comprobados los presupuestos necesarios para la tutela cautelar. Es evidente que tal deber de ponderación representa un control y límite objetivo a los poderes del juez dentro del proceso. Permite garantizar en la práctica jurídica, una verdadera congruencia entre las medidas cautelares otorgadas en la jurisdicción contencioso administrativa y la necesidad de resguardar el interés público frente a los diversos intereses existentes. Todo lo anterior, en relación con la gestión sustantiva de la Administración Pública involucrada y los aspectos financieros necesarios para el cumplimiento de la medida cautelar requerida dentro del proceso.

b.2.2 Análisis de los Intereses en Juego.

En cuanto al análisis de fondo que debe realizar el juez, al otorgar una medida cautelar, se considera importante realizar varias manifestaciones en relación con los elementos y aspectos que limitan el accionar y la decisión final de la tutela cautelar dentro del proceso.

El juez debe procurar obtener una armonización de los diversos intereses existentes, de modo tal que pueda llegar a una decisión acertada y consecuente con las necesidades propias del proceso. Tal y como se trató supra, del numeral 22 del CPCA, se desprende que el juez debe tomar en clara consideración los intereses públicos y los intereses de terceros, en contraposición con los intereses particulares de la parte gestionante de la medida.

Sobre el tema, se debe considerar que al ponderarse el interés público, el juez debe iniciar por definir y determinar el contenido del interés general en la situación jurídica concreta; esto, por cuanto se está frente a un concepto jurídico indeterminado, cuya definición es plena competencia del juez.

Si bien es cierto, se entiende que el interés público se compone de la suma de los intereses de los administrados y que dicha suma constituye la finalidad última de la actuación pública, en muchas ocasiones dicho interés general se ve permeado por intereses particulares, por el poder político, poder económico y por la corrupción misma. Estas circunstancias traen como consecuencia que el interés público defendido por la Administración, no sea otra cosa, más que el interés de algunos sectores.

Concretamente, en cuanto a la ponderación entre el interés público y el interés particular, se pueden expresar dos posibles vertientes sobre el tema. La primera es encabezada por alguna

parte de la doctrina, que sostiene que el interés público no puede ser razón suficiente para denegar una tutela judicial efectiva y la segunda expuesta por ciertas regulaciones de derecho comparado, en donde se puede incluir el nuevo CPCA, por cuanto el texto del artículo 22 exige expresamente la ponderación del interés público.

El numeral supra hace expresa referencia a la necesidad de valorar el interés público al momento de otorgar una medida cautelar. Sin embargo, no se puede dejar de lado el amplio desarrollo que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han dado a la justicia cautelar, en donde se ha puesto de manifiesto el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Esta tutela en algunas circunstancias requiere un enfrentamiento de la tutela cautelar con el interés público. Éste deberá resolverse de conformidad con la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora de la medida cautelar solicitada por el administrado.

Con lo anterior, no se está manifestando, ni mucho menos es la intención decir, que la tutela cautelar se puede contraponer al interés público; por el contrario, se pretende hacer la salvedad de que en algunos supuestos el interés particular, puede tener mayor prevalencia sobre el interés público y que por lo tanto el interés general no puede ser por sí mismo, un impedimento para el otorgamiento de una medida cautelar. A modo de ejemplo, se pueden citar ciertas actuaciones de la Administración, en donde la actuación no sea conforme al interés público o que la misma esté contrapuesta al interés general.

En relación con el tema, es necesario que el juez tenga presente de la existencia de algunas materias en donde el interés público va a tener prioridad en relación con intereses particulares; tal es el caso de la materia ambiental, salud pública y seguridad nacional.

Finalmente, hay que referirse al otro interés que el juez debe ponderar, al momento de otorgar una medida cautelar, es decir el interés de terceros involucrados en el proceso. Esta, es una circunstancia sobre la cual la regulación del código es sumamente clara al disponerle al juez la limitación de denegar cualquier medida cautelar que afecte, de manera gravosa, la situación jurídica de estos. Esto, por cuanto no están obligados a recibir una lesión grave de sus intereses y sobre todo no tienen por qué soportar un daño directo sobre situaciones jurídicas ajenas a su accionar.

b.2.3 Aspecto Financiero.

En último punto, el análisis del marco financiero es otro de los elementos por considerar, que el legislador encomendó al juez al momento de estudiar una medida cautelar. En relación con esta obligación, tal y como se trató *supra*²⁰², se debe poner énfasis en el carácter de obligatoriedad, con el que la norma exige realizar la ponderación de las “*posibilidades y previsiones financieras*” de la Administración Pública, al momento de ejecutar una medida cautelar.

El concepto de que el juez “deberá”, realizar ciertas consideraciones financieras sobre los efectos que pueda representar la medida cautelar, enmarca, de manera clara, una obligación

²⁰² Véase *supra*, Págs 126 a 130.

que limita la función del juez, al momento de realizar el análisis y ponderación de intereses, sobre la necesidad e idoneidad de una medida cautelar.

Esta responsabilidad delegada al juez, tiene gran relación con el principio constitucional de legalidad presupuestaria. A este principio está sujeta la Administración Pública, según lo dispone el artículo 180²⁰³ de la Constitución Política. Sin embargo, para nuestros efectos y en lo que interesa, es importante hacer evidente las repercusiones en la labor y límites del juez, al exigírsele ponderar las posibilidades y previsiones financieras de la Administración, en relación con la tutela cautelar por decretar.

Si bien es cierto, dicha disposición no le permite al juez rechazar una medida cautelar por disposiciones meramente financieras de la Administración, también es irrefutable que de tal obligación se desprende la posibilidad que ostenta el juzgador, de ponderar los efectos de diversa medida cautelar en la “*gestión sustantiva de la entidad*”, y por ende, realizar las adaptaciones y consideraciones del caso, con el fin de lograr el cumplimiento de la tutela cautelar dentro de los parámetros legales requeridos y dentro de las posibilidades financieras reales de la Administración, sin que esto represente una afectación grave a la gestión principal de la Administración o de su presupuesto.

²⁰³ Artículo 180 CP: El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación simple que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior.

Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento.

b.3 Principio de Proporcionalidad.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se hace referencia al mismo, en el tanto el artículo 22 del CPCA, indica que el juez, para otorgar una medida cautelar “*deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad*”, en relación con la ponderación de los intereses inmersos dentro del proceso.

Dicho principio de proporcionalidad es entendido como “*la relación entre el medio empleado y el fin perseguido y por ende, impone que el medio elegido sea el menos gravoso para los derechos de la persona*”²⁰⁴.

La Sala Constitucional, en su voto número 8858 del quince de diciembre de 1998, manifestó sobre el tema:

*“(...) La proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad (...)”*²⁰⁵.

Ahora bien, de este principio se puede desprender que la proporcionalidad constituye un límite importante que el juez debe respetar al momento de realizar la ponderación y análisis

²⁰⁴ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 190.

²⁰⁵ **Sala Constitucional**, Voto número 8858 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

de los intereses en juego dentro del proceso, esto le permitirá lograr una decisión cautelar proporcionada en cuanto a las necesidades y el fin perseguido dentro del mismo.

Como parte de las labores propias del juez contencioso administrativo, se encuentra el control y vigilancia sobre la conducta y el accionar administrativo. Estas, deben ir acorde con el principio de legalidad bajo el cual se rige el actuar de la Administración Pública y, por ende, en correcto cumplimiento con el principio de proporcionalidad.

En relación con la tutela cautelar, dicho principio de proporcionalidad, regulado en el numeral 22, no tiene otra valoración más que la correcta aplicación por parte del juez al momento de apreciar la situación jurídica concreta, *“particularmente, si el juez adopta una medida cautelar positiva con efectos anticipativos o innovativos o bien, simplemente la conducta que se controla engloba el ejercicio de potestades discrecionales. Dicha medida deber ser proporcionada (...) significa aceptar que el juez, particularmente el juez de la urgencia, no es únicamente un juez de la legalidad, que somete a ella a la Administración. El juez puede sustituir a la Administración y al hacerlo debe sujetarse a las mismas reglas y principios que se imponen a la Administración”*²⁰⁶.

En conclusión, se debe de manifestar la absoluta conformidad con tal principio de proporcionalidad, en el tanto no sólo garantiza la correcta ponderación por parte del juez al momento de apreciar el interés particular, el interés público y el interés de algún tercero, dentro del proceso, sino que también lo sujeta y le exige una correcta aplicación de tal

²⁰⁶ Rojas Chavez (Magda Inés). **Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**, San José, Editorial Juritexto S.A., primera edición, 2008. Pág. 194.

principio. Esto sucede en aquellas decisiones en donde considere que la tutela cautelar necesaria debe ser brindada por medio de una medida cautelar positiva o mediante el mandamiento de alguna conducta que represente la sustitución de la Administración misma.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS PRÁCTICO DE LOS NUEVOS SUPUESTOS DE UNA TUTELA CAUTELAR EFECTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Actualmente, desde el pasado primero de enero de dos mil ocho, fecha de entrada en vigencia del CPCA, han transcurrido aproximadamente quince meses de aplicación de la nueva normativa en materia contencioso administrativa.

Durante estos meses, se ha podido observar y analizar una cantidad importante de medidas cautelares. Estas, están marcando el desarrollo y evolución de la tutela cautelar que se proyecta, según los lineamientos del nuevo código y los aportes propios que está haciendo la jurisprudencia sobre el tema.

Seguidamente, es de gran trascendencia adentrarnos en una muestra importante de casos concretos tramitados dentro de la nueva jurisdicción, para lograr hacernos una idea clara del desarrollo y avance que se ha dado en esta materia, con el único propósito de demostrar que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo regula, de una manera efectiva, el contenido de las medidas cautelares y que por lo tanto, nos encontramos ante una verdadera justicia cautelar más allá de la suspensión del acto; afirmación que, si bien es cierto, ya hemos tratado de manera conceptual y teórica en los capítulos y secciones supra, es menester complementarla con ciertos ejemplos y aportes prácticos que den un respaldo sólido a lo planteado.

Finalmente, una vez plasmado el cotejo del desarrollo práctico actual en materia cautelar, se plantean algunas consideraciones y efectos jurídicos futuros que, según nuestro criterio, podrían gestarse dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa, en un período determinado. Todo lo anterior conforme con las necesidades y circunstancias propias de las relaciones jurídicas existentes entre la Administración y el administrado, en concordancia con el Título III de Medidas Cautelares reglado en el CPCA.

Sección Primera: Manifestaciones Concretas de los Tipos y el Contenido de una Nueva Tutela Cautelar: Anticipativo, Innovativo y Conservativo.

En la presente sección, se hace referencia concreta a determinados votos y resoluciones que han sido emitidos por el Tribunal Contencioso y el Tribunal de Casación, en materia de medidas cautelares y temas afines.

a. Medidas Conservativas – Suspensión del Acto Administrativo.

En materia de conservación del estado de las cosas, tal y como se venía dando con la anterior LRJCA, con la entrada en vigencia del CPCA, han continuado gestionándose medidas cautelares en donde se solicita la conservación de las circunstancias anteriores a la emisión de la conducta administrativa y, por ende, en muchas ocasiones la suspensión en los efectos del acto administrativo. Esta medida cautelar, en numerosos casos, es completamente necesaria para lograr resguardar el objeto del proceso, los intereses del particular y para garantizar la efectividad de una posible sentencia favorable para el administrado.

Con el nuevo código, lejos de desaparecer la suspensión del acto administrativo, dicha medida cautelar se ha mantenido y gran porcentaje de las solicitudes que se están resolviendo son en ese sentido. Ahora bien, lo importante de resaltar en este punto, es que el nuevo código regula dicha suspensión del acto, pero también permite el otorgamiento de cualquier otro tipo de medidas cautelares, para aquellos casos en donde la suspensión del acto no sea la medida idónea para conservar el estado de las cosas dentro del proceso.

Para efectos prácticos en materia de suspensión de actos, es una realidad la prevalencia de gestiones cautelares ante *causam inaudita altera parte* y dentro del proceso de conocimiento, que están siendo presentadas contra aquellos actos administrativos de inhabilitación o suspensión en el ejercicio de la profesión, emitidos por los Colegios Profesionales respectivos o bien, por la Dirección Nacional de Notariado, para el caso de los Notarios; medidas que en la generalidad de los procesos, se otorgan si la parte gestionante logra demostrar, de manera fehaciente, la existencia de los tres presupuestos necesarios en materia cautelar. Existe especial énfasis en la comprobación de los graves daños o perjuicios ocasionados por el acto de suspensión, sean actuales o potenciales y la ponderación de los intereses en juego dentro del caso en concreto; en caso contrario, de no lograrse dicha probanza, tal gestión será rechazada según lo ha estado manifestando la jurisprudencia.²⁰⁷

²⁰⁷ Para ampliar sobre el tema consultar los siguientes casos concretos: Expediente 08-000100-161-CA, consultar voto en donde se otorga la suspensión del acto de inhabilitación por haberse cumplido con los presupuestos de la tutela cautelar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 397-2008 de las ocho horas tres minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho. Expediente 08-000531-1027-CA, consultar voto en donde se otorga la suspensión del acto de inhabilitación por haberse demostrado la gravedad de los daños ocasionados en el caso concreto, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 544-2008 de las once horas con tres minutos del diecinueve de agosto de dos mil ocho. Expediente 08-001064-1027-CA,

Tal y como ha quedado de manifiesto, existe una gran cantidad de causas judiciales en donde se están resolviendo estas solicitudes de suspensión en los efectos de actos administrativos de inhabilitación, emitidos por los Colegios Profesionales o por la Dirección Nacional de Notariado.

Concretamente, dentro de este punto es de nuestro interés evidenciar la diferencia de criterios que se está marcando en este tipo de gestiones cautelares, entre el Tribunal Contencioso y el Tribunal de Casación, por cuanto en muchas ocasiones por un lado, la medida es rechazada en primera instancia al considerarse que no se está cumpliendo con la prueba del peligro en la demora. Esto, en el tanto no se aporta el material probatorio suficiente que acredite el daño grave actual o potencial de dicha suspensión y por otro, el Tribunal de Casación una vez realizado el análisis respectivo del caso particular y pudiendo

consultar voto en donde se otorga la suspensión en los efectos del acto de inhabilitación por haberse probado una afectación grave en los ingresos del profesional y no haberse demostrado un serio daño al interés público, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 1123-2008 de las catorce horas con diez minutos del diecisiete de noviembre de dos mil ocho. Expediente 08-000157-161-CA, consultar voto en donde se rechaza la suspensión del acto de inhabilitación por no cumplir el presupuesto de peligro en la demora de la tutela cautelar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 123-2008 de las ocho horas del siete de marzo de dos mil ocho. Expediente 08-000142-161-CA, consultar voto en donde se rechaza la suspensión del acto de inhabilitación por falta de probanza en la gravedad de los daños ocasionados, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 315-2008 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de mayo de dos mil ocho. Expediente 08-000535-1027-CA, consultar voto en primera instancia en donde se rechaza la medida cautelar por falta de prueba de los daños graves ocasionados, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 585-2008 de las dieciséis horas veinte minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho, consultar voto en segunda instancia en donde se confirma la resolución recurrida, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 113-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil ocho. Expediente 08-000335-1027-CA, consultar voto en primera instancia en donde se rechaza la medida cautelar por falta de probanza en el peligro en la demora, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 662-2008 de las nueve horas diez minutos del nueve de setiembre de dos mil ocho, consultar voto en segunda instancia en donde se confirma la resolución recurrida por falta de prueba en el peligro en la demora y por la debilidad en la seriedad de la demanda, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 133-F-TC-2008 de las nueve horas del dieciséis de octubre de dos mil ocho.

recibir nuevo material probatorio en segunda instancia, procede a revocar la resolución recurrida y en su lugar otorga la medida cautelar.²⁰⁸

Seguidamente, otro de los escenarios en donde se ha puesto de manifiesto la suspensión en los efectos del acto administrativo, tiene su lugar en aquellas gestiones en donde los administrados de manera ante *causam e inaudita altera parte*, solicitan la suspensión de actos de desalojo, desahucios administrativos o cierre de locales emitidos por el Ministerio de Seguridad Pública o por el Ministerio de Salud, según la materia de su competencia.

Para efectos prácticos y procesales, interesa en relación con este tipo de gestiones cautelares (entiendáse suspensión en órdenes de desalojo, desahucio, derribo, demolición, lanzamiento, cierre de establecimientos, entre algunas otras), hacer especial mención a la procedencia de admitir provisionalmente la suspensión del acto administrativo. Esto, de conformidad con las circunstancias de “*extrema urgencia*” reguladas en el artículo 25, inciso 1º del CPCA, suspensión provisional que es seguida de una audiencia por tres días a las partes, para mantener, modificar o revocar la medida cautelar adoptada

²⁰⁸ Para ampliar sobre el tema, ver los siguientes expedientes: Expediente 08-000397-1027-CA, consultar voto en primera instancia en donde se rechaza la medida cautelar por falta de prueba del periculum in mora, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 473-2008 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veintidós de julio de dos mil ocho, consultar voto en segunda instancia en donde se revoca la resolución recurrida y en su lugar se otorga la medida, toda vez que se consideraron demostrados los presupuestos para la medida cautelar, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 108-F-TC-2008 del diez de setiembre de dos mil ocho. Expediente 08-000054-0161-CA, consultar voto en primera instancia en donde se rechaza la medida por no demostración de los daños graves ocasionados, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 38-2008 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del ocho de febrero de dos mil ocho, consultar voto en segunda instancia en donde se revoca la resolución recurrida y en su lugar se otorga la medida, toda vez que se consideraron demostrados los presupuestos necesarios, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 14-F-TC-2008 del cinco de marzo de dos mil ocho. Expediente 08-000114-1027-CA, consultar voto en segunda instancia en donde se revoca la resolución recurrida del Tribunal Contencioso y en su lugar se otorga la medida cautelar y suspensión del acto impugnado, en razón de la probanza de la gravedad de los daños ocasionados, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 72-F-TC-2008 del treinta de setiembre de dos mil ocho.

provisionalmente y en aquellos casos necesarios de una audiencia oral y pública, que le permita al juzgador resolver lo procedente; todo esto, de conformidad con el numeral 24 del código de marras.²⁰⁹

La anterior circunstancia ha sido más que manifiesta dentro de la jurisprudencia del Tribunal Contencioso al considerar que *“el Código Procesal Contencioso Administrativo, establece en el artículo 25 la disposición de medidas cautelares, prima facie, sin necesidad de conceder audiencia, o sea, sin que las partes contrarias sean advertidas previamente, siempre y cuando el asunto revista urgencia y así sea solicitado por la parte, situación que claro el juez debe analizar con el fin de que al administrado no se le cause un perjuicio mayor con la actuación de la Administración”*²¹⁰.

Seguidamente, en relación con las solicitudes de suspensión de actos administrativos, concretamente en cuanto a la ejecución de desahucios y desalojos, existe un factor que ha sido determinante dentro del análisis y las resoluciones que hasta el momento, han sido emitidas por el Tribunal Contencioso; estas decisiones, a su vez, han sido confirmadas en un gran porcentaje por el Tribunal de Casación.

²⁰⁹ Sobre el tema consultar **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 18-2008 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintinueve de enero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 25-2008 de las ocho horas del cuatro de febrero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 37-2008 de las nueve horas del siete de febrero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 273-2008 de las trece horas del seis de mayo de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 308-2008 de las diez horas con cinco minutos del dieciséis de mayo de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 403-2008 de las quince horas del dieciocho de junio de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 450-2008 de las trece horas del dieciséis de julio de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 463-2008 de las dieciséis horas con treinta minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 538-2008 de las diecisiete horas con cincuenta y ocho minutos del catorce de agosto de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 700-2008 de las dieciséis horas con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil ocho.

²¹⁰ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 333-2009 de las dieciséis horas con treinta minutos del dos de marzo de dos mil nueve.

Específicamente, se hace referencia al análisis de los intereses en juego dentro de este tipo de medidas cautelares, que en una gran mayoría están inmersas en una situación de extrema pobreza y necesidad de las familias o la parte gestionante. Estas, son circunstancias concretas en donde existen niños, adolescentes y personas de la tercera edad, que ven seriamente afectados derechos fundamentales como el derecho a la vida, salud, vivienda digna, seguridad, integridad personal, entre otros.

Sobre el tema, es importante considerar el análisis planteado por el Tribunal Contencioso, dentro de solicitud de medida cautelar interpuesta contra acto administrativo que decretaba la orden de desalojo de una familia de su casa de habitación por haber sido declarada inhabitable:

“(...) respecto al artículo 22, que se refiere a la ponderación de los intereses en juego, este tribunal considera que la conducta administrativa consistente en el desalojo de la actora de la casa de habitación que ocupa, obedece a la protección de un interés de la administración en hacer cumplir las normas o la legalidad objetiva. Sin embargo, la nueva legislación contencioso administrativa, acorde con lo indicado en el artículo 49 CP en relación al 1 del CPCA, no solo aboga por el control de la legalidad objetiva, sino también la tutela de las situaciones jurídicas administrativas de los justiciables (legalidad subjetiva). Por consiguiente, si el interés público está considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados (artículo 113, inciso 1 de la LGAP), aunado que el ordenamiento jurídico administrativo tiene como finalidad lograr un equilibrio entre la eficiencia de la administración y la dignidad, la libertad y los otros

derechos fundamentales de las personas (artículo 8 LGAP), resultaría paradójico que en aras de tutelar la vida, la salud, la seguridad y la integridad personales se pretende desalojar a una persona que ocupa una vivienda declarada inhabitable sin que se adopten de manera coordinada por parte del Estado las medidas alternas o paliativas que garanticen que esos derechos fundamentales no sufrirían un mayor menoscabo, a consecuencia de desalojarla, que son derechos que el Estado esta obligado a proteger en aplicación directa de los artículos 33 (por dignidad humana), 50 párrafo primero, 65 y 74 de la CP, Por lo tanto, la satisfacción del interés público, en este caso, debe orientarse a proteger la situación jurídica de la actora, no solo con la declaratoria de inhabitabilidad sino también con la toma de acciones positivas dirigidas a la tutela efectiva de los derechos que la Administración Pública esta llamada a proteger como una vivienda digna o una opción habitacional acorde a su condición humana. En conclusión, se lesiona más el interés público al desalojar a la actora que manteniéndola temporalmente y mientras se resuelve este proceso preferente y sumario”²¹¹. (El resaltado no es del original).

En relación con el análisis anterior, este tipo de medidas son resueltas según las circunstancias propias de cada caso en concreto, examen y otorgamiento de medidas cautelares que se llevan a cabo de conformidad con los poderes del juez dentro del proceso cautelar, según lo regulado en los numerales 19 y 20 del CPCA.

²¹¹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 692-2008 de las diecisiete horas con treinta minutos del dieciséis de setiembre de dos mil ocho.

Particularmente, dentro del presente apartado se considera importante hacer mención específica al proceso cautelar mediante el cual el Albergue Casa María solicitó ante el Tribunal Contencioso la suspensión del acto administrativo, emitido por el Ministerio de Salud, en donde se resuelve el cierre del albergue, inhabilitándolo para brindar la atención de personas discapacitadas.

Sobre dicha gestión de tutela cautelar, el Juez Tramitador, mediante resolución de las catorce horas del tres de abril de dos mil ocho, declaró sin lugar la medida; se confirman los acuerdos recurridos, por lo que se confirmó el cierre del albergue y se otorgó un plazo de quince días para la reubicación de los usuarios.

Seguidamente, en lo que interesa, una vez recurrida la resolución en primera instancia, el Tribunal de Casación, mediante voto número 26-F-TC-2008 resolvió la medida cautelar de su conocimiento, al revocar la resolución recurrida y en su lugar decretó la suspensión del cierre únicamente por un plazo de tres meses; se ordenó iniciar con al menos las condiciones ordenadas por el Ministerio de Salud, para adecuar el albergue o la casa a aquellos requisitos que a la fecha no habían sido cumplidos y se ordena al vencimiento del plazo al Tribunal de origen, hacer un reconocimiento previo a efectos de determinar qué va a resolver sobre el particular.

Dicha tutela cautelar fue resuelta de esta forma, una vez realizado un análisis indispensable de los intereses en juego dentro del proceso, después de considerar el interés público y la obligación del Estado de brindar protección a la Salud Pública, así como la circunstancia

real y evidente, de una desatención y vacío importante en la respuesta y requerimientos de las necesidades básicas de estas personas que tienen algún grado de discapacidad.

El Tribunal consideró que el cierre inmediato del albergue a quien más perjudicaba, dada la inexistencia de algún plan alternativo por parte del Estado, era a los propios beneficiados del albergue. Esta es la razón por la cual decidió revocar la resolución recurrida, otorgar la suspensión por un plazo único de tres meses y ordenar el inicio de las condiciones necesarias, para el funcionamiento de dicho centro, según los requerimientos del Ministerio de Salud.

Si bien es cierto dicha medida constituye una suspensión en los efectos del acto administrativo, es de especial valor recalcar la correcta ponderación de los intereses en juego y la limitación de tal suspensión que el propio Tribunal realiza al momento de decretar la medida. Todo ello en especial cumplimiento de los numerales 19 y 20 del CPCA, suspensión del acto administrativo que va más allá de lo solicitado por la parte, en el tanto se limita y a su vez se le ordena, iniciar con los trámites y medidas correspondientes, para asegurar el cumplimiento de los requisitos en un período considerable.

Dentro de este tipo de medidas cautelares, es significativo hacer una observación en el tanto, en materia de conservación del estado de las cosas, ha prevalecido la tramitación de suspensión en los efectos de actos administrativos, especialmente en las materias tratadas en los párrafos anteriores. También, dentro de este tema se han ordenado y rechazado

algunas medidas de suspensión en actos administrativos, relacionados con otras áreas, circunstancias que resultan relevantes de citar, con algunos ejemplos y casos concretos.

Tal es el caso de la medida cautelar decretada dentro de proceso de conocimiento ordinario en materia ambiental interpuesto por la empresa Quebradores H y E de Orosi Siglo XXI S.A., en donde el Tribunal Contencioso ordena como medida cautelar la *“suspensión de la medida cautelar dictada por el Tribunal Ambiental Administrativo según resolución No. 919-08-TAA a efectos de proteger o salvaguardar la integridad de las propiedades y habitantes del sector de Los Ramírez en Orosi de Cartago”*, medida cautelar en la que el Tribunal Ambiental en su momento había ordenado *“suspender la extracción de materiales del Río Grande de Orosi, ya que esto esta (sic) constibuyendo a los cambios de la dinámica fluvial de dicho río ya que dicha extracción no se está realizando responsablemente”*²¹².

Medida que a criterio del Tribunal Contencioso, lejos de representar un beneficio para la comunidad, significaba una grave peligrosidad en el tanto, la suspensión de las labores de extracción de materiales sobre dicho río ponía en peligro la estabilidad de los taludes de su cause. Esto, representa un riesgo significativo para la comunidad de Los Ramírez y es la razón por la cual se decide suspender dicha medida cautelar ordenada por el propio Tribunal Ambiental Administrativo.

Otro caso concreto, resulta ser la medida cautelar decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo dentro de proceso de conocimiento gestionado por la empresa Cefa Central

²¹² **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 30-2009 de las nuev horas del doce de enero de dos mil nueve.

Farmacéutica S.A., en donde se ordena “suspender la sanción impuesta por la Resolución No. 442-2008 dictada por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, por la cual se impuso a la empresa (...) una inhabilitación para contratar con todo el sector público costarricense durante un periodo de tres años, hasta que se resuelva el proceso de conocimiento”, lo anterior por cuanto considero el Tribunal que “suspender la sanción de inhabilitación mientras se discute el proceso de fondo, no perjudica el interés público, ya que CEFA participe en otras contrataciones administrativas no afecta en nada el sistema de contratación, ya que queda en manos de cada Administración Pública, de acuerdo a las condiciones de los carteles y objetos y servicios que quieran adquirir, determinar si contratan a esta empresa o no”²¹³.

El siguiente caso en estudio, se refiere, a solicitud de medida cautelar planteada por un funcionario judicial, en relación con la suspensión, sin goce de salario, por tres días. En esta gestión cautelar, el Tribunal Contencioso procedió a “declarar la suspensión de los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal de Inspección Judicial mediante resolución de las 15:15 horas del 14 de setiembre del 2007, confirmada por el Consejo Superior del Poder Judicial en la sesión No. 37-08 celebrada el 20 de mayo del 2008”, lo anterior al considerar que “la sanción impuesta no requiere mayor análisis para concluir con facilidad que puede generar daños y graves (como resultan directamente sobre el salario del actor) como eventuales y futuros, en el tanto la suspensión trae efectos colaterales

²¹³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 296-2008 de las dieciséis horas con treinta minutos del trece de mayo de dos mil ocho. Sobre esta medida cautelar ver voto en segunda instancia en donde se confirmó la medida cautelar, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 59-F-TC-2008 del dieciocho de junio de dos mil ocho.

*sobre las aspiraciones laborales que pueda tener el actor dentro del poder judicial (...)*²¹⁴.

La anterior medida cautelar fue apelada y el Tribunal de Casación, en segunda instancia, decidió *“revocar la resolución No. 519-2008 de las 8 horas 3 minutos del 11 de agosto de 2008 dictada por la Jueza Tramitadora del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda; en su lugar rechazar la medida cautelar solicitada”*. Dicho Tribunal consideró *que tal sanción de suspensión, sin goce de salario, no genera graves daños al actor; estos, en caso de salir victorioso en el proceso de fondo, podrían ser reparados al dejar sin efecto el acto administrativo impugnado*²¹⁵.

Siguiendo el orden planteado, se puede citar el proceso de medida cautelar ante causam interpuesto por la empresa Exclusive By Gama It de Centroamerica S.A. en donde solicita la suspensión del acto administrativo; en donde se procedió a cancelar el registro de marcas sobre ciertos productos para la venta. Sobre esta solicitud, el Tribunal Contencioso resolvió *“suspender todos los efectos de la resolución No. 23-2008 de las nueve horas del veinticinco de enero de dos mil ocho, y se active provisionalmente el registro marcario 142.517, a favor de la gestionante”, medida cautelar que se otorgo en razón de que es “evidente (...) que la empresa gestionante va tener pérdidas financieras por no poder colocar sus productos en el mercado, ya que la resolución impugnada, efectivamente los*

²¹⁴ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 519-2008 de las ocho horas con tres minutos del once de agosto de dos mil ocho.

²¹⁵ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 116-F-TC-2008 del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho.

deja fuera de su actividad comercial, que como se externo en la audiencia oralmente, es su única actividad comercial”²¹⁶.

El siguiente caso por desarrollar se da dentro de solicitud de medida cautelar interpuesta por la empresa Sépticos El Nacional S.A. en relación con la suspensión de los permisos de funcionamiento de una planta de tratamiento. El Tribunal Contencioso procedió a declarar, de manera parcial, la medida cautelar solicitada *“suspendiendo los efectos de la resolución DASL-268-2008 (...) emitida por el Area Rectora de Salud de Liberia, condicionándola a que la demandante únicamente podrá continuar captando del volumen maximo autorizado de 13,986 litros de lodos sépticos por día (...)”*, medida cautelar que se otorgo al considerarse *“que la suspensión del permiso temporal de funcionamiento conferido para el funcionamiento de la planta de tratamiento, como consecuencia lógica le puede generar a la actora daños graves, tanto actuales como potenciales, en el tanto se le impide ejercer la actividad lucrativa sobre la cual probablemente realizó una considerable inversión”*. Asimismo continua manifestando dicho Tribunal *“(...) la parte actora brinda también un servicio que colabora con minimizar el impacto ambiental que generan los tanques sépticos, lo cual también reviste de un innegable interés público, de donde se deriva que de conformidad con los artículos 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, este extremo de la presente medida cautelar debe acogerse en los términos indicados”²¹⁷.*

Dentro del presente apartado es trascendente consignar, que no todas las medidas conservativas que se emiten, en materia cautelar, son en relación con suspensión de actos

²¹⁶ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 416-2008 del veintitrés de junio de dos mil ocho.

²¹⁷ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 561-2008 de las ocho horas con cincuenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil ocho.

administrativos. Por el contrario, aunque en una menor proporción, también se han resuelto otro tipo de medidas conservativas como la anotación de la demanda sobre bienes inmuebles, la orden de inmovilización de bienes inmuebles y solicitudes de embargos sobre presupuestos de instituciones públicas en ciertos casos concretos.

En relación con la naturaleza de la anotación de demanda dentro de un proceso de conocimiento ordinario, es importante tener presente que *“la anotación de la litis es la cautela que permite alertar sobre la existencia de un proceso, a fin de proteger a terceros para que no realicen contrataciones sobre bienes registrales – muebles o inmuebles – en él implicados, y tiende a que el posible adquirente de un bien se entere no solo de la naturaleza y estado de un proceso jurisdiccional, sino también de que una eventual sentencia que en él recaiga, sea opuesta a terceros adquirentes del bien litigioso. De tal modo que ese tercero no pueda ampararse en la presunción de buena fe, frente a quien la obtuvo, ya que el litigio era público y por ende la parte sabía de las posibilidades de que podrían haber modificaciones en el asiento registral de los bienes. Se trata de una medida asegurativa, que tiene por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes sobre los cuales recae y es instrumental por cuanto carece de un fin en sí mismas y se encuentra subordinada y ordenada funcionalmente a un proceso principal del cual depende, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en él”*²¹⁸.

²¹⁸ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 333-2008 de las dieciséis horas del veintitrés de abril de dos mil ocho. En el mismo sentido, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 380-2008 de las dieciséis horas del nueve de junio de dos mil ocho. Asimismo, ver **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 267-2008 de las once horas del dos de mayo de dos mil ocho, sobre anotación de demanda sobre finca del Instituto de Desarrollo Agrario dentro de proceso contencioso ordinario.

En relación con la solicitud de anotación de demanda, como medida cautelar, ante *causam inaudita altera parte*, es importante consignar la posición del Tribunal Contencioso de rechazar este tipo de medida, cuando se interponga de manera ante causam, por cuanto aún no existe un proceso principal que de sustento a dicha tutela cautelar, determinando dicho Tribunal que lo procedente es otorgar provisionalmente una medida conservativa de inmovilización de inmueble en el tanto se valora la procedencia de la medida y se otorga el plazo para la presentación de la demanda.

Sobre el tema el Tribunal Contencioso, se ha manifestado en los siguientes términos:

“La medida cautelar es de naturaleza instrumental y provisional y su finalidad es la de asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en el proceso, protegiendo el objeto del mismo, del efecto pernicioso que tiene el transcurso del tiempo, debido a la lentitud de los procesos. Se convierte entonces en un mecanismo procesal que permite hacer efectivo el principio de tutela judicial efectiva. La naturaleza accesoria e instrumental de esta medida se vuelve aún más fuerte cuando se está en presencia de una anotación de demanda, en donde es necesario la presencia de un proceso principal, para que se pueda hacer efectiva la misma, por ello resulta incomprensible para este órgano jurisdiccional, que se pida una medida ante causam de anotación de proceso, cuando el mismo aún no se ha interpuesto, ya que en palabras del mismo promovente “la misma se presentará quince días después de acogerse la misma” (...) este órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que la solicitud de anotación de demanda resulta improcedente por los motivos esgrimidos, sin embargo como el Código Procesal Contencioso Administrativo en sus artículos 19 y 20 facultan al juez a ordenar las medidas cautelares adecuadas y

necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de una posible sentencia estimatoria, lo anterior por cuanto el Código contiene un sistema innominado de medidas cautelares, que permiten al juez la adopción de aquellas que estime necesarias, y que mejor cumplan la función de la tutela cautelar en el caso concreto, permitiéndole al juzgador romper con la estricta vinculación entre lo pedido y lo resuelto, para configurar la medida en atención a las circunstancias particulares del caso, pero sin y sin invadir el núcleo impermeable de la discrecionalidad administrativa. Atendiendo al principio de proporcionalidad, debe adoptarse la medida cautelar menos lesiva o gravosa, pero que permita alcanzar la finalidad jurídica sustancial del caso, y considerando la suscrita que la presente demanda además de tener apariencia de buen derecho, tiene como finalidad asegurar el objeto del proceso, e informar a terceros no solo de la existencia del presente proceso sino además de su naturaleza a efectos de futuros traspasos, se resuelve ordenar la presente medida conservativa de inmovilización y expedir al Registro Público la inmovilización del inmueble (...) lo anterior hasta que se resuelva en forma definitiva la presente medida”²¹⁹.

(El resaltado no es del original).

Si bien es cierto el Tribunal Contencioso ha manifestado expresamente el rechazo de aquellas medidas cautelares ante *causam inaudita altera* parte de anotación de demanda, por cuanto aún no existe proceso principal que dé respaldo a dicha tutela. Las condiciones son completamente distintas cuando nos referimos a medidas cautelares de esta naturaleza, dentro de procesos de conocimiento; al menos así lo ha confirmado dicho Tribunal al

²¹⁹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 451-2008 de las catorce horas del dieciséis de junio de dos mil ocho. En sentido similar ver, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 700-2008 de las dieciséis horas con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil ocho.

otorgar algunas medidas cautelares en ese sentido, siempre y cuando tales solicitudes cumplan con los presupuestos de la tutela cautelar, especialmente en cuanto a la probanza del peligro en la demora y la no afectación al interés público.²²⁰

En otro orden de ideas, dentro de las gestiones de tutela cautelar de orden conservativo que han sido planteadas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, están las solicitudes de embargo sobre los presupuestos de algunas instituciones públicas y municipalidades, en razón de garantizar el derecho al pago de daños y perjuicios por concepto de una futura indemnización por la conducta administrativa que supuestamente causó perjuicios contra el administrado.

En relación con este tipo de solicitudes, la jurisprudencia ha sido muy tajante en su rechazo, manifestando lo siguiente:

“(...) la solicitud de embargo sobre los presupuestos municipales es prematura, ya que esta petición es más propia de la fase de ejecución, máxime que el nuevo proceso contencioso administrativo, cuenta con una serie de mecanismos muy modernos y eficientes, que permiten que el administrado que haya obtenido una sentencia favorable pueda hacerla efectiva en la fase de ejecución de sentencias; (...) en este mismo sentido, la solicitud de medida cautelar de embargar los presupuestos municipales, en este momento procesal, no

²²⁰ Al respecto el Tribunal Contencioso se ha referido en los siguientes términos: “La anotación de una demanda sobre un inmueble, como en este caso, no afecta el interés público, por lo que lo indicado en el artículo 22, citado anteriormente, también se cumple. Además de las razones expuestas, es importante considerar lo indicado por el representante estatal, en el sentido que ya se han realizado anotaciones de otras demandas tramitadas en este mismo Tribunal, sobre la misma finca número 6-39334-000, por lo que no tiene objeción de que se realice una más, como efectivamente procede de conformidad con la normativa que regula las medidas cautelares en el Código Procesal Contencioso Administrativo”. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 267-2008 de las once horas del dos de mayo de dos mil ocho.

*asegura el resultado favorable de una futura sentencia, ni se pone en peligro la efectividad de ésta, debido a que como se ha dicho, el nuevo proceso contencioso administrativo, cuenta con un buen sistema de ejecución de los fallos estimatorios, por lo que el peligro en la demora no se presenta (...)*²²¹.

Siguiendo esta misma línea, el Tribunal Contencioso se ha referido en relación con una solicitud de embargo sobre el monto de una póliza voluntaria de seguro de vehículos contra el Instituto Nacional de Seguros; este rechazo se fundamentó en las siguientes argumentaciones:

“(...) Como bien lo indica el representante de la institución demandada (INS), el presente proceso de conocimiento se encuentra en su fase inicial, por lo que todavía no existe una suma líquida y exigible que pueda ser embargada de manera concreta (...) el suscrito juez considera que este es un típico proceso civil de hacienda por daños y perjuicios, en el que se solicita una indemnización por daños materiales, e inclusive por daños morales, que en el caso de que el Instituto Nacional de Seguros, resultará condenado en una futura sentencia, por una suma líquida determinada, dicha institución, no necesariamente responderá al pago de esa eventual condenatoria con la póliza de seguros de vehículos que se pretende embargar, sino que podrá hacerle frente a esa posible deuda con el presupuesto general de esa institución pública, es decir, el embargo pretendido sobre la póliza de seguros de automóviles, no garantiza el pago total de una eventual indemnización que deba cancelar el Instituto Nacional de Seguros al demandante (...) El nuevo proceso

²²¹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 341-2008 de las catorce horas del veintiocho de mayo de dos mil ocho.

contencioso administrativo, garantiza a las partes que obtengan una sentencia firme favorable a sus intereses, de ejecutarla por medio de un moderno y eficaz sistema de ejecución de sentencias (artículos 155 y siguientes del Código Procesal Contencioso Administrativo), por lo que en un caso como el presente, si la institución demandada es eventualmente condenada al pago de los daños y perjuicios solicitados en la demanda, el accionante tendrá a su disposición una serie de instrumentos que le asegurarán el pago de las sumas condenadas en sentencia firme (...)"²²².

Dentro del presente apartado se puede citar el análisis efectuado por el Tribunal Contencioso, en relación con solicitud de medida cautelar presentada por la Contraloría General de la República CGR, donde pide la inmovilización de una cuenta bancaria del Comité Olímpico Nacional CON; esto al no contar con el presupuesto aprobado por la CGR y considerarse necesario proteger dichos fondos públicos, para evitar la utilización indebida de los mismos.

Al respecto, el Tribunal Contencioso, al resolver la medida, luego de hacer un análisis de los presupuestos del instituto cautelar y la especial ponderación de los intereses en juego, consideró y ordenó lo siguiente:

“La medida de inmovilización tanto en sede administrativa como jurisdiccional, tiene una naturaleza instrumental, asegurativa y provisional que concretiza los principios de publicidad y seguridad, pues tiende a proteger el interés público o de terceros de buena fe.

²²² **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 208-2008 de las nueve horas del once de abril de dos mil ocho.

La finalidad con dicha medida, es "afectar" la libre disposición de un bien, pues lo convierte en indisponible y asegura así la tutela e integridad y valor económico del mismo, ello significa que el titular del mismo ve disminuida su posibilidad de disposición del bien, pues a partir de la adopción de la medida requerirá la venia de la autoridad que la ordenó hasta tanto en el proceso principal se obtenga la sentencia o la resolución correspondiente. En el caso particular la medida solicitada tiende a proteger los fondos públicos, que se podrían ver afectados en caso de no accederse a la inmovilización de la cuenta bancaria indicada, por las razones que el actor apunta, - utilización indebida de hecho sin la debida autorización por la autoridad correspondiente - lo que podría generar graves daños potenciales. Resulta indiscutible una vez realizado el juicio de proporcionalidad, que de no accederse a la medida se podrían generar más graves daños o perjuicios, que de accederse a la misma, no hay que obviar el hecho de que tal y como lo indica el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo los daños que se reclaman pueden ser potenciales, caso precisamente ante el cual nos encontramos. Por lo anterior es que se procede entonces a acoger la presente medida cautelar ordenándose la inmediata inmovilización de los fondos que se encuentran depositados en la cuenta del Banco de Costa Rica N° 001-248359-9 a nombre del Comité Olímpico Nacional, expídase el mandamiento respectivo al Banco Correspondiente"²²³. (El resaltado no es del original).

²²³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 334-2008 de las dieciséis horas treinta minutos del veintiséis de mayo de dos mil ocho.

Finalmente, antes de concluir el presente punto en relación con las medidas conservativas dentro del nuevo CPCA, tal y como se ha tratado supra, es más que evidente el gran porcentaje que ocupan este tipo de medidas cautelares dentro del Tribunal Contencioso Administrativo.

Se considera relevante aclarar que no todas las gestiones de medidas cautelares que se han estado resolviendo en esta materia se han declarado con lugar, por el contrario, si bien es cierto un amplio porcentaje de las medidas otorgadas desde la vigencia del CPCA, se constituyen en suspensión, en los efectos de actos administrativos, también existe un porcentaje considerable de gestiones que se han estado rechazando ante el incumplimiento de los presupuestos propios del instituto cautelar, especialmente en asuntos como el porteo²²⁴, cancelación de placas a concesionarios del servicio público de taxi²²⁵, autorización provisional para el servicio público de transporte de autobuses²²⁶, suspensión en el pago de pensión por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social CCSS²²⁷, entre algunas otras materias.

b. Medidas Anticipativas o Innovativas.

²²⁴ Sobre el tema ver **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 590-2008 de las catorce horas del dos de setiembre de dos mil ocho.

²²⁵ Sobre el tema ver **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 70-2008 de las once horas con treinta minutos del veintinueve de febrero de dos mil nueve. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 75-2008 de las doce horas del veintidos de febrero de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 116-2008 de las ocho horas del seis de marzo de dos mil ocho.

²²⁶ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 1260-2008 de las nueve horas del quince de diciembre de dos mil ocho.

²²⁷ Sobre el tema ver **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 175-2008 de las nueve horas del veintisiete de marzo de dos mil ocho. **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 18-F-TC-2008 del veintiocho de marzo de dos mil ocho.

Con la entrada en vigencia del nuevo código, dentro de las diversas medidas cautelares tramitadas, se puede afirmar que no todo ha sido conservación del estado de las cosas o suspensión en los efectos del acto administrativo, sino que también han tenido una cuota de participación las medidas con efectos anticipativos o innovativos, acompañadas de órdenes de hacer, no hacer o de dar a cualesquiera de las partes del proceso, según lo permite la nueva legislación.

Como muestra de las nuevas disposiciones y facultades otorgadas al juez dentro del CPCA, una de las primeras gestiones en ser tramitada dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa fue justamente una solicitud de medida cautelar presentada por Naviera Tambor S.A; esta medida fue rechazada, en primera instancia, mediante la resolución 01-2008 del Tribunal Contencioso.

Posteriormente, en lo que nos interesa el Tribunal de Casación, en segunda instancia, manifestó lo siguiente:

“Se revoca la resolución F No 01-2008 de las 12 horas 01 minutos del año en curso, dictada por el Juez Tramitador del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en cuanto rechaza la medida cautelar solicitada, para en su lugar acogerla. En consecuencia, se suspende cualquier permiso de funcionamiento o zarpe a navíos o embarcaciones que, para operar el servicio público de transporte de personas y vehículos en la ruta Paquera – Puntarenas y viceversa, se hubieren otorgado a la Asociación de Desarrollo Integral de Paquera, así como cualquier conducta administrativa formal o material que atente contra los derechos concesionarios a Naviera Tambor S.A.. Se ordena

*a todas la autoridades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes abstenerse de dictar o ejecutar cualquier conducta administrativa que pueda lesionar la situación jurídica de la legítima concesionaria (...)*²²⁸. (El resaltado no es del original).

Es importante citar la relevancia que tiene este voto dentro del instituto cautelar desarrollado por el CPCA. Si bien es cierto, para ese momento apenas se estaba iniciando con la aplicación de la nueva regulación y aún no se contaba con la experiencia y desarrollo práctico del instituto cautelar que se ha alcanzado hoy.

Debe resaltarse que dicho voto representa una de las primeras manifestaciones concretas del nuevo instituto cautelar regulado en el código. Este voto, aparte de recopilar temas de trascendental notabilidad dentro de la figura cautelar, como es el caso de su finalidad, la tutela cautelar como elemento fundamental dentro de una justicia plena y efectiva, la correcta ponderación de los intereses en juego, la provisionalidad de la medida cautelar y la existencia de un derecho prioritario por parte de un concesionario de determinado servicio público, salvo la existencia de un interés público que justifique una acción contraria; también hace notorio y manifiesto la orden de no hacer que el propio Tribunal le establece a la Administración Pública; en este caso, al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para que se abstenga de dictar o ejecutar alguna “conducta administrativa” que tienda a lesionar los intereses del concesionario.

²²⁸ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 4-F-TC-2008 del treinta y uno de enero de dos mil ocho.

Medida cautelar que pone, una vez más, de manifiesto, la existencia real de un instituto cautelar amplio y flexible que le permite al juez decretar las medidas idóneas y necesarias para garantizar una verdadera justicia cautelar, pudiendo dar órdenes de hacer, no hacer o de dar a la Administración misma, tal y como lo consignó el Tribunal de Casación en dicho voto.

En cuanto a las medidas cautelares, en donde se giran órdenes de hacer, no hacer o de dar, se han presentado casos concretos en donde los jueces competentes, haciendo uso de las facultades que el CPCA les otorga, disponen este tipo de medidas, según las circunstancias propias de cada caso particular.

A continuación se presentan algunos ejemplos concretos de estas manifestaciones de tutela cautelar:

En un asunto de cierre de local comercial se ordenó *“acoger la medida cautelar (...) bajo el entendimiento de que **deberá proceder la Municipalidad a abrir el local comercial de inmediato, y permitir el funcionamiento de las máquinas de pin ball o de destreza, dentro de los horarios y lugares reglamentariamente autorizados, siendo obligación de la Municipalidad fiscalizar dichas actividades, a fin de dar protección de los menores de edad del cantón (...)**”*²²⁹. (El resaltado no es del original).

²²⁹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 452-2008 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de julio de dos mil ocho.

En un caso de suspensión de permisos de funcionamiento de una planta de tratamiento se dispuso *“acoger parcialmente, suspendiendo los efectos de la resolución (...), condicionándola a que la demandante únicamente podrá continuar captando del volumen máximo autorizado de 13.986 litros por día. A fin de garantizar lo anterior, deberá llevar bitácoras diarias del volumen de los lodos sanitarios dejados en sus lagunas, y será responsabilidad del Area Rectora de Salud de Liberia, llevar a cabo las labores de fiscalización en dicha planta de tratamiento, durante la vigencia de esta cautelar, de manera que cada quince días, en fecha 15 y 30 de cada mes, deberá remitir un informe a este Tribunal respecto del cumplimiento de los límites máximos autorizados (...)”*²³⁰. (El resaltado no es del original).

Sobre este caso concreto, es importante resaltar, que si bien es cierto se está ante una solicitud de suspensión de acto administrativo, el juez decide acoger parcialmente la medida y a su vez decreta órdenes expresas de hacer y cumplir con ciertas obligaciones, tanto a la actora de la medida como para la Administración misma; esta circunstancia pone de manifiesto, una vez más, la apertura y posibilidades innovativas que tiene el nuevo instituto cautelar.

En otro caso estudiado, dentro de proceso cautelar ante causam e inaudita altera parte, solicitado por Japdeva, contra la empresa representante de una embarcación Bandera de Antigua y Barbuda, Matrícula 9057159, en razón de la comisión de daños ambientales por contaminación al espejo de agua por residuos de hidrocarburos ocasionados por dicha

²³⁰ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 561-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil ocho.

embarcación sobre el Puerto de Limón, el Tribunal Contencioso haciendo uso de los efectos innovativos y anticipativos otorgados por el Código, dispuso lo siguiente:

“Se acoge Medida Cautelar ante casuam y de extrema urgencia solicitada por Japdeva contra la embarcación Bandera de Antigua y Barbuda matrícula 9057159, se dispone acoger de forma provisionalísima al anticipo jurisdiccional pedido y en consecuencia se ordena notificar a la Capitanía de Puertos de Limón, para que se abstenga de autorizar ningún zarpe solicitado para esa embarcación (...)”²³¹. (El resaltado no es del original)

Igualmente, otra de las manifestaciones concretas de una nueva tutela cautelar se da dentro de proceso cautelar ante causam, interpuesto por algunos locatarios del Mercado Local del Paso de la Vaca; esta medida cautelar fue decretada por el Tribunal Contencioso al considerar lo siguiente:

“de conformidad con el artículo 21 del CPCA, existe en este asunto un peligro en la mora, ya que de la prueba que consta en autos, los gestionantes han ido pagando el alquiler y ejerciendo el comercio, pero la municipalidad con una conducta material ha ido debilitando el mercado poco a poco, y esto les está causando a los gestionantes daños y perjuicios que no pueden continuar produciéndose hasta que la situación administrativa o judicial de ellos se resuelva, por lo que se autoriza a salir a partir de esta fecha y no pagar el alquiler también en esta fecha”. Asimismo manifiesta dicho Tribunal en relación a la solicitud de impedimento para el cambio de destino de dicho inmueble por parte de la

²³¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 312-2008 de las dieciséis horas del dieciséis de mayo de dos mil ocho.

*municipalidad “mientras no se resuelva la situación de los gestionantes, tanto en sede administrativa como en una posible sede judicial, se acepta esta cautelar ya que el cambio de destino del inmueble puede provocar daños y perjuicios graves hasta tanto no se resuelva la situación jurídica de los gestionantes”*²³². (El resaltado no es del original).

Al respecto, el Tribunal de Casación, en segunda instancia, en lo que nos interesa, procedió a “*revocar lo impugnado en cuanto impide a la Municipalidad de San José dar un nuevo destino a ese local, confirmando lo demás. Lo anterior, por cuanto a la fecha, los promoventes ya desalojaron el mercado en virtud de la autorización judicial, por lo que la cautelar que impedía el uso del bien carece de interés (...). Conservan los promoventes su derecho a los daños y perjuicios que les hubiere ocasionado esta aparente irregular situación que se dio en esa relación inquilinaria*”²³³. (El resaltado no es del original).

Dentro del presente análisis, también se puede citar la medida cautelar decretada por el Tribunal Contencioso dentro de proceso cautelar *inaudita altera parte* interpuesto por la Contraloría General de la República CGR contra el Instituto de Desarrollo Agrario IDA y el señor Ronald Elizondo Solano, en razón de la inmovilización de finca titulada a nombre del señor Elizondo, propiedad que la CGR pretende recuperar en manos del Estado por ser un posible bien demanial dedicado a la protección de la flora y fauna.

²³² **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 109-2008 de las doce horas con treinta y cinco minutos del cuatro de marzo de dos mil ocho.

²³³ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 22-F-TC-2008 del dieciséis de abril de dos mil ocho.

Ante estas circunstancias, el Tribunal Contencioso, entre otras medidas, ordena provisionalmente en lo que aquí interesa ***“la abstención de conductas por acción u omisión al señor Ronald Elizondo Solano para prevenir el posible daño en un inmueble que posiblemente sea Patrimonio Natural del Estado, debido a que (...) la propiedad objeto de este proceso, puede llegar a constituirse, eventualmente, en un bien de dominio público, que debe ser protegido de cualquier posible daño. Por consiguiente, se cumplen también los presupuestos establecidos en los artículos 21, 22 y 25 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Por lo tanto, se le ordena, provisionalmente, al señor (...), se abstenga de realizar conductas por acción u omisión, que menoscaben el Patrimonio Natural del Estado”***²³⁴. (El resaltado no es del original).

Otro caso en estudio, resulta ser medida cautelar resuelta dentro de proceso de conocimiento planteado contra orden de desalojo decretada por el Ministerio de Salud. Aquí, se ordena el desalojo de una familia que vive en las orillas del Río María Aguilar; ahora bien, dentro de la presente medida de suspensión en los efectos de un acto administrativo, concretamente lo que nos interesa es el análisis y lo resuelto en segunda instancia por el Tribunal de Casación:

“(...) Concuerta este Tribunal con el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo – quien dicta en primera instancia la medida cautelar – que el desalojo de la actora y su familia sin un plan alternativo tiene efectos perniciosos en su esfera jurídica, es por esto que se ordena la intervención del Instituto Mixto de Ayuda Social, a efecto de asegurar

²³⁴ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 700-2008 de las dieciseis horas con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil ocho.

*de forma inmediata una vivienda digna a la promovente y su familia, pudiendo residir – entre tanto se resuelven las gestiones ante dicho instituto –, en la propiedad que vienen ocupando. (...) Resolviendo sobre el fondo, se confirma la resolución recurrida y se ordena al Instituto Mixto de Ayuda Social la inmediata reubicación de la actora”*²³⁵. (El resaltado no es del original).

Si bien es cierto, se está intentando solventar y otorgar una tutela judicial efectiva según las circunstancias propias de cada situación en concreto. Para el presente caso se está frente a una familia que se encuentra en extrema pobreza y que recurre a la medida cautelar para evitar el desalojo de lo que es su casa de habitación.

Ante este cuadro fáctico, la suspensión del acto administrativo resulta acertada, dadas las circunstancias y la ponderación de intereses en juego dentro del proceso. Lo que realmente es relevante dentro de esta medida cautelar, es la orden que hace el Tribunal de Casación al Instituto Mixto de Ayuda Social IMAS, de proveerle vivienda digna a la familia y reubicarla como corresponde. Dicha orden de hacer a la Administración retoma especial importancia, ya que, aparte de ser una medida cautelar anticipada, podría interpretarse como un exceso en las facultades del juzgador, al resolver, mediante una tutela cautelar, un asunto que no era propio de ese estadio procesal, sino más bien de la sentencia de fondo del proceso.

²³⁵ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 124-F-TC-2008 de las nueve horas del tres de octubre de dos mil ocho.

De tal manera que podría percibirse que el Tribunal de Casación con su voto de tutela cautelar, sobrepasó sus facultades al otorgar una medida cautelar completamente válida. Al no bastar lo anterior, se dispuso a ordenar al IMAS una intervención y solución inmediata de una situación que aún estaba en conocimiento de fondo. Se adelanta, con dicho voto, la sentencia estimatoria que no es el objeto último de la medida cautelar.

Observaciones que ponen una vez más de manifiesto la existencia de un nuevo instituto cautelar. Lo anterior constituye una clara demostración de los alcances y poderes del juez dentro del nuevo proceso contencioso administrativo; estas facultades dan origen a una nueva tutela cautelar más allá de la mera suspensión en los efectos del acto administrativo.

En definitiva, tal y como se ha planteado en el presente apartado, con la entrada en vigencia del CPCA, se han estado presentando algunas manifestaciones reales y concretas de los nuevos alcances que el legislador pretendió regular con el Título III, Capítulo Único de Medidas Cautelares, dentro del código.

Si bien es cierto, en materia de medidas cautelares anticipativas o innovativas los casos y causas judiciales no han sido tan abundantes como en materia de conservación del estado de las cosas y suspensión en los efectos del acto administrativo. Lo cierto del caso es que en la práctica judicial se está presentando un desarrollo y evolución en materia cautelar, que con el pasar de los meses, permitirá llegar a una amplia y basta aplicación de todos los alcances, efectos y contenidos que la regulación en materia cautelar ha codificado dentro del nuevo proceso contencioso administrativo.

c. Manifestaciones de una Nueva Tutela Cautelar.

Dentro del presente apartado, se tiene por objeto plasmar algunas situaciones que dejan de manifiesto la aplicación y trámite procesal bajo el cual se están resolviendo las distintas gestiones en materia cautelar que han ingresado con la entrada en vigencia de la nueva norma; todo lo anterior, según las disposiciones y regulaciones procesales contenidas en el Título III, sobre Medidas Cautelares del CPCA.

c.1 Aspectos Procesales y de Trámite.

En referencia a los aspectos procesales y el trámite bajo el cual se han venido resolviendo las diversas gestiones de medidas cautelares presentadas ante el Tribunal Contencioso desde el mes de enero de dos mil ocho. Tal y como lo hemos tratado, dicho procedimiento se ha venido cumpliendo, de conformidad con los lineamientos establecidos en el código, según las circunstancias propias de cada caso en particular.²³⁶

Se pueden aportar algunas consideraciones y observaciones que se han presentado a lo largo de estos meses, en relación con ciertos aspectos procesales y de trámite, en materia cautelar.

Primeramente, se considera importante iniciar el presente apartado planteando algunos aspectos que han sido de conocimiento dentro de procesos cautelares en relación con

²³⁶ Véase *supra*, Págs. 134 a 141.

asuntos de competencia, incompetencia y rechazo de gestiones cautelares por ser prematuras de conocer dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Dentro de los casos en estudio, se encuentran algunas solicitudes de medidas cautelares, en razón de ciertos actos administrativos de despido de trabajadores, por parte de algunas instituciones públicas. Estas gestiones las ha rechazado Tribunal Contencioso, en razón de ser materia de empleo público; esto, es competencia laboral según el CPCA. El análisis se realiza en los siguientes términos:

“(...) en este caso, la pretensión de la gestionante se dirige a suspender un acto administrativo que en el fondo tiene que ver con materia de despido, que es netamente laboral y no de esta jurisdicción. Asimismo, con el vigente sistema procesal, el empleo público fue excluido de la jurisdicción contencioso administrativa, ya no por criterios jurisprudenciales, sino por norma expresa citada anteriormente, por lo que este órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada. En consecuencia, este Tribunal se declara incompetente por razón de la materia y envía los autos al Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, al ser este despacho el competente para conocer de este asunto, de conformidad con lo que establecen los artículos 3, inciso a) y 5 del Código Procesal Contencioso Administrativo”²³⁷.

En sentido similar, se ha pronunciado el Tribunal Contencioso en relación con la gestión de medida cautelar en donde se solicita anotación de demanda y suspensión de proceso

²³⁷ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 161-2008 de las ocho horas del veinticuatro de marzo de dos mil ocho. Ver en igual sentido, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 424-2008 de las catorce horas del veintisiete de junio de dos mil ocho.

hipotecario, solicitando que se suspenda desalojo sobre bien inmueble, ordenado dentro de expediente judicial tramitado en el Juzgado Civil de Mayor cuantía de Turrialba. Esta medida cautelar se rechazó por incompetencia bajo el siguiente análisis:

“(...) existen pretensiones que por su naturaleza escapan a la competencia de esta jurisdicción por disposición expresa de la ley, así el artículo 1 inciso 1) del Código citado dispone que: “La jurisdicción Contenciosa Administrativa, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o reestablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa” el mismo artículo 3 en su inciso b) establece que se entenderá por Administración Pública “Los Poderes, Legislativo, Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas”. De ahí que la conducta del Poder Judicial solo será revisable en esta vía solo cuando realice función administrativa, o en un caso de responsabilidad (por ejemplo Estado – Juez). Siendo entonces que lo que se pretende con la interposición de la medida cautelar, no es una conducta administrativa, sino la suspensión de la resolución judicial (...), este órgano jurisdiccional concluye que el anticipo jurisdiccional que se solicita, debe denegarse en virtud de que el objeto que se pretende tutelar con esta medida cautelar, escapa a la competencia de este Tribunal”²³⁸. (El resaltado no es del original).

Siguiendo la línea planteada anteriormente, el Tribunal Contencioso dentro de solicitud de medida cautelar interpuesta contra sentencias emitidas por el Juzgado y Tribunal Notarial,

²³⁸ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 54-2008 de las nueve horas del catorce de febrero de dos mil ocho. Ver en igual sentido, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 417-2008 de las catorce horas del veintitrés de junio de dos mil ocho.

en relación con la suspensión de profesionales en el ejercicio del notariado. Dicho Tribunal ha sido claro en manifestar su incompetencia para el conocimiento de este tipo de gestiones cautelares en razón de lo siguiente:

“(…) es claro que tanto el Juzgado Notarial como el Tribunal de Notariado, no actúan en sede administrativa, por el contrario son órganos jurisdiccionales, por ende sus resoluciones y efectos, no pueden ser impugnadas en sede administrativa. Siendo entonces que lo que se pretende con la interposición de la medida cautelar, no es la suspensión de una conducta administrativa, sino la suspensión de los efectos de una resolución judicial – dictada en el proceso disciplinario notarial – que ordena la suspensión en el ejercicio notarial y la publicación y comunicación de la sanción impuesta, este órgano jurisdiccional concluye que el anticipo jurisdiccional que se solicita debe denegarse en virtud de que el objeto que se pretende tutelar con esta medida cautelar, escapa a la competencia de este Tribunal”²³⁹.

En relación con aspectos de competencia, propios del conocimiento dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de medida cautelar anticipada, planteada contra acto administrativo, que removió a un empleado del cargo que desempeñaba, en razón de ser un funcionario de confianza, el Tribunal Contencioso manifestó la competencia para entrar a conocer este tipo de materia cautelar. Esto en virtud de los siguientes motivos:

²³⁹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 101-2008 de las nueve horas del veintiocho de febrero de dos mil ocho.

“La Sala Constitucional ha mantenido el criterio que los puestos de confianza son una relación de servicio no típicamente laboral, tal y como lo expone nuestro Tribunal Constitucional, en la siguiente sentencia: “También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos, de las instituciones autónomas, que son del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función.” (ver resolución 1119-90, citada en el voto 13118-2007, dictado por la Sala Constitucional a las quince horas con nueve minutos del once de setiembre del dos mil siete). En este sentido, es criterio del suscrito juez que los puestos de confianza, al no existir una relación laboral típica, no se incluyen dentro del concepto de empleo público, regulado en el artículo 3, inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, por lo que este despacho es competente para tramitar este tipo de asuntos”²⁴⁰. (El resaltado no es del original).

Dentro del proceso de solicitud de medida cautelar, ante causam relacionada con la suspensión de ciertas conductas administrativas, ejercidas por Popular Valores Puesto de Bolsa S.A. contra algunos inversionistas, se interpuso excepción de incompetencia, en

²⁴⁰ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 346-2008 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de mayo de dos mil ocho.

razón de la existencia de una cláusula arbitral dentro del contrato firmado por las partes, en donde se renuncia a la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, el Tribunal Contencioso se refirió y manifestó su competencia para conocer de la materia, en virtud de la siguiente fundamentación:

“(...) Para resolver la presente excepción de incompetencia, es conveniente indicar lo que la Sala Constitucional ha resuelto sobre si una Cláusula Arbitral, incluida en un contrato tipo o de simple adhesión es vinculante o no para las partes (...) voto número 2307-95 (...). De este voto (...) se pueden extraer las siguientes conclusiones: (...) 2. En los contrato tipo o de adhesión, al ser estos preelaborados y limitar la voluntad de las partes contratantes, la cláusula arbitral debe verse con más intensidad como facultativa y no obligatoria (...). En consecuencia, al ser una cláusula arbitral facultativa, el gestionante no tiene obstáculo para presentar su solicitud de medida cautelar anticipada ante este despacho, que es competente para resolver esta gestión de protección cautelar”²⁴¹.

Dentro de las diversas gestiones de tutela cautelar, que se han planteado con la entrada en vigencia del CPCA, se han observado algunas solicitudes de medida cautelar en donde se le solicita al Tribunal Contencioso que proceda a dictar una tutela cautelar, sobre conductas administrativas que aún no han nacido a la vida jurídica y que por ende, no producen efectos negativos sobre el administrado; gestiones cautelares que se han rechazado en virtud de que la solicitud misma es prematura.

²⁴¹ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 472-2008 de las diez horas con treinta y cinco minutos del veintidós de julio de dos mil ocho.

Tal es el caso de proceso de medida cautelar solicitado contra acto que ordenó la apertura de un procedimiento administrativo ordinario dentro de una institución pública; esta medida cautelar fue rechazada por el Tribunal Contencioso por considerarla prematura, según el siguiente fundamento:

“Esta gestión, así como todo el procedimiento, se encuentra aún pendiente de pronunciamiento por parte de los órganos administrativos correspondientes, por lo que esta autoridad considera inadecuado e inoportuno, que en sede judicial se emita un criterio sobre la medida cautelar presentada en estrados judiciales, estando pendiente el asunto en la sede administrativa; (...) es evidente, que la presente solicitud de medida cautelar es prematura, al no existir aún una conducta administrativa que produzca efectos negativos en la situación jurídica del señor (...), por lo que para este juzgador no se presentan, en este momento los presupuestos necesarios para la procedencia de cualquier medida cautelar (...).”²⁴². (El resaltado no es del original).

Seguidamente, otro de los elementos de trascendencia dentro del presente apartado, se encuentra determinado dentro de pronunciamiento emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, relativo a la naturaleza de la condenatoria en costas en materia cautelar, según lo dispuesto en el nuevo CPCA, criterio planteado por un Juez Tramitador de dicho Tribunal, en donde se establece que dentro de las normas vigentes, en materia cautelar, no

²⁴² **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 09-2008 de las trece horas del veintitrés de enero de dos mil ocho. Ver en sentido similar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 288-2008 de las once horas del doce de mayo de dos mil ocho.

existe regulación expresa que instaure tal condenatoria, análisis que procede en los siguientes términos:

“(…) debe rechazarse la solicitud de la representación estatal respecto a la condena en costas en contra de la actora, pues está claro que la medida cautelar no es un incidente, al estilo del Código Procesal Civil, que permite la condenatoria en costas procesales; así como tampoco la resolución que se dicta en esta materia, ostenta el carácter de sentencia o de auto de sentencia. En el contexto del actual Código de rito de esta jurisdicción (art. 193), las costas deben condenarse cuando se dictan cualquiera de los dos tipos de resoluciones recién mencionadas, es decir, sentencias o autos con carácter de sentencia. Al carecer este Código Procesal Contencioso Administrativo de un apartado conceptual para definir este tipo de resoluciones, en aplicación del artículo 220 de este Código, relacionado con el numeral 153 del Código Procesal Civil como referencia normativa, queda clara la idea de que una sentencia es aquella que decide en forma definitiva la pretensión debatida, mientras que el auto con carácter de sentencia decide acerca de excepciones o pretensiones “incidentales” que ponen fin al proceso, siendo que ninguno de los dos casos se presenta respecto de una resolución dictada en materia de medidas cautelares, específicamente en lo contencioso administrativo, ya que por la mutabilidad misma de ellas, éstas no ponen fin al proceso, y tampoco al trámite cautelar. Recuérdese que la medida puede ser adoptada en cualquier estado del proceso o en fase de ejecución, luego puede ser modificada – también, en cualquier momento – de oficio o a instancia de parte, o incluso, puede dictarse una decisión cautelar en ejercicio de la potestad oficiosa residual en esta materia, pero en este último caso, expresamente en los términos del artículo 29 inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo, tal y como fue

*explicado ut supra, por lo que carece de sentido la condenatoria en costas, y así no fue dispuesto por el legislador*²⁴³. (El resaltado no es del original).

Otro de los elementos válidos de aportar dentro del presente análisis está constituido por ciertos criterios jurisprudenciales que ha marcado el Tribunal Contencioso, en razón de la instrumentalidad, provisionalidad, conexión de la medida con el objeto del proceso y la relación de tales características con los presupuestos básicos del instituto cautelar, especialmente con la demostración del *periculum in mora* de la misma.

Así por ejemplo, dentro de solicitud de medida cautelar gestionada dentro de proceso de conocimiento contra el Instituto Nacional de Seguros, se solicita como protección cautelar la suspensión de cobro de crédito hipotecario que tenía el actor del proceso con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, medida que se solicita en razón de que los posibles dineros por obtener, dentro del proceso de conocimiento por parte del actor, con motivo de indemnización de la póliza de vida, serían utilizados para el pago de dicha cuenta crediticia; esta solicitud fue rechazada por dicho Tribunal con base en la siguiente fundamentación:

“(...) en este caso el actor únicamente solicita la medida cautelar sin fundamentar ni probar en absoluto el presupuesto de peligro en la mora, por lo que desde esta perspectiva la solicitud de medida cautelar es improcedente. (...) La petición del accionante de suspender los pagos de su crédito hipotecario con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, no tiene ninguna conexión con la pretensión del proceso principal que está

²⁴³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 327-2008 de las trece horas del veintiséis de mayo de dos mil ocho.

*dirigida a que se le indemnice por la incapacidad que le fue diagnosticada y se aplique a su favor la póliza de vida VIC 555. Es decir, la pretensión del actor es contra el Instituto Nacional de Seguros, a efecto de lograr que esta institución aplique una póliza de vida y lo indemnice, por lo que es evidente que la suspensión en el pago del préstamo hipotecario, no garantiza en nada una futura sentencia favorable al accionante, por lo que **no existe conexión, instrumentalidad y provisionalidad, entre la medida cautelar solicitada y la pretensión principal en el proceso de conocimiento, no cumpliéndose con lo establecido en el artículo 22, citado líneas atrás, ya que toda medida cautelar depende directamente del proceso principal, y si esta relación de dependencia procesal no se presenta, la medida cautelar debe ser rechazada, tal y como ocurre en este caso**”²⁴⁴. (El resaltado no es del original).*

En sentido similar, se ha manifestado el Tribunal Contencioso en relación con la solicitud de medida cautelar gestionada dentro de proceso de conocimiento, en donde se solicita autorizar provisionalmente el cumplimiento de todos los requisitos administrativos correspondientes para el reconocimiento de una maestría profesional por parte del Consejo Nacional de la Educación Superior Universitaria Privada CONESUP. Este Tribunal decidió rechazar dicha gestión en razón de los siguientes argumentos:

“(…) esta petición no se encuentra dirigida a proteger o garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de conformidad a lo preceptuado en el numeral 19 citado, sino que se pretende por vía cautelar, el otorgar las

²⁴⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 189-2008 de las siete horas con treinta minutos del siete de abril de dos mil ocho.

*pretensiones del proceso principal, lo cual es totalmente improcedente. Debe tomar en cuenta la Asociación actora, que la tutela cautelar tiene como finalidad garantizar el resultado de una posible sentencia estimatoria, no sustituir o adelantar el resultado final de la sentencia, otorgando las pretensiones de fondo de manera provisional, esto desvirtua totalmente la protección cautelar, por lo que desde esta perspectiva la solicitud de medida cautelar realizada por la accionante debe ser rechazada*²⁴⁵. (El resaltado no es del original).

Finalmente, en relación con ciertos aspectos de trámite en materia cautelar, se tiene que, dentro de las primeras gestiones de tutela cautelar que se presentaron dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativo, en ciertos casos particulares, el Juez Tramitador del Tribunal Contencioso Administrativo procedió a rechazar, de plano, algunas solicitudes de medida cautelar anticipada e *inaudita altera parte*, sin otorgar previamente a las partes del proceso, la audiencia respectiva, según lo dispuesto en el numeral 24 del CPCA.

Sobre esta forma de rechazar de plano algunas gestiones cautelares, una vez planteados algunos recursos de apelación sobre dichos autos, el Tribunal de Casación, en su momento, manifestó lo siguiente:

“La resolución (...) recurrida, dispuso el rechazo de la medida cautelar, sin que el A quo brindara la audiencia regulada en el canon 24 del mismo cuerpo normativo. Por lo anterior, este órgano considera que no existe fundamento jurídico que permita el rechazo

²⁴⁵ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 454-2008 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil ocho.

de la medida cautelar sin que se brinde la correspondiente audiencia. Con lo resuelto por el Juez de instancia, se ha dejado al promovente en una situación de posible indefensión, por lo que a fin de enderezar los procedimientos y en aras de garantizar el debido proceso, este órgano revocará el auto en cuestión y procederá a remitir las piezas al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, a fin de que se otorgue la debida audiencia y se resuelva por el fondo lo que corresponda, la cuál deberá asignarse a un juzgador diverso del que dictó la resolución venida en alzada”²⁴⁶. (El resaltado no es del original).

De lo anterior, se puede inferir la posición del Tribunal de Casación de ordenar el cumplimiento efectivo de las normas procedimentales por parte de los jueces encargados de otorgar, en primera instancia, las medidas cautelares, es decir, no es otra cosa más que la exigencia plena de un cumplimiento verdadero del principio del debido proceso dentro de la tramitación misma del expediente, dejándose de lado la indefensión de las partes y cualquier otra violación procesal que repercuta en el correcto manejo de la justicia cautelar, según los principios establecidos por el CPCA.

Sobre el mismo tema, dentro de la tramitación de ciertas solicitudes de tutela cautelar, se han encontrado algunos rechazos que en su momento el Tribunal de Casación ha ordenado sobre aquellos recursos de apelación que las partes estaban interponiendo contra las

²⁴⁶ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 2-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta de enero de dos mil ocho. En igual sentido **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 3-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil ocho.

resoluciones que, de manera provisional, acogían solicitud de medida cautelar *prima facie*, de conformidad con el numeral 25 inciso 2° del CPCA.

Al respecto, el Tribunal de Casación se ha manifestado en los siguientes términos:

“Este Tribunal ha indicado que el auto provisional impugnado carece de recurso, pues la “provisionalísima” acordada no es definitiva, sus efectos son transitorios y no causan estado en lo que corresponde a la medida (Consúltense al respecto voto no. 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008)”²⁴⁷. “El auto provisional recurrido carece de recurso, pues la apelación está prevista para objetar lo que resuelva el juzgador de instancia respecto a lo dictado en el auto inicial. Nótese que el propio Código Procesal Contencioso Administrativo establece en el numeral 25 inciso 2), la definición del asunto en primera instancia, lo que realizará el mismo juzgador en un plazo sumario”²⁴⁸.

En conclusión, con el presente apartado se ha podido observar diversos aspectos y observaciones que se han venido presentando en el desarrollo procesal de las medidas cautelares según las nuevas regulaciones contenidas dentro del CPCA, consideraciones prácticas que sin ninguna duda marcan y constituyen parte importante del desarrollo y avance del nuevo instituto cautelar planteado dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa.

²⁴⁷ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 104-A-TC-2008 de las ocho horas con cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

²⁴⁸ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 07-A-TC-2008 de las catorce horas con cinco minutos del catorce de febrero de dos mil ocho.

c.2 Contracautelares.

En relación con el tema de las cauciones o medidas contracautelares, que el juez puede disponer para garantizar la protección de los derechos e intereses de las partes, de terceros y del interés público. Tal y como lo ha regulado el numeral 28 del CPCA, dicha figura contiene aspectos de gran relevancia, dada la disposición del numeral de marras de permitir la caución o contracautela en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.

Concretamente, dentro de las manifestaciones reales que han sido resueltas como medidas de contracautela, la jurisprudencia actual ha emitido algunos votos importantes sobre el tema.

Tal es el caso de la medida cautelar y contracautelar ordenada por el Tribunal de Casación dentro de proceso de suspensión de acto administrativo de desalojo ordenado por el Ministerio de Seguridad Pública, sobre terrenos propiedad del Instituto Costarricense de Turismo ICT, ubicados en la Zona Marítimo Terrestre que fueron invadidos por algunas familias, medida dictada en los siguientes términos:

“(...) Se revoca la resolución recurrida y se suspende el desalojo ordenado por el Ministerio de Seguridad Pública en la zona objeto de este proceso cautelar. Como medida de contracautela, se ordena al Juez Ejecutor del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo para que, con la colaboración del Instituto Costarricense de Turismo y de la Asociación de Desarrollo Agrícola Turística y Ecológica de Nuevo Nueve Millas, en un plazo de tres días hábiles se desplace a la zona y se realice un censo que especifique con

*claridad quienes son los ocupantes actuales, sus nombres, lotes, las medidas de éstos, asimismo ha de constatarse y consignarse el estado de las edificaciones, cultivos, zonas boscosas, carriles, cercas, linderos si los hubiere, de forma detallada, a efectos de evitar nuevos ocupantes en la zona. (...)*²⁴⁹. (El resaltado no es del original).

Sobre esta medida, se resalta, de manera significativa, la forma en la que el órgano jurisdiccional decidió otorgar la medida cautelar, que si bien es cierto decreta la medida que le fue solicitada por la parte gestionante. También, de manera accesoria se decide disponer de una “*medida de contracautela*” con el único fin de proteger y resguardar la zona invadida; evitando con dicha orden, más ingresos a los terrenos.

Tal medida de contracautela fue utilizada por el Tribunal como un mecanismo jurídico disponible para intentar garantizar el control y protección de la Zona Marítimo Terrestre, objeto de la medida. Lo anterior, por cuanto si se hace un análisis detallado de lo ordenado como contracautela, no se podría afirmar que se está ante una contracautelar específicamente. Sin embargo, se rescata la flexibilidad y las posibilidades que el propio código le otorgan al papel del juez como parte fundamental dentro del proceso cautelar. Esto, le permite tomar decisiones y medidas de esta naturaleza, con el fin de resguardar y garantizar una tutela judicial efectiva dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es así como se encuentra, en este caso particular, un ejemplo concreto de una medida cautelar sumamente conocida dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, como lo

²⁴⁹ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 43-F-TC-2008 de las once horas con cuarenta y tres minutos del seis de junio de dos mil ocho.

es la conservación del estado de las cosas mediante la suspensión en los efectos del acto administrativo, acompañada de manera accesoria de una innovación en la tutela cautelar, como lo es una “*medida de contracautela*” adaptada según las necesidades propias del caso en concreto; se cumple, de esta manera, el supuesto de una nueva justicia cautelar más allá de la mera suspensión del acto.

Seguidamente, siguiendo sobre la misma línea de la contracautela, se puede citar el proceso cautelar presentado por el Museo Nacional de Costa Rica en donde se solicita al Tribunal Contencioso se le otorgue la custodia y protección de algunas esferas precolombinas, mientras se resuelve el fondo del asunto sobre la propiedad de las mismas.

Dentro de dicho proceso, en lo que aquí interesa, el Juez Tramitador, una vez otorgada la medida cautelar, procede a dictar como medida de contracautela, ordenar al Museo Nacional de Costa Rica, “*presentar periódicamente informes sobre el avance que esta teniendo el proceso de custodia y recuperación de las esferas arqueológicas y además, presentar videos y demás documentos gráficos que permitan tener una visualización de lo que se esta haciendo*”²⁵⁰.

Medida cautelar y de contracautela, que posteriormente fue confirmada por el Tribunal de Casación al realizar consideraciones importantes como “*la responsabilidad del Estado de preservar el patrimonio arqueológico del país para las futuras generaciones; la potestad de policía demanial que tiene el Estado sobre la materia arqueológica y la obligación de*

²⁵⁰ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 949-2008 de las once horas con trece minutos del cuatro de noviembre de dos mil ocho.

realizar todas las acciones administrativas y judiciales para preservar los bienes arqueológicos, siendo el presente caso un ejemplo concreto de cómo el Estado puede utilizar las Medidas Cautelares para proteger el interés público; la necesidad de protección y restauración de las esferas precolombinas para el interés público, el cual en este caso prevalece frente al interés particular, dada la importancia de preservar el patrimonio arqueológico nacional, que a su vez es competencia del Museo Nacional”²⁵¹.

Posteriormente, es importante hacer énfasis en aspectos significativos del presente caso, tales como la posibilidad que tiene el Estado de plantear y solicitar una medida cautelar, cuando existe la necesidad de proteger el interés público, así como la trascendencia de la medida de contracautela para el presente caso, la cual permite constatar, a todas las partes del proceso, la correcta actuación del depositario judicial de los bienes y sobre todo el seguimiento oportuno al proceso de restauración de los mismos.

Las circunstancias anteriores permiten observar el completo y efectivo tratamiento del instituto cautelar que contiene el nuevo CPCA. Esto, posibilita al juez para adoptar este tipo de medidas cautelares y contracautelares, según las necesidades propias de cada caso en particular.

Otro de los casos en estudio, en donde el Tribunal Contencioso otorgó medida cautelar, sujetando al solicitante al cumplimiento de una medida de contracautela, se presenta dentro de gestión cautelar interpuesta por un estudiante de la Universidad de Costa Rica UCR.

²⁵¹ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 22-F-TC-2009 de las diez horas con treinta y un minutos del trece de febrero de dos mil nueve.

Éste solicitó se le ordenara a dicho centro de estudios, suspender la separación que se había ordenado en su contra dentro del Posgrado de Pediatría; ante ello el Tribunal Contencioso decretó lo siguiente:

“(…) ordenar a la UCR, incorporar nuevamente al gestionante en el Posgrado de Pediatría, sujeta esta cautelar a la contracautela consistente a que el actor debe aprobar el presente semestre con nota de ochenta o superior a esta. Si el actor al finalizar este semestre no logra ese rendimiento académico, la cautelar quedará sin efecto de manera automática, al momento que la UCR informe a este Tribunal que la nota fue inferior a ochenta(…)”²⁵². (El resaltado no es del original).

Antes de concluir el presente espacio, hay que referirse a la medida contracautelar ordenada por el Tribunal Contencioso, en donde dentro de modificación de medida cautelar de suspensión en los efectos de orden sanitaria de cierre de local comercial emitida por el Ministerio de Salud, se ordena la siguiente medida contracautelar:

“Presentar la gestora un nuevo plan de acción que cumpla con los puntos del a) al j) de la orden sanitaria RCSARSHMR-28-2008, en el plazo de quince días hábiles (...). Si el plan de acción no cumple en criterio técnico del Ministerio de Salud (Área Rectora de Salud Hospital Mata Redonda, Unidad de Protección al Ambiente Humano Región Central Sur), a partir de que lo informe así el Minsiterio de Salud a este Tribunal, la suspensión de la orden sanitaria quedará sin efecto y se procederá a cerrar todo lo indicado, si no fuese

²⁵² **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 470-2008 de las diecisiete horas del veintiuno de julio de dos mil ocho.

*así continuará operando si el Ministerio aprueba el pla de acción*²⁵³. (El resaltado no es del original).

En lo que interesa del presente caso, se pueden resaltar las potestades de decisión y de acción que posee el juez dentro de la figura cautelar, mismas que utiliza para regular e impartir una tutela judicial efectiva. Se ajusta la medida cautelar según las circunstancias del caso en concreto y se acompaña de una medida de contracautela que permita garantizar la protección de los derechos de las partes, de terceros o del interés público como en el presente caso particular.

En definitiva, con lo anterior se pueden observar algunas manifestaciones reales y concretas que se están decretando con motivo de la aplicación del nuevo instituto cautelar. Estas son circunstancias en donde la figura de la contracautela de conformidad con el numeral 28 del código de rito, ocupa un lugar relevante dentro del instituto cautelar y por ende, se justifica su desarrollo y aplicación dentro de las gestiones cautelares que así lo requieran, según las consideraciones y valoraciones efectuadas por los juzgadores competentes en esta materia.

c.3 Tipos de Medidas Cautelares según la Materia.

En el presente punto, se pretende recopilar algunos ejemplos, elementos y criterios importantes que están siendo resueltos y manifestados dentro de la tutela cautelar regulada en el CPCA. Si bien es cierto, con la nueva regulación se da una apertura y flexibilización

²⁵³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, modificación de Voto número 463-2008 de las diecisiete horas del treinta y uno de julio de dos mil ocho.

absoluta del instituto cautelar. Es importante aprovechar estos poderes de decisión que han sido otorgados al juzgador, para crear nuevos aportes jurisprudenciales y doctrinarios que contribuyan con el desarrollo de la figura cautelar dentro del proceso contencioso administrativo.

Al seguir esta línea, se pueden citar algunas ramas y temas del instituto cautelar, que han sido resueltos y que sin duda alguna consituyen un gran aporte en la materia, tal es el caso de medidas cautelares en temas de Dominio Público – Zona Marítimo Terrestre, Contratación Administrativa y Derecho Tributario.

c.3.1 Dominio Público – Zona Marítimo Terrestre.

En relación con el tema de los bienes de dominio público, si bien es cierto existe una amplia jurisprudencia en materia administrativa, que ha determinado su contenido y regulación dentro del marco jurídico costarricense, se considera pertinente aprovechar este espacio y consignar algunos votos y ejemplos concretos, en donde en razón de una tutela judicial efectiva, se disponen medidas cautelares en dicha materia; teniendo una prevalencia importante temas como la protección al medio ambiente y a la Zona Marítimo Terrestre.

Concretamente, dentro de las manifestaciones reales que han sido resueltas como medidas de cautelares en bienes de dominio público, la jurisprudencia actual ha emitido algunos votos relacionados con el tema.

Tal es el caso de una solicitud de medida cautelar gestionada contra la Municipalidad de Santa Cruz, en donde se le solicita al Tribunal Contencioso la suspensión en la demolición de ciertas edificaciones que se encuentran sobre la Zona Marítimo Terrestre de Playa, La Penca. Dicho Tribunal aprovechó dicha oportunidad para realizar un análisis a fondo de la importancia y relevancia en la ponderación de intereses en esta materia de Bienes de Dominio Público y la protección de ciertos intereses públicos de gran trascendencia.

El Juez Tramitador del Tribunal Contencioso procedió a realizar un análisis, en relación con la Zona Marítimo Terrestre, en los siguientes términos:

“Visto que la misma Ley de la Zona Marítimo Terrestre encarga a las Municipalidades del resguardo y la organización de la Zona Marítimo Terrestre, y tomando en cuenta que a la luz del artículo 11 de ese mismo cuerpo normativo los manglares también forman parte de la zona pública, revestida del carácter demanial de los bienes que se encuentran dentro de los límites que demarcan tales zonas, (...) al realizar la ponderación de intereses que ordena el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, resulta de recibo el alegato de protección de ambos bienes jurídicos, con especial énfasis sobre el medio ambiente, dado que se ha demostrado que la casa del actor contribuye a la contaminación del manglar mediante el vertido de sus aguas sucias. En aplicación del principio precautorio del Derecho Ambiental, ante el potencial daño que se pueda generar sobre el ambiente, específicamente sobre la biodiversidad que representa el manglar (...), se desprende que la medida cautelar solicitada puede resultar permisiva de actos de contaminación que a la postre redunden en daños ambientales de importancia, eventualmente difíciles de reparar y quizá hasta irreversibles. De lo anterior se deriva que

*los particulares deber ceder su esfera de intereses personales ante el interés público, en el tanto este está destinado a satisfacer necesidades generales del conglomerado humano, dentro de los que se incluye la protección de los bienes de dominio público y del medio ambiente*²⁵⁴. (El resaltado no es del original).

Siguiendo sobre la misma línea de la protección a la Zona Marítimo Terrestre, se puede citar determinado proceso cautelar presentado contra la Municipalidad de Aguirre, en donde se gestiona la suspensión en la demolición de una construcción ubicada en Playa Guapil. El Tribunal Contencioso en primera instancia consideró lo siguiente:

“Por otro lado se encuentra el interés público de protección a la zona marítimo terrestre, que en el artículo 13 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre es claro de que las municipalidades están llamadas a demoler cualquier construcción que se encuentre en la Zona Marítimo Terrestre, en contra de la Ley. Precisamente, el voto citado en la audiencia de la Sala Constitucional 2062-2007, es claro que una construcción ubicada en la zona restringida que no cuente con los permisos de construcción puede ser demolida en cualquier momento, por lo que si existiera un legítimo poseedor de la propiedad en cuestión, ni siquiera está persona puede impedir la demolición de una construcción realizada de manera ilegal como lo está la construcción objeto de esta medida cautelar. Además de que cerca de ésta existe un manglar que refuerza el interés público existente en este asunto, de protección del dominio público. En consecuencia, (...) la Municipalidad de Aguirre, tiene el deber de proteger la zona marítimo terrestre, sobre todo si la

²⁵⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 507-2008 de las quince horas con veinte minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

*construcción está ilegalmente construida como en este caso, por lo que debe tener prioridad la protección del interés público sobre el particular y casi inexistente del gestionante*²⁵⁵. (El resaltado no es del original).

Consideraciones y argumentaciones que posteriormente, fueron confirmadas por el Tribunal Contencioso Administrativo, al considerar que *“es evidente que en este caso no hay apariencia de buen derecho, y además, que los intereses públicos en juego dirigidos a la protección del medio ambiente, son evidentemente superiores a los intereses particulares del promovente*²⁵⁶.

En igual sentido, ha continuado manifestándose el Tribunal Contencioso en relación con este tipo de gestiones cautelares. Considera que *“la constitución, la LZMT y la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional es contundente en que en la zona pública no puede haber derechos particulares y que los intereses públicos de retornar la zona marítimo terrestre al ciudadano común es necesaria y obligatoria para las corporaciones municipales, por lo que el interés público en este caso debe estar sobre el interés particular y precario de los gestionantes (...)*²⁵⁷.

Tal y como la propia legislación lo regula, al establecerse la necesidad de realizar una ponderación y análisis particular, en cada caso concreto a la luz de los presupuestos cautelares, es significativo aportar el análisis y consideraciones decretadas por el Tribunal

²⁵⁵ **Tribunal Contencioso Administrativo**, modificación de Voto número 308-2008 de las dieciséis horas del veintitrés de mayo de dos mil ocho.

²⁵⁶ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 71-F-TC-2008 del veinticuatro de julio de dos mil ocho.

²⁵⁷ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 454-2008 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil ocho.

Contencioso dentro de solicitud de medida cautelar prima facie planteada contra acto administrativo de la Municipalidad de Santa Cruz, que ordena la demolición de una propiedad ubicada dentro la Zona Marítimo Terrestre, medida cautelar que fue aceptada inicialmente como medida provisional y posteriormente confirmada; dadas las circunstancias particulares del caso en concreto, en donde mediaba una persona adulta mayor, con un estado de salud precario, que había recidido de buena fe en el lugar por un periodo mayor a los cincuenta años y que incluso había construido su vivienda con la ayuda del Instituto Mixto de Ayuda Social IMAS, razonamiento que se desarrollo en los siguientes términos:

“(...) este despacho considera que sí media la requerida apariencia de buen derecho pues no se estima que sea falta de seriedad ni temeraria la eventual pretensión que versa sobre la discusión en litis (...), siendo que en el caso de esta litis, también se aprecia un evidente peligro de daño en la expulsión, siendo la propiedad el actual lugar de habitación del gestionante, quién además indica ser una persona de escasos recursos, quién recibió ayuda del IMAS para construir esa vivienda, lo cual tampoco fue refutado por esa institución. En cuanto a la valoración de los intereses en juego, consecuentemente sí se aprecia que el interés del solicitante se ve gravemente afectado ante la posibilidad de quedar sin un lugar de habitación, mientras que no se estima una seria afectación del interés público, ante la expectativa de esperarse hasta la resolución del proceso de conocimiento, lo que eventualmente implicaría extender unos meses más una situación que ha venido dándose por varios años. Así las cosas con fundamento en los artículos 20 y 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, de conformidad con el razonamiento expuesto, estimando que

*si median los presupuestos exigidos en la normativa señalada, se confirma la medida provisional adoptada, confirmándose la suspensión del acto de desalojo y derribo*²⁵⁸.

Finalmente, antes de concluir el presente apartado, se considera importante reafirmar el criterio y realidad jurisprudencial existente en esta materia, en relación con la prevalencia en la protección del interés público existente sobre los bienes de dominio público, concretamente en relación con la protección del medio ambiente y la zona marítimo terrestre. Este criterio está siendo aplicado con el análisis y ponderaciones propias de cada caso particular, valoraciones que en ciertos casos especiales han dado paso y cabida a la ponderación y protección de algunos intereses particulares sobre el interés público, siempre y cuando las circunstancias del caso lo ameriten como bien lo hemos tratado supra.

c.3.2 Contratación Administrativa.

Otra de las materias en donde se ha puesto de manifiesto la nueva tutela cautelar, resulta ser asuntos relacionados con Contratación Administrativa; estos, han sido de recibo como parte del nuevo proceso cautelar.

Ahora bien, siguiendo con el objeto de la presente investigación, se considera relevante plantear algunos casos concretos en los cuales se han tramitado medidas cautelares en esta materia.

²⁵⁸ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 957-2008 de las quince horas con treinta minutos del cinco de noviembre de dos mil ocho. Ver en sentido similar, **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 119-F-TC-2008 de las once horas con veintiséis minutos del primero de octubre de dos mil ocho.

Tal es el caso de una gestión cautelar dentro de un proceso licitatorio promovido por el Instituto Costarricense de Electricidad ICE, en donde se recibió solicitud de medida cautelar ordinaria en la cual la parte gestionante solicita que se le ordene al ICE, que se abstenga de recibir las ofertas en la fecha establecida dentro del concurso licitatorio y en su lugar, se proceda a prorrogar el plazo para presentarlas. Esto, ya que recibir las ofertas con las condiciones de las que adolece el cartel, convertiría en infructuosa la demanda, ya que las reglas bajo las que debe ofertarse, se encuentran en entredicho bajo un fundamento serio y con altas probabilidades de éxito.

Sin embargo, una vez realizado el análisis del caso concreto, en esa oportunidad el Juez Tramitador a cargo de la medida, decidió otorgar la medida bajo las siguientes condiciones:

“(...) tomando en consideración la naturaleza de lo pretendido se llega a la conclusión, de que existe un grado de certeza razonable en los daños de difícil o imposible reparación, que se podría causar a la situación jurídica sustancial del petente, y ponderando los intereses en juego y a efecto de no causar un perjuicio irreparable a la contratación ordenada por la administración, se dispone acoger de forma provisionalísima y urgente pero redimensionando sus efectos se ordena: Autorizar al ICE a que reciba las ofertas que se presenten el día 2 de abril del presente año, y ordenarle que las mismas se mantengan sin abrir en custodia del funcionario responsable, hasta tanto no se resuelva en forma definitiva la presente medida”²⁵⁹. (El resaltado no es del original).

²⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 517-2008 de las quince horas del once de agosto de dos mil ocho.

Otro caso concreto, está representado dentro de la gestión de medida cautelar planteada dentro de proceso licitatorio de la Caja Costarricense del Seguro Social CCSS, cuyo objeto era la compra de medicamentos con determinadas características y especificaciones técnicas. Estas, no fueron cumplidas por la empresa adjudicataria, al momento de la entrega de los productos, lo que provocó el rechazo de la CCSS de los mismos. Este acto administrativo, a su vez originó que la empresa presentara la medida cautelar en cuestión. Se solicita inicialmente que se ordenara a la CCSS el recibo de 50.149 frascos del producto ofertado; ante ello el Tribunal Contencioso procedió a manifestar lo siguiente, en relación con la ponderación de los intereses en juego en materia de Salud Pública:

“Al analizarse las conductas objeto de discusión, se desprende fácilmente que la Caja Costarricense del Seguro Social debe asegurarse el cumplimiento estricto de los requisitos técnicos de cualquier fármaco que adquiere, en aras de resguardar el correcto funcionamiento del servicio público que brinda, y con ello, garantizar la satisfacción de un bien jurídico superior, cual es la salud de sus pacientes. Esa labor la realiza mediante distintos tipos de contrataciones, en donde la tutela de los fondos públicos impone la aplicación de estrictos controles en las fases de ejecución contractual, sobre todo en lo que se refiere a entrega de medicamentos en aras del resguardo de la salud pública. De lo anterior se deriva que los particulares deben ceder su esfera de intereses personales ante el interés público, en el tanto este está destinado a satisfacer necesidades generales del conglomerado humano. Estas consideraciones hacen que al hacerse la ponderación de intereses propios de esta instancia, ante el deber de los funcionarios que laboran para la Caja Costarricense de Seguro Social de resguardar los fondos públicos y la correcta

*adquisición de medicamentos, en virtud de la naturaleza que ello reviste y la población final para la cual el medicamento fue contratado, en aras del resguardo del interés público, la parte actora deberá ceder su interés particular, por lo que mantendrá la situación actual de no recibo de los medicamentos hasta tanto no se dilucide este asunto en definitiva(...)*²⁶⁰. (El resaltado no es del original).

Asimismo, otro caso por citar lo constituye solicitud de medida cautelar planteada por la empresa Alcatel contra el Instituto Costarricense de Electricidad ICE, en relación con proceso licitatorio de arrendamiento con opción de compra de equipos para la prestación de cuatrocientas mil soluciones integrales telefónicas, donde ante un posible incumplimiento de la adjudicataria, el ICE inició procedimiento administrativo. Se resolvió la resolución del contrato y, entre otras cosas, la ejecución de la garantía de cumplimiento por un monto aproximado de \$15.000.000 (quince millones de dólares) y una intimación para el cobro de \$60.000.000 (sesenta millones de dólares) menos el monto de la garantía de cumplimiento.

Ante esta solicitud de medida cautelar, siendo que el Tribunal Contencioso procedió al rechazo de la medida en primera instancia²⁶¹, el Tribunal de Casación, en segunda instancia, procedió a realizar algunas consideraciones relevantes, en relación con el análisis de los presupuestos de la tutela cautelar en razón de la materia de Contratación Administrativa. Manifiesta:

²⁶⁰ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 466-2008 de las nueve horas diez minutos del veintiuno de julio de dos mil ocho.

²⁶¹ Ver voto en donde se acoge de manera provisional la medida cautelar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 510-2008 de las ocho horas con cincuenta y ocho minutos del seis de agosto de dos mil ocho y voto en donde se procede a modificar la medida provisional y rechazar la medida cautelar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 527-2008 de las once horas del catorce de agosto de dos mil ocho.

“Lo que es esencial determinar para la adopción de la medida cautelar, es precisamente los efectos o no perniciosos de las medidas adoptadas por el ICE para la actora, en confrontación con el interés público que representa el ICE, y es ahí donde toman importancia los consabidos tres pilares de la medida cautelar (...). En lo que hace al periculum in mora, ese daño es evidente pues una suma tan importante impacta la condición financiera de una empresa, es evidente que independientemente de la naturaleza o la fortaleza financiera de un co-contratista, un monto de esta naturaleza afecta no solo sus arcas, sino también el desenvolvimiento posterior, y por el contrario no encuentra este Tribunal una afectación seria en este extremo específico, a lo que hace a los intereses del ICE, toda vez que su funcionamiento podría seguirse prestando con postergación de la ejecución efectiva de estas medidas en espera de una sentencia definitiva. En concreto, la adopción de una medida cautelar en los términos en que aquí ha sido pedida, lejos de afectar el interés público le resguarda y también de alguna manera garantiza los intereses del recurrente durante la tramitación del proceso por que no hay que olvidar que la cautelar pretende el resguardo del objeto del proceso (...) se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la empresa Alcatel, se revoca la resolución recurrida únicamente en cuanto ordena ejecutar la garantía de cumplimiento y en cuanto dispone el cobro de los daños y perjuicios en lo demás se mantiene incolumne”²⁶². (El resaltado no es del original).

²⁶² **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 109-F-TC-2009 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del diecisiete de setiembre de dos mil ocho.

Ahora bien, dentro de este tipo de gestiones cautelares, si bien es cierto existen circunstancias en donde una vez realizada la valoración de los presupuestos cautelares el juzgador procede con el dictado de la medida, tal y como lo hemos tratado supra. También existe un sin número de solicitudes cautelares en esta materia, que están siendo rechazadas tanto por el Tribunal Contencioso como por el Tribunal de Casación, en razón de la falta de prueba en la existencia real del peligro en la demora, solicitudes cautelares prematuras, en razón de la inexistencia de una conducta administrativa que produzca efectos jurídicos que causen una lesión a los intereses de las partes y la prevalencia del interés público, frente al interés particular de los gestionantes, en determinados casos concretos.

Dentro de los rechazos de medidas cautelares en procesos de materia de contratación administrativa, en razón de la falta de probanza en la existencia real del peligro en la demora y la prevalencia del interés público frente al interés particular, se puede hacer mención a ciertos casos particulares.

Tal es el caso, de medida cautelar interpuesta contra la fase de formalización y ejecución de Licitación Abreviada promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad ICE para la adquisición de mil quinientos trajes ejecutivos para el servicio al cliente.

Medida cautelar que fue rechazada por el Tribunal Contencioso en los siguientes términos:

“Del examen de los autos no se desprende que la ejecución del acto objeto de impugnación pueda llegar a colocar a la accionante en una situación lesiva de sus derechos subjetivos, nótese que el acto de impugnación es una contratación que no es la

totalidad del giro comercial de la empresa y en ningún momento se aporta prueba que pueda, que indique ni indiciariamente que esta contratación sea significativa como para generar un daño grave en su actividad comercial, por lo que dentro del examen preliminar y sumario que ha realizado esta juzgadora no se aporta detalle que permita al menos suponer cual es el daño concreto y efectivo que pueda desprenderse con la eficacia de esa decisión administrativa, aspecto que en modo alguno se acredita”²⁶³. (El resaltado no es del original).

Siguiendo dicha línea jurisprudencial, dentro de proceso cautelar interpuesto contra fase de formalización y refrendo de Licitación Pública promovida por el Ministerio de Educación Pública, para la adquisición de vídeo beam, el Tribunal Contencioso, en razón de la no acreditación del peligro en la demora, de un análisis del principio de proporcionalidad y la ponderación de los intereses en juego dentro del proceso, rechazó la medida solicitada con base en el siguiente criterio:

“Respecto al artículo 22 , que se refiere a la ponderación de los intereses en juego, este Tribunal considera que en este asunto debe mantenerse la ejecución (formalización y refrendo) de la Licitación Pública objeto de este proceso debido a los siguientes motivos:

a) Se debe resguardar el interés público del Ministerio de Educación Pública, en la adquisición de equipo audiovisual que se utilizará para cumplir con un servicio público como lo es la educación pública de los administrados que el Estado está llamado

²⁶³ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 717-2009 de las once horas con dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve. Ver en sentido similar, **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 266-2008 de las nueve horas del dos de mayo de dos mil ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 419-2008 de las ocho horas del veinticinco de junio de dos mil ocho.

constitucionalmente a resguardar; b) Frente a ese interés público evidente, se contrasta un interés particular de la parte actora, que ni siquiera demuestra en autos si existen daños y perjuicios graves que le otorgue un interés particular en este caso. Por lo tanto, si se ponderan ambos intereses y en aplicación al artículo 22 del CPCA, resulta claro que este Tribunal debe salvaguardar el interés público superior al interés privado, precario y no demostrado de la empresa actora”²⁶⁴. (El resaltado no es del original).

Finalmente, antes de dar por terminado el presente punto en consideración, en relación con las gestiones cautelares en materia de Contratación Administrativa, que han sido rechazadas en virtud de la prematuridad de las mismas.

Se puede aportar, dentro del tema, solicitud de medida cautelar gestionada contra resolución que inicia procedimiento sancionatorio, consistente en la ejecución de la garantía de cumplimiento respectiva dentro de Licitación Pública promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados AYA. Esta medida fue rechazada por el Tribunal Contencioso en los siguientes términos:

*“En este sentido, se debe indicar que en el caso que nos ocupa (...), se aprecia que la resolución impugnada (...) es una resolución que inicia un procedimiento sancionatorio, que tiene la finalidad de garantizar el debido proceso antes de imponer la sanción, consistente en la ejecución de la garantía respectiva. **Por lo que nos encontramos que la conducta administrativa que se pretende suspender, no ha producido efectos jurídicos que puedan causar una lesión a las empresas promoventes, ya que aún no ha existido***

²⁶⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Voto número 865-2008 del diecisiete de octubre de dos mil ocho.

una sanción que produzca un perjuicio que amerite la aplicación preventiva de una medida cautelar, debido a que la solicitud de medida cautelar deviene en prematura²⁶⁵.

(El resaltado no es del original).

En conclusión, de una manera muy sencilla, se puede reconocer y dejar de manifiesto, la existencia de una cantidad considerable de gestiones cautelares en materia de Contratación Administrativa, que en razón de una nueva tutela cautelar amplia y remozada, como es el caso de la regulación en la materia planteada dentro del CPCA, han visto en tal instituto procesal una figura real y oportuna de obtener una tutela judicial efectiva tal y como lo disponen los principios constitucionales aplicables dentro de la jurisdicción contencioso administrativa; estas diligencias prácticas se han puesto de manifiesto con los ejemplos y casos planteados en el presente apartado.

c.3.3 Derecho Tributario.

En relación con las medidas cautelares, en materia tributaria, este es uno de los escenarios en donde, sin ninguna duda, se ponen de manifiesto los alcances y manifestaciones de una nueva tutela cautelar.

Lo anterior, por cuanto con la anterior LRJCA dentro del Capítulo Cuarto sobre procedimientos especiales, específicamente en la Sección Primera, el artículo 82 sometía al procedimiento especial a aquellos casos en donde *“la impugnación tuviere por objeto*

²⁶⁵ **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 288-2008 de las once horas del doce de mayo de dos mil ocho.

cualquier acto o disposición sobre fijación o liquidación de impuestos, contribuciones, tasas, multas y demás rentas o créditos públicos definitivamente establecidos en vía administrativa, y no fuere la Administración la que demanda contra su propio acto”.

Asimismo, en relación con la posibilidad de otorgar medidas cautelares (suspensión del acto) en relación a dicha materia, el numeral 83 en su inciso 9 prohibía, de manera expresa, la suspensión en la ejecución de aquellos actos impugnados en esta materia.²⁶⁶

Esta situación, en su momento, había sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia, en razón de que la posibilidad de decretar la suspensión en los efectos del acto, tal y como lo disponía el artículo 91 de la LRJCA, estaba previsto para los procesos ordinarios dentro de la jurisdicción contencioso administrativa y el proceso tributario estaba contemplado como un proceso especial, tal y como lo regulaba el numeral 82 ibídem. Esta es la razón por la cual, de conformidad con dichas normas, existía una disposición clara y expresa que excluía y negaba la aplicación de tales efectos en materia tributaria.²⁶⁷

²⁶⁶ Importante consignar que recientemente el artículo 83.9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, al considerar que la norma en mención impide el ejercicio del derecho de acceso a la justicia cautelar y por ende, al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida, según lo había estado reconociendo la jurisprudencia constitucional de conformidad con la sentencia número 2005-6224. Para ampliar más sobre el tema ver **Sala Constitucional** Voto número 17306-2008 de las catorce horas con diecinueve minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.

²⁶⁷ Sobre el tema ver **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera** Voto número 309-1998 de las nueve horas con cincuenta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera** Voto número 65-2005 de las diez horas con treinta y cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil cinco. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda** Voto número 101-1998 de las once horas del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda** Voto número 354-1998 de las diez horas con quince minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda** Voto número 367-1998 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. **Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda** Voto número 275-2003 de las once horas con treinta minutos del veintitrés de mayo de dos mil tres.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del nuevo CPCA, se dio una apertura amplia y absoluta en la materia. Por ello, de conformidad con los numerales 1, 19 y 42 del Código de rito, se da una apertura cautelar en materia tributaria, que representa una manifestación concreta de los alcances de una tutela judicial efectiva dentro del nuevo proceso contencioso administrativo.

Sobre el tema, recientemente el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo ha manifestado lo siguiente:

“Es vital señalar que sin tutela cautelar por más que lo sepamos no hay tutela judicial efectiva, no podría ninguno de los sujetos procesales que intervienen en el proceso (...) lograr una efectividad en el control y protección de sus derechos sino tiene acceso a una tutela cautelar, y esta afirmación (...) tiene particular relevancia por tratarse de la materia que nos ocupa de materia tributaria, (...) y es que ningún ámbito del que hacer administrativo puede y deber estar exento de la tutela cautelar sin violar la constitución, y esta observación reviste particular relevancia pues la nueva legislación suprimió lo que podría estimarse como un error o un punto de vista cuestionable de la vieja Ley Reguladora en el numeral 83.9 cuando impedía la medida cautelar en materia tan trascendente, queda pues claro que sin ninguna duda la tutela cautelar es solícita constitucionalmente y también a la materia tributaria”²⁶⁸. (El resaltado no es del original).

²⁶⁸ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 5-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de dos mil nueve.

Concretamente, dichas manifestaciones han sido puestas en práctica dentro de cierto proceso cautelar en donde se han procedido a otorgar medidas en protección a los intereses del administrado, sin dejar de lado la protección a los intereses de la Administración Tributaria.

Tal es el caso de medida cautelar presentada por la empresa Masonite Costa Rica S.A. donde solicita la suspensión en los efectos de ciertos actos administrativos de la oficina de Administración Tributaria de Heredia. Esta medida cautelar fue rechazada, en primera instancia²⁶⁹, ante lo cual el Tribunal de Casación, en segunda instancia, procedió a revocar lo resuelto por el Tribunal Contencioso y en su lugar, otorgar la medida cautelar y una contracautela en los siguientes términos:

“Se revoca la resolución número 946-2008 de las diez horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de dos mil ocho emitida por el Juez Tramitador del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y en su lugar se acoge la medida cautelar en los siguientes términos, se suspenden los efectos de los actos administrativos impugnados por la empresa Masonite Costa Rica S.A., sujeta dicha suspensión a que en el plazo de treinta días a partir de esta fecha, la empresa otorgue como contracautela, garantía hipotecaria suficiente libre de gravámenes otras condiciones que la limiten, por el monto de capital más los intereses a esta fecha. El valor real y actual de los bienes en garantía será determinado por un perito designado por el Juez Ejecutor del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo cuyos honorarios serán cubiertos por la parte gestionante de

²⁶⁹ Ver **Tribunal Contencioso Administrativo**, Voto número 946-2008 de las diez horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de dos mil ocho.

la medida cautelar, previa fijación efectuada por el Juzgador indicado”²⁷⁰. (El resaltado no es del original).

Si bien es cierto no se ha tenido la posibilidad de acceder o conocer otros procesos cautelares que se hayan resuelto en materia tributaria, es fundamental hacer mención y detenernos a manifestar que esta materia es sin ninguna duda, una de las áreas dentro de la tutela cautelar que tendrá gran desarrollo y auge, una vez se inicie con la tramitación y gestiones de procesos en materia tributaria.

Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia en la materia con la anterior LRJCA era casi nula e inexistente, ante la prohibición expresa que la propia ley hacía sobre el tema. Circunstancias que recientemente han sido reconocidas por el propio Tribunal de Casación, al manifestar que con el nuevo CPCA se suprimió uno de los vacíos más cuestionables de la LRJCA, quedando claro y sin ninguna duda la posibilidad de acoger este tipo de tutela cautelar en materia tributaria con la entrada en vigencia del nuevo código.

Constituyendo lo anterior, un escenario y portillo de suma importancia para el desarrollo en el corto y mediano plazo de una jurisprudencia cautelar en materia tributaria, la cual tendrá enorme trascendencia en el manejo y proceder judicial de dichos procesos dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que se da la posibilidad de garantizar una tutela judicial efectiva a los intereses de los administrados y la Administración misma,

²⁷⁰ **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, Voto número 5-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de dos mil nueve.

dentro de este tipo de procesos cautelares; circunstancias que tal y como se adelantó no eran posibles con la anterior LRJCA.

c.4 Ejecución de Medidas Cautelares.

En relación a la ejecución de las medidas cautelares, es importante hacer una breve mención a las innovaciones y regulaciones comprendidas dentro del nuevo código en la materia, especialmente en relación al papel y facultades que se le han otorgado al Juez Ejecutor al momento de proceder con la ejecución de las medidas cautelares.

Para tales efectos , es indispensable tomar en consideración lo dispuesto por el numeral 27 del CPCA:

“(...) El tribunal o el juez respectivo podrá isponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.”

Asimismo, en relación al tema el numeral 86, párrafo 2º del reglamento autónomo vigente dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, ratifica y da vigencia al papel del Juez Ejecutor en la ejecución de las medidas cautelares adoptadas en cualquier etapa del proceso, con excepción expresa de aquellas medidas que sean ordenadas por la Sala

Primera de la Corte Suprema de Justicia según lo consignado en el artículo 44²⁷¹ de dicho reglamento.

Al respecto, el numeral 86 del reglamento de marras reza lo siguiente:

“Artículo 86. – De la Competencia de los Jueces Ejecutores. Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias: (...)

2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento”.

Seguidamente, es importante consignar que con el objetivo de lograr la ejecución de las medidas cautelares, el Juez Ejecutor puede hacer valer las regulaciones y herramientas consignadas dentro del Título VIII del CPCA, título relacionado con la ejecución de sentencias.

Ahora bien, dentro de las facultades y disposiciones trascendentales, de gran utilidad para la ejecución en materia cautelar, se pueden resaltar las siguientes: Posibilidad de solicitar auxilio y colaboración de terceros y la fuerza pública²⁷², deber de ejecución inmediata de

²⁷¹ Artículo 44: Corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver: (...) 5) De la adopción de las medidas cautelares y excepcionalmente de su ejecución cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

²⁷² Ver artículo 156, párrafo 30 del CPCA.

las medidas cautelares²⁷³, posibilidad de establecer sanciones y multas a los funcionarios públicos que se nieguen a cumplir cualesquiera de los requerimientos del juez rendientes a la ejecución de medidas cautelares²⁷⁴, posibilidad de sustituir a la administración por el juez ejecutor para lograr la ejecución de medidas cautelares²⁷⁵, posibilidad de ordenar la modificación o paralización en el presupuesto de la Administración Descentralizada con el fin de lograr la ejecución de medidas cautelares²⁷⁶, posibilidad de decretar embargos sobre aquellos bienes embargables de la Administración Descentralizada²⁷⁷.

Herramientas y facultades anteriores, que pueden ser utilizadas por el Juez Ejecutor con la finalidad de hacer efectivo y real el cumplimiento de las medidas cautelares establecidas dentro de cualquier proceso tramitado dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, es de suma importancia resaltar la relevancia del papel y facultades que el nuevo código han otorgado al Juez Ejecutor en materia cautelar, afirmación que se realiza en el tanto, con las nuevas regulaciones vigentes en materia de ejecución de medidas cautelares se garantiza la existencia de un grupo especializado de jueces que tiene dentro de sus funciones jurisdiccionales la de garantizar el cumplimiento real y efectivo de las medidas cautelares dictadas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

²⁷³ Ver artículo 157 del CPCA.

²⁷⁴ Ver artículo 159 del CPCA.

²⁷⁵ Ver artículo 161 del CPCA.

²⁷⁶ Ver artículo 168 del CPCA.

²⁷⁷ Ver artículos 169 y 170 del CPCA.

Manifestaciones y aportes, que resultan un gran avance en la consecución de una tutela judicial efectiva y sobre todo, de una justicia pronta y cumplida según lo dispone la Constitución Política de Costa Rica.

Ahora bien, dentro de las manifestaciones específicas que se pueden consignar en este espacio, se pueden citar algunas resoluciones o casos concretos, en donde se han puesto de manifiesto la participación y seguimiento del Juez Ejecutor en relación a una medida cautelar o medida de contracautela, según sea el caso.

De manera concreta, se puede aportar la participación del Juez Ejecutor en la ejecución de medida de contracautela ordenada por el Tribunal de Casación mediante la resolución 43-F-TC-2008, medida considerada dentro de proceso de suspensión de acto administrativo de desalojo ordenado por el Ministerio de Seguridad Pública, sobre terrenos propiedad del Instituto Costarricense de Turismo ICT, ubicados en la Zona Marítimo Terrestre de Limón, mismos que fueron invadidos por algunas familias²⁷⁸.

Dentro del caso en mención, en lo que corresponde a la ejecución de la medida de contracautela ordenada dentro del proceso, el Juez Ejecutor en cumplimiento de sus facultades establecidas en torno a la ejecución de medidas cautelares, procedió a realizar un censo con el fin de especificar con claridad quienes eran los ocupantes actuales, nombres, lotes, medidas, estado de edificaciones, cultivos, zonas boscosas, carriles cercas o linderos, a efectos de evitar nuevos ocupantes en la zona invadida, lo anterior, según lo solicitado por el Tribunal de Casación en su voto 43-F-2008.

²⁷⁸ Véase *supra*, Págs. 236 a238.

Ahora bien, en lo que este apartado interesa, se resalta la resolución de las catorce horas con treinta minutos del dieciocho de junio del dos mil ocho, emitida por la Jueza ejecutora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo dentro del expediente judicial número 08-000015-1027-CA, misma que establece lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 28.4 del CPCA y para los efectos correspondientes, se hace de conocimiento de las partes que la contracautela ordenada por el Tribunal de Casación, mediante voto número 43-F-TC-08 de las 11:34 hrs fue realizada en los términos dispuestos entre los días 10 y 11 de junio pasados, diligencia que fue grabada y de la cual se produjo con auxilio del geógrafo Pablo González Rodríguez la captura de información de campo por medio de Sistemas de Posicionamiento Global (GPS). De tales resultados (DVD y planos) se pone un copia a disposición de cada una de las partes apersonadas a la fecha para que sean retiradas en el momento que así lo consideren oportuno, contra constancia de su retiro”.

Seguidamente, otro caso concreto en donde se puede notar una participación y control importante por parte del Juez en el cumplimiento de una medida cautelar, tiene lugar en el acatamiento de medida contracautelar en relación a la modificación de medida cautelar de suspensión en los efectos de una orden sanitaria de cierre de local comercial emitida por el Ministerio de Salud²⁷⁹.

Dentro del presente caso, en lo que corresponde al cumplimiento de una medida de contracautela ordenada dentro del proceso, se le ordenó al Juez corroborar el cumplimiento

²⁷⁹ Véase *supra*, Págs. 240 a 241.

por parte de la empresa gestionante de la medida cautelar, de un nuevo plan de acción que cumpliera con los requisitos establecidos por la orden sanitaria RCSARSHMR-28-2008, en un plazo de quince días hábiles, lo anterior según lo solicitado por el Tribunal de Contencioso mediante resolución 463-2008.

Ahora bien, concretamente en relación a la participación del Juzgador dentro del presente proceso, toma especial importancia la resolución de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintisiete de agosto de dos mil ocho, emitida por la Jueza Ejecutora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo dentro del expediente judicial número 08-000407-1027-CA, misma que procede a *“confirmar el cumplimiento de la medida contracautelar, y en consecuencia debe mantenerse en operación las zonas del casino indicadas conforme dicha resolución”*.

En definitiva, con el presente apartado se pueden observar algunas manifestaciones específicas en torno a la ejecución del instituto cautelar, expresiones que son de gran utilidad en torno a la ejecución y cumplimiento de una tutela cautelar que a parte de ser pronta y cumplida, debe ser real y efectiva, circunstancias en donde tal y como se ha manifestado, el papel del Juez Ejecutor y todas sus facultades dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, resultan trascendentales para un correcto funcionamiento y aplicación de un instituto cautelar preciso y eficaz, según las necesidades y circunstancias de cada caso en particular.

Sección Segunda: Posibles Efectos de la Aplicación de los Nuevos Supuestos Cautelares en Costa Rica.

Una vez superada la sección anterior, es menester realizar algunas consideraciones sobre el instituto cautelar que en la actualidad se están presentando dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, según las nuevas regulaciones establecidas por el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Si bien es cierto, se ha tenido la oportunidad de plantear y analizar suficientes de los casos prácticos que se han venido resolviendo desde el pasado primero de enero de dos mil ocho. Al día de hoy, queda claro que aún existen grandes escenarios y situaciones que descubrir en materia cautelar, circunstancias y nuevas oportunidades que sin duda alguna, se presentarán en un futuro muy cercano.

Sólo es cuestión de algunos meses y se podrá observar una justicia cautelar mucho más completa y sobre todo muy amplia, tal y como lo dispone el nuevo ordenamiento; estas manifestaciones desde hace algunos meses se vienen gestando en esta materia jurisdiccional.

Seguidamente, con el propósito de tener mayor orden y claridad en nuestros comentarios, nos permitiremos realizar algunas consideraciones finales sobre el instituto cautelar vigente dentro del nuevo CPCA, desde un enfoque actual, según las medidas cautelares y causas judiciales que se han presentado desde la entrada en vigencia del código y desde una perspectiva futura, dirigida al corto y mediano plazo. Aquí se inducen algunas

observaciones sobre los futuros contextos sobre los cuales se desarrollará y resolverá el instituto cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa.

En la actualidad, tal y como se ha manifestado *supra*²⁸⁰, para nadie es un secreto la aplicación y gran demanda de protección cautelar que se está tramitando en los estrados judiciales dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo permite el nuevo CPCA.

Al presente, si bien es cierto para los especialistas en la materia, el nuevo código dispone de un tratamiento cautelar exquisito, sumamente completo y remozado, lo cierto del caso es que en la práctica judicial la aplicación del nuevo proceso y de dichas normas es muy reciente. Esta es la razón por la cual se está en una etapa de acomodo y adaptación en donde participan muchos sujetos; entiéndase: la Administración, administrados, jueces, funcionarios judiciales, abogados litigantes y demás sujetos inmersos en el proceso.

Las circunstancias anteriores, se deben tomar en consideración dentro del presente análisis, ya que es una realidad procesal que ha marcado el inicio de un nuevo proceso contencioso administrativo y por ende en la aplicación práctica de la nueva justicia cautelar.

En concreto, se pueden manifestar algunas consideraciones sobre la aplicación y desarrollo del instituto cautelar, que se han notado en las causas judiciales resueltas desde la entrada en vigencia del nuevo CPCA.

²⁸⁰ Véase *supra*, Págs 192 a 279.

Partiendo del supuesto de que el nuevo código regula, de una manera efectiva, el contenido de las medidas cautelares y que se está, efectivamente, ante una verdadera justicia cautelar que va más allá de la suspensión del acto administrativo, se debe manifestar que, con la implementación de la nueva legislación vigente, se han presentado verdaderas pinceladas y demostraciones de una justicia cautelar efectiva; estas, atienden a los principios y lineamientos propios que pretende regular el CPCA.

Se ha notado, cómo la figura del juez está cumpliendo una labor trascendental dentro del nuevo instituto cautelar; esta funcionalidad se caracteriza por sus amplios poderes y atribuciones dentro del proceso, sobre todo en materia cautelar.

También se debe aceptar que se ha mantenido la tendencia de la suspensión en los efectos del acto administrativo. Sin embargo, dicha suspensión ha presentado algunas variaciones importantes, al otorgarse acompañada de algunas otras medidas cautelares, traducidas en obligaciones de hacer o no hacer a la Administración, medidas ordenatorias e inhibitorias y hasta algunas medidas de contracautela que garanticen la efectividad de la medida y los intereses de las partes del proceso sea el administrado o la misma Administración.

En relación con los nuevos contenidos regulados dentro del instituto cautelar, ha quedado de manifiesto la oportunidad y libertad decisoria que tiene el juez en materia cautelar, para otorgar las medidas idóneas y necesarias con carácter conservativo, anticipativo o innovativo, según sean las circunstancias de cada caso en particular. Estas expresiones se han puesto en la práctica judicial, al otorgar suspensión de actos administrativos, obligaciones de hacer y no hacer a la Administración, obligaciones de hacer y no hacer al

administrado y medidas de contracautela a las partes del proceso; todo lo anterior atendiendo las necesidades concretas de cada caso en concreto y en respeto del ordenamiento jurídico vigente en la materia.

Se debe declarar, la conformidad en la mayoría de los casos y resoluciones analizadas en materia cautelar, desde la entrada en vigencia del CPCA, sin dejar de lado alguna minoría de resoluciones y decisiones en la materia que han parecido equívocas en cuanto a las necesidades y circunstancias procesales del caso en concreto. Esta observación pone de manifiesto la normalidad de un proceso jurisdiccional oral, que es precitado por juzgadores que son personas y que como tal, están propensas a cometer errores y apreciaciones inexactas de las circunstancias de determinado caso en concreto; estas decisiones son propias de un sistema de justicia impartido por seres humanos.

En relación con las manifestaciones concretas de la nueva tutela cautelar, regulada en el código vigente, si bien es cierto, se ha tenido gran prevalencia de medidas de suspensión de actos administrativos (sanciones disciplinarias, órdenes de desalojo, órdenes de desahucio, entre otras). También se han presentado manifestaciones de los nuevos alcances que tiene el juez en materia cautelar (medidas de contracautela ajustadas al caso en concreto, medidas en donde otorgan efectos innovativos o anticipados de la posible sentencia estimatoria, órdenes de abstención de actuaciones materiales a la Administración, entre otras). Estas expresiones, conforme pasen los meses y los casos prácticos de conocimiento en materia cautelar, van a ir incrementándose y sobre todo exteriorizándose en diversas materias y campos de aplicación, tal y como lo permite la nueva regulación cautelar.

Otro de los escenarios objeto de análisis en el presente punto, encuentra mención en los diversos aspectos procesales que se han puesto de manifiesto con la entrada en vigencia del nuevo código, elementos como la modificación de la medida cautelar otorgada inicialmente ante la variación en las circunstancias del caso; el conocimiento de los recursos de apelación por parte del Tribunal de Casación; el rechazo de plano de recursos de apelación sobre resoluciones provisionales que no tienen mayor recurso, tal es el caso de las medidas provisionales; la orden de resolver las causas judiciales en materia cautelar, al respetar el procedimiento regulado en el numeral 24 del código y garantizando el debido proceso para las partes del proceso; expresiones concretas que se han ido presentando en la práctica jurídica del nuevo proceso cautelar y que se han ido resolviendo acertadamente de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Siguiendo con el trámite procesal, en materia cautelar, es substancial hacer algunas consideraciones en relación con los plazos y celeridad sobre la cual se están resolviendo las solicitudes de tutela cautelar, en razón del peligro en la demora que representa, para las partes interesadas, el otorgamiento de la medida gestionada, tal y como lo dispone el artículo 21 del código de rito.

Es evidente que en la práctica judicial, por lo menos en primera instancia, se están resolviendo, de manera ágil y expedita, las medidas cautelares presentadas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente las medidas ante causam, que han tenido gran demanda desde la entrada en vigencia del CPCA; estas se están otorgando de conformidad a los principios propios de una verdadera tutela judicial efectiva.

En la actualidad se está presentando una importante saturación de procesos en conocimiento de la Sala Primera, órgano jurisdiccional que funge como Tribunal de Casación, circunstancia que ha representado en algunas ocasiones una espera de hasta dos meses para la resolución en segunda instancia de un asunto en materia cautelar, plazos que en esta materia podrían resultar perniciosos para lograr una seria aplicación de una justicia cautelar efectiva.

Posteriormente, no queda más que exteriorizar nuestra conformidad con el devenir y la aplicación práctica que ha venido mostrando el instituto cautelar con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, proceso y tutela cautelar que han venido marcados por un importante aporte, que desde mucho tiempo atrás la doctrina y jurisprudencia, venían realizando en relación con la justicia cautelar. Estas contribuciones, a su vez, dieron origen al Título de Medidas Cautelares, plasmado en el nuevo código; estas circunstancias han garantizado el éxito y funcionalidad que se ha iniciado a poner en evidencia a partir de enero de dos mil ocho.

Con las manifestaciones anteriores, no está declarando, ni mucho menos es la intención expresar, que con la entrada en vigencia de la nueva legislación, ya se ha alcanzado una perfecta y completa aplicación de la tutela cautelar. Por el contrario, se está planteando nuestra conformidad con la aplicación que se ha venido dando a la tutela cautelar. Sin embargo, somos conscientes de que aún no se ha alcanzado la madurez y perfecta aplicación de la figura cautelar dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, perfección que será alcanzada con el pasar de los meses y que, sin ninguna duda, será un aporte muy

significativo dentro de la tutela judicial efectiva, entendida como un derecho fundamental de todo ciudadano según lo dispone la propia Constitución Política.

Ahora bien, en relación con ciertos aspectos y circunstancias futuras que se avecinan, en materia cautelar, se considera importante manifestar algunas observaciones específicas sobre determinados escenarios y puntos claves del instituto cautelar. Estos, si bien es cierto han empezado a mostrarse con la entrada en vigencia del nuevo código, aún falta camino por recorrer para lograr una manifestación completa dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Para citar un ejemplo concreto, se tiene el caso de medidas cautelares en materia tributaria, en donde, si bien es cierto ya se han realizado algunas consideraciones y aplicaciones importantes, aún no se hacen muy comunes ni mucho menos numerosas las gestiones en dicha materia dentro del Tribunal Contencioso. Por ende, queda mucho camino que avanzar y abordar en relación con el desarrollo jurisprudencial que se pueda generar con el devenir de las gestiones cautelares en asuntos tributarios; esta materia, sin ninguna duda va a mostrar grandes planteamientos y posiciones jurisprudenciales dentro de la materia cautelar.

No cabe la menor duda en cuanto a las manifestaciones concretas de la nueva tutela cautelar en materias como contratación administrativa, bienes de dominio público, protección del medio ambiente y protección de la zona marítimo terrestre. Esta materia ha tenido un espacio dentro de las gestiones cautelares ordenadas desde la entrada en vigencia del CPCA; sin embargo, es necesaria la aparición de nuevos casos en donde se esbozen

escenarios y circunstancias complejas, que ameriten nuevos supuestos de tutela cautelar, de conformidad con las disposiciones y poderes del juez dentro del proceso. Estas medidas podrán ir más allá de la mera suspensión de actos administrativos, según los requerimientos del caso en particular.

Con lo anterior, se reiteran las observaciones trazadas al momento de abarcar las medidas cautelares de suspensión en los efectos del acto administrativo. Estas medidas han imperado en cantidad y proporción dentro de la totalidad de gestiones cautelares tramitadas desde la entrada en vigencia del CPCA. Dicha observación, no pretende restar trascendencia, ni mucho dejar de reconocer la importancia y verdaderos efectos prácticos que tales medidas han representado dentro de la aplicación de una tutela judicial efectiva para las necesidades de las partes, dentro del proceso.

Se hace la observación en el sentido de que aún queda pendiente una mayor muestra de los nuevos efectos y aplicaciones de un “*sistema cautelar numerus apertus*” en los que se puedan otorgar cualesquiera de las medidas cautelares idóneas y necesarias según las circunstancias propias de cada caso. Nuevas medidas cautelares, que si bien es cierto han venido mostrando claros vestigios y pinceladas, aún no terminan de hacer una completa y masiva aparición dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Supuestos y escenarios prácticos que se presentarán con el devenir de los meses, una vez se haya superado esa línea de aprendizaje, preparación, formación, experiencia y facilidad práctica bajo la cual se han estado desarrollando la totalidad de las partes inmersas dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, regulado con el CPCA.

En el mismo orden de ideas, tal y como se ha manifestado desde el inicio de la presente investigación, se ha podido observar como con las nuevas regulaciones dispuestas, en materia cautelar, dentro del CPCA, se ha pasado de un sistema cautelar típico en donde prevalecía la suspensión del acto administrativo, a un sistema cautelar atípico en donde se hace énfasis en la revisión de conductas administrativas; por ende, se da la posibilidad de solicitar y ordenar un sin fin de medidas cautelares, según sean las circunstancias y requerimientos propios de cada caso en particular.

Estas circunstancias y regulación actual, al menos en el contenido normativo plantea, de manera clara y manifiesta, una tutela cautelar que va más allá de la mera suspensión en los efectos del acto administrativo. Esta hipótesis que, en el escenario práctico ya ha mostrado algunas demostraciones concretas, permiten concluir tales declaraciones de una manera positiva, claro está quedando a la espera de un mayor avance y evolución del instituto cautelar en un periodo de tiempo muy cercano.

Ahora bien, en otro orden de ideas, se deben plantear algunas observaciones relacionadas con aspectos procesales y prácticos en la aplicación del instituto cautelar dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa. Estos elementos podrían plantear que el propio CPCA se ha quedado corto y, por ende, podrían presentarse algunas deficiencias, una vez se arranque con una tutela cautelar más amplia y extensa, según los lineamientos de la nueva norma.

Concretamente, se hace referencia a la carencia de algunas regulaciones en materia de irreversibilidad de las medidas cautelares decretadas, falta de regulaciones expresas en torno a la inactividad de la administración y actuaciones materiales de hecho, por parte de la administración. Estas circunstancias deben ser analizadas en relación con los límites y potestades reales que tiene el juez ante este tipo de circunstancias. Estos aspectos sustanciales y procesales no están regulados en el código y, por ende, será la jurisprudencia la que deberá hacer el debido desarrollo e interpretaciones de tales figuras, al respetar los principios y finalidades propias del instituto cautelar.

Otro de los factores de trascendental importancia dentro del instituto cautelar está representado en la figura del juez contencioso, que tal y como se ha venido manifestando es partícipe activo del proceso contencioso administrativo. Toma especial relevancia dentro del instituto cautelar, dadas las atribuciones y facultades delegadas en esta materia con el nuevo código.

Lo anterior, se menciona con el propósito de recalcar la correcta aplicación del instituto cautelar que han venido realizando los juzgadores desde la entrada en vigencia del CPCA. Papel y potestades jurisdiccionales que han mostrado, la importancia, relevancia y poderes que puede utilizar el juez dentro del nuevo proceso, los cuales están siendo aplicados según los requerimientos y solicitudes que hasta el momento han sido planteadas dentro del nuevo proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, si bien es cierto, la labor del juzgador hasta el momento ha sido acertada y correcta, según las exigencias que se han presentado; claro está que aún queda muchísimo

material que entregar por parte de los juzgadores. Estas manifestaciones harán su aparición una vez se den mayores exigencias en materia cautelar, es decir, una vez se de mayor apertura dentro de las gestiones cautelares, que dará espacio suficiente para que el juez termine de mostrar sus facultades y potestades, sobre todo cuando se esté frente a actuaciones materiales, decisiones negativas, conductas omisivas o conductas irregulares por parte de la Administración.

Estas manifestaciones, tienen mucha relación con el papel de los administrados y los abogados litigantes dentro de la figura cautelar. Estos, deberán comprender y terminar de conocer por completo el contenido y apertura real que ha tenido la figura cautelar con la entrada en vigencia del CPCA.

Lo anterior, por cuanto al día de hoy siguen prevaleciendo las gestiones cautelares en relación con la suspensión del acto administrativo. Estas circunstancias iniciarán a cambiar en el momento en que el administrado tenga un conocimiento pleno de todas las formas y posibilidades de protección cautelar que se le han otorgado con el nuevo ordenamiento. Este es el momento en que la suspensión del acto, dará paso a otras gestiones cautelares que representen nuevos efectos, sean anticipativos o innovativos, en relación con determinada conducta administrativa, tal y como lo permite el código.

Otro de los factores en donde se han dado y podrán presentar algunos cambios considerables, tiene su lugar en la tramitación y desarrollo procesal que se ha venido dando del instituto cautelar. Esto, por cuanto se está frente a un proceso cautelar que incluye el principio de la oralidad en su procedimiento. Esto, genera una evolución y desarrollo

constante, originado a partir de la interacción que se da entre el juez y las partes del proceso, con todos los efectos que de ello se derivan.

Entiéndase, un mayor desarrollo de las destrezas de los abogados litigantes en la materia, en la cantidad, calidad y tipo de pruebas necesarias a efectos de probar los presupuestos del instituto cautelar, mayor participación del administrado dentro del proceso y agilidad en la tramitación procesal propia del instituto cautelar, elementos que han estado interactuando dentro de las gestiones orales resueltas tanto por el Tribunal Contencioso como por el Tribunal de Casación.

Tal desarrollo, en la tramitación del proceso, ha permitido, en muchas ocasiones, ajustar el instituto cautelar a los principios de celeridad y efectividad de la medida requerida, la cual ha sido atendida de la manera más idónea para el caso en concreto, sea de manera escrita u oral, dando total resguardo al principio constitucional de una tutela judicial efectiva, tal y como lo ha desarrollado la jurisprudencia en la materia y que ahora encuentra total resguardo y protección dentro del CPCA.

A modo de conclusión, se puede continuar manifestando una gran cantidad de observaciones y comentarios, en razón del desarrollo, que ha tenido el instituto cautelar, con la entrada en vigencia del código y otras tantas, en relación con el eventual desarrollo y evolución que tomará la figura cautelar en los próximos meses, una vez se concluya con ese periodo de transición entre la LRJCA y el CPCA.

Lo que sí se puede tener claro es la diferencia y avance que muestra la nueva justicia cautelar, en donde se tiene un sistema cautelar abierto e innominado, que tiene gran capacidad de evolución y flexibilidad, frente a las necesidades del administrado y la Administración misma. Estas manifestaciones de justicia cautelar, ya han hecho su aparición y continuarán forjándose según las necesidades propias de cada situación particular.

Desarrollo y evolución práctica del instituto cautelar, que garantiza y permite concluir y corroborar, que efectivamente dadas las circunstancias y regulaciones de fondo que se plantean dentro del Título III, Capítulo Único del CPCA, se está ante una verdadera justicia cautelar, que va más allá de la mera suspensión del acto administrativo. Instituto cautelar que responde a principios y derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, respeto a la dignidad humana y el derecho a una tutela judicial efectiva, entendido como el acceso a una justicia pronta y cumplida, de conformidad con los numerales 33, 41 y 49 de la Constitución Política.

CONCLUSIONES

Es indiscutible la importancia y vigencia que tiene el instituto de las medidas cautelares en Costa Rica, específicamente dentro de las ordenaciones contenidas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, que regula el nuevo proceso dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Concretamente, dentro del Título III, Capítulo Único del código de rito, se ha enmarcado la nueva regulación vigente en materia cautelar, instituto al cual le son aplicables las características de instrumentalidad, provisionalidad, urgencia y cognición sumaria; así como los presupuestos que le dan fundamento, tales como el peligro en la demora, apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses en juego.

Características y presupuestos que dan sustento a un régimen cautelar *numerus apertus*, que amplía y flexibiliza el otorgamiento de aquellas medidas cautelares adecuadas y necesarias, con el objetivo de tutelar una mayor cantidad de escenarios y circunstancias fácticas. Se aumentan los efectos de tal instituto procesal, más allá de las medidas de orden conservativo y permite el ingreso de las medidas anticipáticas e innovativas.

Es importante denotar la incorporación de nuevas figuras y aspectos procesales significativos, en materia cautelar. Estos, fueron incorporados dentro del CPCA, aportes que se originaron del completo y exquisito desarrollo jurisprudencial que venía haciendo la jurisdicción contencioso administrativa desde hace algunos años, nos referimos a la

incorporación de una tutela cautelar acorde con los principios y reconocimiento constitucionales según el principio de una tutela judicial efectiva, la incorporación de las medidas provisionálísimas, apertura del instituto a un sistema abierto de medidas cautelares, reconocimiento del análisis y ponderación de los intereses en juego al momento de analizar la figura cautelar, amplitud y flexibilización del papel del juez dentro del instituto cautelar, entre otras figuras que, desde algún tiempo atrás, venían desarrollándose dentro de la jurisprudencia contencioso administrativa; la cual en su momento, fue ratificada por la propia Sala Constitucional.

Actualmente, una vez que ha entrado en vigencia el nuevo CPCA, se ha podido analizar y observar el desarrollo y tratamiento que ha venido dando la jurisprudencia al instituto cautelar, concretamente al contenido normativo comprendido en el capítulo de medidas cautelares de los numerales 19 al 30 del código de marras. Este análisis permite realizar las siguientes observaciones:

a) Es claro y evidente que dentro de las principales novedades incorporadas dentro de la nueva regulación vigente en materia contencioso administrativa, se encuentra la modificación de la justicia cautelar. Esta, deja de estar supeditada exclusivamente al control del acto administrativo, con todas las novedades que esto representa, de conformidad con el artículo 36 del código. Lo anterior tiene absoluta relación con la apertura de pretensiones que se pueden solicitar dentro del nuevo proceso, donde es posible gestionar cuantas pretensiones sean necesarias; estas, tienen como único requisito, estar acordes con la conducta impugnada, según lo dispone el numeral 42 del código de marras. Estas circunstancias traen como consecuencia un importante margen de maniobra al juez, que

sumado al contenido y los efectos regulados en el Capítulo de Medidas Cautelares, origina como consecuencia la existencia de un sistema cautelar abierto, que permite el otorgamiento de nuevas figuras cautelares, de conformidad con el artículo 19 del CPCA.

b) Concretamente, en relación con la existencia de un instituto cautelar abierto dentro del CPCA, tal regulación ha originado la posibilidad de decretar medidas cautelares de todo tipo dentro del proceso contencioso administrativo; entiéndase medidas de orden conservativo, anticipativo e innovativo, con la posibilidad de decretar todas las medidas que tiendan a garantizar el objeto del proceso y que, por ende, aseguren la efectividad de la sentencia y los intereses de las partes involucradas dentro del mismo, de conformidad con los numerales 19 y 20 del código, que otorgan la facultad de ordenar las “*medidas cautelares adecuadas y necesarias*”, pudiendo contener “*obligaciones de hacer, de no hacer o de dar*”, para cualesquiera de las partes del proceso.

c) Lo anterior, remite a la figura del juez, dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, al cual se le otorgan gran cantidad de facultades como sujeto activo dentro del proceso y no como un simple espectador. Poderes y flexibilidades que son de gran valor y que, por ende, garantizan una correcta aplicación y utilización del instituto cautelar dentro de la jurisdicción contencioso administrativa. Se le permite al juzgador adoptar y readecuar la medida cautelar, de conformidad con las necesidades propias de las circunstancias y cuadros fácticos concretos; esta regulación, sin ninguna duda, permite un verdadero acceso a una tutela judicial efectiva.

d) Ahora bien, dentro de los aspectos prácticos de gran trascendencia, a la luz de la jurisprudencia en la materia, si bien es cierto el CPCA establece la necesidad de constatar la existencia de los tres presupuestos en materia cautelar, de debe plantear la importancia que tiene el análisis del peligro en la demora, a la hora de gestionar una medida cautelar. Se hace totalmente necesario, que la parte gestionante acredite, de manera idónea o por lo menos aporte elementos de convicción y razonabilidad suficientes, a la hora de probar la gravedad actual o potencial de los daños ocasionados, ya no de imposible o de difícil reparación como lo establecía la LRJCA.

Dichas consideraciones toman real trascendencia, ya que en la práctica actual la jurisprudencia ha establecido la verdadera necesidad de aportar los elementos probatorios necesarios, que acrediten, de manera fehaciente o indiciaria, el peligro en la demora, es decir no basta el solo dicho de la parte.

e) En relación con la ponderación de los intereses en juego dentro del proceso, es importante concluir, que tal supuesto representa una de las innovaciones planteadas dentro del nuevo instituto cautelar, de conformidad con lo regulado expresamente en el numeral 22 del CPCA. Esta ponderación de intereses, no significa la prevalencia del interés público, pero, sin embargo, representa la necesidad de valorar y ponderar el interés público (incluidos aspectos financieros), frente al interés del administrado y de terceros. Dicho interés particular, se puede limitar, únicamente en aquellos supuestos en donde el perjuicio y daño ocasionado al interés público, de la colectividad o de algún tercero, sea proporcional y específicamente mayor al sufrido por el sujeto activo que solicita la medida cautelar.

f) Seguidamente, en lo que corresponde a la prevalencia de la medida cautelar tradicional, entiéndase en las gestiones de suspensión en los efectos de actos administrativos. Es una realidad, la vigencia y predominancia que tiene esta medida cautelar dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa. Lo anterior, por cuanto es evidente que de la totalidad de gestiones cautelares, un gran porcentaje se están resolviendo en relación con solicitudes de suspensión de actos administrativos, tal y como se venía solventando con la anterior LRJCA.

Sobre el tema, es importante resaltar que si bien es cierto el nuevo código regula dicha suspensión del acto, también permite el otorgamiento de cualquier otro tipo de medidas cautelares, para aquellos casos en donde la suspensión del acto no sea la medida idónea para conservar el estado de las cosas dentro del proceso. Estas circunstancias actualmente se ponen de manifiesto, en determinados casos concretos en donde aparte de ordenar una suspensión de un acto administrativo, se giran medidas de contracautela y órdenes de hacer o no hacer para la partes del proceso.

g) En relación con el punto anterior, es importante completar tales afirmaciones, al manifestar que, si bien es cierto se siguen gestionando un gran porcentaje de medidas cautelares en materia de suspensión de actos, en la práctica judicial la aplicación del nuevo proceso contencioso administrativo y para nuestros efectos de las normas cautelares, es muy reciente. Esta es la razón por la cual se considera que se está ante una etapa de acomodo y adaptación, de la cual participan todos los sujetos inmersos en el proceso; entiéndase: la Administración, administrados, jueces, funcionarios judiciales y abogados

litigantes. Estas circunstancias hacen sumamente normal y razonable, el comportamiento que se está presentando en la actualidad dentro del instituto cautelar.

h) Ahora bien, en relación con las manifestaciones concretas y efectos de un nuevo instituto cautelar dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, es importante concluir que en la actualidad sí se están presentando expresiones claras de los nuevos alcances que tiene el juez en materia cautelar (medidas de contracautela ajustadas al caso en concreto, medidas en donde otorgan efectos innovativos o anticipados de la posible sentencia estimatoria, órdenes de hacer específicas para la Administración, órdenes de abstención de actuaciones materiales a la Administración, órdenes de no hacer para administrados, entre otras); expresiones que conforme pasen los meses y los casos prácticos de conocimiento, en materia cautelar, van a ir incrementándose y sobre todo exteriorizándose en diversas materias y campos de aplicación, tal y como lo permite la nueva regulación cautelar.

i) Posteriormente, a efectos meramente prácticos, se considera importante dejar constancia de la dificultad en el acceso a la información que actualmente existe dentro de la nueva jurisdicción contencioso administrativa. Si bien es cierto, parte de las novedades que ha logrado incorporar el CPCA, resulta ser la aplicación del principio de la oralidad en la tramitación de los procesos contenciosos administrativos. Este principio, sin ninguna duda, trae numerosos beneficios en la aplicación de justicia tales como la celeridad, economía procesal y confianza en el sistema democrático de justicia. En la realidad práctica se están presentando serias dificultades en el manejo y acceso de la información, principios y servicios que resultan básicos y fundamentales en el acceso al sistema de justicia democrático, que es base fundamental de un estado de derecho como el nuestro.

Estas manifestaciones se realizan con el único objetivo, de hacer ver la necesidad e importancia de lograr aplicar un sistema práctico en el manejo de la información, que le permita al administrado obtener y acceder a la información necesaria al momento de utilizar el sistema de justicia, máxime cuando se está en el inicio de un proceso completamente oral que, como tal, representa la desaplicación de la escritura y que, por ende, debe contener un respaldo digital seguro, ordenado, ágil y, sobre todo, a entera disposición del administrado en el momento que lo requiera.

Ahora bien, respecto de la demostración de una regulación efectiva del nuevo CPCA, en relación con el contenido de las medidas cautelares y, por ende, la existencia de un instituto cautelar más allá de la mera suspensión del acto administrativo.

En este sentido, con la entrada en vigencia del nuevo CPCA se da una apertura en el objeto y las pretensiones posibles, dentro del proceso contencioso administrativo (numerales 1 y 42 del código). Estos cambios resultan acordes en relación con importantes derechos fundamentales, protegidos dentro de la Constitución Política, tales como el respeto a la dignidad humana, igualdad y acceso a una justicia pronta y cumplida. Estos derechos, de cierta manera quedaban desprotegidos con la anterior LRJCA, al estar sujeto el objeto del proceso a la revisión del acto administrativo y no de conductas administrativas como en el presente código.

Se puede concluir que es de suma importancia el avance que se presenta con la nueva legislación vigente, en el tanto se logró incorporar una verdadera reforma al sistema

cautelar, cambio que resulta moderno y acorde con las exigencias actuales del administrado, la Administración y la jurisdicción contencioso administrativa.

Con la instauración de un sistema cautelar innominado, dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha establecido una tutela cautelar no sólo de efectos conservativos, sino también se ha dado entrada a medidas de orden anticipativo e innovativo con los amplios poderes que ello representa. Lo anterior permite, garantizar, de una manera real y efectiva, el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia y la protección de los intereses subjetivos del administrado dentro del mismo.

Es importante resaltar, que, con la instauración de un sistema cautelar abierto dentro del nuevo proceso contencioso administrativo, se han otorgado amplios poderes cautelares al juez, se ha plasmado un reconocimiento y protección plena al derecho fundamental a una tutela cautelar. Esto, permite otorgar al administrado una verdadera tutela judicial efectiva (entiendáse acceso a una justicia pronta y cumplida), todo lo anterior en estricto cumplimiento de los numerales 33, 41, 49 y 153 de nuestra Constitución Política.

Con la entrada en vigencia del nuevo CPCA, se ha cumplido con el llamado de respuesta a un importante número de necesidades que, desde algún tiempo atrás, la misma jurisprudencia venía manifestando dentro de la labor jurisdiccional cotidiana. Los cambios y ajustes, en materia cautelar, han sido manifiestos y acertados, en el tanto se cumplió con el mandato constitucional de otorgar una tutela judicial efectiva al administrado; derecho fundamental del cual es parte la tutela cautelar y que ha sido ampliamente tratado y reconocido por la jurisprudencia constitucional.

Igualmente, con la presente regulación, en materia cautelar, se brinda una verdadera protección a los intereses de las partes se garantiza el objeto del proceso y una posible sentencia estimatoria, en el tanto, se otorga la posibilidad de seguir con la medida cautelar típica de suspensión en los efectos del acto administrativo, que permite evitar aquellos daños graves, sean actuales o potenciales, con la sola suspensión del acto durante la tramitación del proceso; y para aquellas circunstancias en donde no exista un acto manifiesto o no baste con la mera suspensión del mismo, se le otorgan al juez amplios poderes cautelares que le permiten decretar obligaciones de hacer, de no hacer o de dar a la Administración o cualesquiera de las partes del proceso, lo cual garantiza una tutela judicial efectiva.

Finalmente, una vez plasmadas tales consideraciones, se puede concluir que efectivamente dentro del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, se plantea una regulación efectiva en el contenido de las medidas cautelares y por ende se está ante una verdadera justicia cautelar que va más allá de la mera suspensión del acto administrativo.

Si bien es cierto, tal y como se ha venido manifestando en el transcurso de la presente investigación, actualmente se está dando una etapa de acomodo y adaptación al nuevo proceso contencioso administrativo. Tales circunstancias tienen como resultado una verdadera prevalencia de la medida cautelar típica entendida como la suspensión en los efectos del acto administrativo. Sin embargo, paralelamente se están presentando manifestaciones y expresiones claras y concretas que van encaminadas a los contenidos y efectos de una nueva tutela cautelar, tal y como lo permite y regula el CPCA.

Ahora bien, es muy importante ser claros que en la práctica el administrado está acostumbrado y familiarizado con una tutela cautelar de suspensión de actos administrativos, práctica que ha continuado desarrollando en estos meses de aplicación del CPCA. Pero, a su vez el administrado ha estado aprendiendo, formándose y conociendo de los nuevos alcances y posibilidades que permite el código en materia cautelar. Estas, se pondrán en aplicación y completo uso, una vez sean del conocimiento general de los litigantes, es decir, una vez se cumpla este período de adaptación y evolución de un sistema cautelar típico a un nuevo modelo abierto e innominado.

En conclusión, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo tal y como lo ha estado manifestando una buena parte de la doctrina en la materia, contiene un amplio y exquisito desarrollo del instituto cautelar. Éste, va más allá de la mera suspensión en los efectos del acto administrativo; más sin embargo, dichas manifestaciones doctrinarias aún no se están reflejando por completo en la realidad práctica, para la que se tendrá que cumplir con un necesario periodo de transición entre los diversos partícipes del proceso dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Bacigalupo Mariano (1999). La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso – Administrativo. 1 ed. Madrid España : Marcial Pons.

García de Enterría Eduardo (2000). Democracia, Jueces y Control de la Administración. 5 ed. Madrid España : Civitas Ediciones S.L.

García de Enterría E. y Ramón Fernández T. (2001). Curso de Derecho Administrativo I. 10 ed. Madrid España : Civitas Ediciones S.L.

García Pullés Fernando (2006). Medidas Cautelares Autónomas en el Contencioso Administrativo. 1 ed. Buenos Aires Argentina : Hammurabi.

González Camacho Oscar (2002). La Justicia Administrativa Tomo III. 1 ed. San José Costa Rica : Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Jinesta Lobo Ernesto (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 1 ed. San José Costa Rica : Editorial Guayacán.

Jinesta Lobo Ernesto (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo. 1 ed. San José Costa Rica : Colegio de Abogados de Costa Rica.

Jinesta Lobo Ernesto (2002). Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. 1 ed. San José Costa Rica : Biblioteca Jurídica Diké.

Jinesta Lobo Ernesto (2007). Tratado de Derecho Administrativo Tomo III. 1 ed. San José Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

Jové María Ángeles (1995). Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. 1 ed. Madrid España : José Ma. Bosch Editor S.A.

Martínez Botos Raúl (1996). Medidas Cautelares. 3 ed. Buenos Aires Argentina : Editorial Universidad.

Medidas Cautelares. (2002). 1 ed. Buenos Aires Argentina : Rubinzal Culzoni Editores.

Ortiz Ortiz Eduardo (1990). Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios). 1 ed. San José Costa Rica : Litografía e Imprenta LIL S.A.

Ortiz Ortiz Eduardo (1994). Tesis de Derecho Administrativo. Volumen II, 1 ed. San José, Costa Rica : Litografía e Imprenta LIL S.A.

Poder Judicial. (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. San José Costa Rica : Poder Judicial Dto. Artes Gráficas.

Revistas

Jinesta Lobo Ernesto. “La Oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo”. Ivstitia. Número 155-156 Año 13 : 23 – 31.

Jiménez M. Manrique. “Reformas a la Justicia Contenciosa Administrativa”. Ivstitia. Número 118-119 Año 10 : 46 – 53.

Mora Espinoza Álvaro. (2002). “Tratamiento de las Medidas Cautelares en el proyecto de Código Procesal Administrativo de Costa Rica”. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Volumen 2 : 57-72. Primer Semestre.

Normativa Nacional

Costa Rica (2008). Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado. Editorial Juritexto S.A.

Costa Rica (2007). Código Procesal Contencioso Administrativo. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2007). Código Procesal Contencioso Administrativo. Procuraduría General de la República.

Costa Rica (2007). Código Civil. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2005). Código Procesal Civil. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2005). Ley General de la Administración Pública. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2005). Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Jurisprudencia

Sala Constitucional

Resolución No. 1993-3463 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del veinte de julio de mil novecientos noventa y tres.

Resolución No. 1994-5087 de las quince horas con veinticuatro minutos del siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Resolución No. 1994-5527 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Resolución No. 1995-3929 de las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución No. 1998-8858 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución No. 2000-4530 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo de dos mil.

Resolución No. 2003-2459 de las diez horas con trece minutos del veintiuno de marzo de dos mil tres.

Resolución No. 2005-6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Resolución No. 2008-17306 de las catorce horas con diecinueve minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.

Tribunal Contencioso Administrativo

Sección Primera

Resolución No. 1995-292 de las quince horas cincuenta minutos del primero de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución No. 1995-402 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Resolución No. 1998-309 de las nueve horas con cincuenta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución No. 1999-129 de las quince horas con veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Resolución No. 1999-473 de las quince horas con diez minutos del veinticinco de noviembre de dos mil novecientos noventa y nueve.

Resolución No. 2005-65 de las diez horas con treinta y cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil cinco.

Sección Segunda

Resolución No. 1998-101 de las once horas del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución No. 1998-354 de las diez horas con quince minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución No. 1998-367 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resolución No. 1999-205 de las quince horas con veinte minutos del dieciséis de junio mil novecientos noventa y nueve.

Resolución No. 2003-275 de las once horas con treinta minutos del veintitrés de mayo de dos mil tres.

Tribunal Procesal Contencioso Administrativo

Resolución No. 2008-08 de las nueve horas del catorce enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-09 de las trece horas del veintitrés de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-15 de las nueve horas del veinticinco de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-18 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintinueve de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-25 de las ocho horas del cuatro de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-36 de las diez horas del siete de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-37 de las nueve horas del siete de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-38 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del ocho de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-54 de las nueve horas del catorce de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-62 de las dieciséis horas del veinticinco de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-70 de las once horas con treinta minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-75 de las doce horas del veintidós de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-101 de las nueve horas del veintiocho de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-106 de las diez horas del tres de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-109 de las doce horas con treinta y cinco minutos del cuatro de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-116 de las ocho horas del seis de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-123 de las ocho horas del siete de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-147 de las trece horas con treinta minutos del doce de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-161 de las ocho horas del veinticuatro de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-175 de las nueve horas del veintisiete de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-189 de las siete horas con treinta minutos del siete de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-200 de las quince horas del nueve de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-207 de las quince horas del diez de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-208 de las nueve horas del once de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-266 de las nueve horas del dos de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-267 de las once horas del dos de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-273 de las trece horas del seis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-279 de las once horas con cincuenta y cinco minutos del veinte de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-286 de las doce horas con treinta minutos del nueve de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-288 de las once horas del doce de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-296 de las dieciséis horas con treinta minutos del trece de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-308 de las diez horas con cinco minutos del dieciséis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-311 de las quince horas con veinte minutos del dieciséis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-312 de las dieciséis horas del dieciséis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-315 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-327 de las trece horas del veintiséis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-333 de las dieciséis horas del veintitrés de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-334 de las dieciséis horas treinta minutos del veintiséis de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-341 de las catorce horas del veintiocho de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-346 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de mayo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-354 de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del dos de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-377 de las quince horas del nueve de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-380 de las dieciséis horas del nueve de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-397 de las ocho horas tres minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-403 de las quince horas del dieciocho de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-416 de las dieciséis horas del veintitrés de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-417 de las catorce horas del veintitrés de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-419 de las ocho horas del veinticinco de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-424 de las catorce horas del veintisiete de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-450 de las trece horas del dieciséis de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-451 de las catorce horas del dieciséis de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-452 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-453 de las once horas con cincuenta minutos del dieciséis de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-454 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-456 de las quince horas con diez minutos del diecisiete de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-461 de las ocho horas tres minutos del veintinueve de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-462 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-463 de las dieciséis horas con treinta minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-466 de las nueve horas diez minutos del veintiuno de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-470 de las diecisiete horas del veintiuno de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-471 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintidós de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-472 de las diez horas con treinta y cinco minutos del veintidós de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-473 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veintidós de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-507 de las quince horas con veinte minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-510 de las ocho horas con cincuenta y ocho minutos del seis de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-517 de las quince horas del once de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-519 de las ocho horas con tres minutos del once de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-527 de las once horas del catorce de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-538 de las diecisiete horas con cincuenta y ocho minutos del catorce de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-544 de las once horas con tres minutos del diecinueve de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-561 de las ocho horas con cincuenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-585 de las dieciséis horas veinte minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-587 de las once horas con cincuenta minutos del primero de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-590 de las catorce horas del dos de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-646 de las once horas con tres minutos del cuatro de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-662 de las nueve horas diez minutos del nueve de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-692 de las diecisiete horas con treinta minutos del dieciséis de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-700 de las dieciséis horas con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-715 de las once horas con tres minutos del veintitrés de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-865 del diecisiete de octubre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-946 de las diez horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-949 de las once horas con trece minutos del cuatro de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-951 de las catorce horas del tres de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-957 de las quince horas con treinta minutos del cinco de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-1041 de las quince horas con treinta minutos del seis de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-1123 de las catorce horas con diez minutos del diecisiete de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-1260 de las nueve horas del quince de diciembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2009-22 de las catorce horas del doce de febrero de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-30 de las nueve horas del doce de enero de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-333 de las dieciséis horas con treinta minutos del dos de marzo de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-608 de las dieciséis horas del treinta y uno de marzo de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-717 de las once horas dieciséis minutos del veinte de abril de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-737 de las once horas del veintidós de abril de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-744 de las dieciséis horas con nueve minutos del veinticuatro de abril de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-827 de las once horas del cinco de mayo de dos mil nueve.

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo

Resolución No. 2008-2-F de las ocho horas cincuenta minutos del treinta de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-3-F de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-4-F del treinta y uno de enero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-5-F de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-7-A de las catorce horas con cinco minutos del catorce de febrero de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-14-F del cinco de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-15-F de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-18-F del veintiocho de marzo de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-22-F del dieciséis de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-26-F de las once horas con veinte minutos del veintitrés de abril de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-43-F de las once horas con cuarenta y tres minutos del seis de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-58-F del dieciocho de junio de de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-59-F del dieciocho de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-62-A de las nueve horas con treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-70-F del veintitrés de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-71-F del veinticuatro de julio de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-72-F del treinta de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-86-F de las diez horas con diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-104-A de las ocho horas con cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-105-F de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del tres de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-108-F del diez de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-109-F de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del diecisiete de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-113-F de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-119-F de las once horas con veintiséis minutos del primero de octubre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-116-F del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-124-F de las nueve horas del tres de octubre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-133-F de las nueve horas del dieciséis de octubre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-145-F de las once horas con cuarenta minutos del veintinueve de octubre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-157-F de las ocho horas cincuenta minutos del siete de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-158-F de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del doce de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-170-F de las nueve horas con diez minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-171-F de las catorce horas con cincuenta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-176-F de las nueve horas con treinta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-181-F de las nueve horas con dieciocho minutos del veintisiete de noviembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-184-F de las once horas con veinticinco minutos del tres de diciembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2008-199-F de las nueve horas con cinco minutos del dieciocho de diciembre de dos mil ocho.

Resolución No. 2009-5-F de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-9-F de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de enero de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-11-F de las quince horas con diez minutos del veintiocho de enero de dos mil nueve.

Resolución No. 2009-24-F de las dieciséis horas con diez minutos del dieciocho de febrero de dos mil ocho.