

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

NUEVAS TENDENCIAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS (1995-2005)

TESIS DE GRADUACIÓN PARA OPTAR
POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

KATTIA MILENA MURILLO MURILLO

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

NOVIEMBRE 2007

DEDICATORIA

Esta Tesis es el producto de todo un proceso de aprendizaje alcanzado con esfuerzo y sacrificio; es por esa razón que quiero dedicar la misma:

A Dios, por ser mi inspirador y el poeta que quiere escribir historias inmemorables en el libro de mi vida.

A mis padres, que no sólo me han dado la vida, sino también han hecho todo lo posible por darme la oportunidad de estudiar y que siempre han estado allí para darme fuerzas y apoyo.

A mi familia, que siempre de una u otra forma me ha brindado su apoyo y ayuda.

Gracias por esa entrega incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores.

A mi directora Ana Cristina Víquez Cerdas.

A mis lectores Hubert Fernández Arguello y Álvaro Mora Espinoza.

Este proyecto no hubiera sido posible sin el conocimiento y experiencia transmitida por ellos, mi más sincero y profundo agradecimiento, gracias por ser modelos de excelencia a seguir, así como por todo su tiempo, respeto y dedicación brindados.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
ÍNDICE.....	iii
ABREVIATURAS.....	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
TÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELRES EN EL ÁMBITO JURÍDICO.....	9
CAPÍTULO PRIMERO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL.....	10
Sección A: Concepto.....	10
a. Tipos de medidas cautelares.....	12
a.1. Medidas cautelares típicas.....	12
a.2. Medidas cautelares atípicas.....	13
b. Los diferentes sistemas de medidas cautelares existentes.....	14
b.1. Sistema de medidas cautelares típicas.....	14
b.2. Sistema de medidas cautelares atípicas.....	15
b.3. Sistema mixto.....	16
Sección B: La protección cautelar y su relación con la tutela judicial efectiva.....	17
Sección C: Características.....	23
a. Instrumentalidad.....	23
b. Provisionalidad.....	29
c. Urgencia.....	30
d. Cognición sumaria superficial (Sumaria Cognitio).....	32
e. Función.....	33
Sección D: Presupuestos.....	35
a. Situación tutelable.....	35
b. Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).....	38
c. Peligro en la demora (periculum in mora).....	41
d. Compatibilidad con el Interés Público.....	43
e. Caución.....	45

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.....	52
Sección A: España.....	52
Sección B: Italia.....	59
 CAPÍTULO TERCERO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COSTARRICENSE.....	 66
Sección Única: Ámbito Legal.....	66
a. Medidas Cautelares típicas.....	66
a.1. El incidente de suspensión del acto administrativo.....	66
a.1.1. La suspensión como excepción a la regla.....	68
a.1.2. Efectos y alcances de la resolución que otorga la suspensión.....	70
a.1.3. Recursos contra los autos que acuerdan o denieguen la suspensión.....	72
a.1.4. Cauciones.....	80
a.2. Embargo preventivo.....	85
a.3. Anotación de la demanda en los Registros Públicos.....	90
b. Medidas cautelares atípicas.....	93
b.1. Regulación del artículo 242 del Código Procesal Civil.....	96
 TÍTULO II: LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.....	 101
 CAPÍTULO ÚNICO: LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO MEDIDA IMPERANTE EN LA JURISPRUDENCIA.....	 102
Sección A: Aspectos procesales.....	102
a. Solicitud por vía incidental.....	102
b. Solicitud prima facie.....	105

c. Medidas cautelares ante causam.....	110
d. Principales errores en la solicitud de las medidas cautelares.....	113
e. Reiteración del incidente.....	121
f. Levantamiento de la medida cautelar.....	125
g. Dificultades en la ejecución de la resolución que concede la cautelar.....	129
h. La prueba.....	133
Sección B: Aspectos de fondo.....	135
a. Según el tipo de acto.....	136
a.1. Actos negativos.....	136
a.2. Actos ya ejecutados o por ejecutarse.....	140
a.3. Actos nulos de pleno derecho.....	143
a.4. De carácter general.....	146
b. Magnitud del daño.....	149
c. Según los intereses que se tutelen.....	156
c.1. Interés público.....	157
c.2. Interés privado.....	165
d. Según la materia.....	172
d.1. Consumidor.....	172
d.2. Contratación administrativa.....	178
d.3. Inactividad administrativa.....	182
d.4. Medio ambiente.....	186
d.5. Planificación urbana.....	195
d.6. Profesionales liberales.....	199
d.7. Sanciones en función pública.....	213
d.8. Suspensión de decisiones judiciales.....	220
d.9. Tributaria.....	228
d.10. Vías de hecho.....	230
Sección C: Breve referencia al Código Procesal Contencioso Administrativo.....	238
CONCLUSIONES.....	258
BIBLIOGRAFÍA.....	266

ABREVIATURAS

Constitución Política.....	CP
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
Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española...	LRJCAE

FICHA BIBLIOGRÁFICA:

Murillo Murillo Kattia Milena (2007). Nuevas Tendencias de las Medidas

Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Análisis de la Jurisprudencia Judicial en los últimos diez años (1995-2005). Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

DIRECTORA: Máster Ana Cristina Víquez Cerdas.

LISTA DE PALABRAS CLAVES: apariencia de buen derecho, peligro en la demora, instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, cognición sumaria superficial, compatibilidad con el interés público, acto administrativo, incidente de suspensión del acto administrativo, medidas cautelares típicas, medidas cautelares atípicas, interés público o colectivo, interés privado, interés de terceros, efectividad de la sentencia, daños de difícil o imposible reparación, tutela judicial efectiva, tutela cautelar.

RESUMEN DEL TRABAJO:

La actual estructura del proceso contencioso administrativo (escrito y formalista), aunado a la gran cantidad de juicios que llegan a estrados judiciales, y otras circunstancias como la lentitud propia del sistema judicial costarricense, hacen que transcurran muchos años entre el inicio y la finalización de los litigios, con el peligro de que cuando se dicte sentencia firme, las condiciones fácticas hayan variado, lo que no permita su ejecución.

Lo anterior ha llevado a la creación de un procedimiento cautelar dependiente del principal, que tiene como objetivo prevenir daños de difícil o imposible reparación en la esfera de las partes, que hagan imposible efectividad de los fallos judiciales.

Las características intrínsecas más relevantes de las medidas cautelares son: a).- instrumentalidad con la sentencia definitiva, b).- provisionalidad; c).-urgencia para evitar el peligro en la mora, y d).- adoptadas mediante una cognición sumaria superficial efectuada por el órgano jurisdiccional sin entrar a prejuzgar sobre el mérito del asunto, e).- función.

Asimismo, tienen como presupuestos: a.) situación tutelable, b).- apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), c).- peligro en la demora (*periculum in mora*), d).- compatibilidad con el interés público, e).- caución.

Existen varias modalidades de medidas cautelares, pueden ser típicas o atípicas, las cuales pueden tener efectos conservativos, anticipativos o innovativos.

Además hay diversos sistemas cautelares, los cuales pueden ser típicos, atípicos o mixtos.

En nuestro país, la medida cautelar de mayor relevancia, aplicación y arraigo, es la suspensión del acto administrativo, principalmente porque es la única que

regula expresamente la ley, unido al hecho de que el acto administrativo por muchos años ha sido el centro del proceso contencioso administrativo, lo que ha propiciado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal enfocado hacia tal medida.

Dicha medida, constituye una excepción al principio de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo. Claro está que la misma se permite siempre y cuando se demuestre que con la ejecución del acto impugnado se puedan ocasionar daños de imposible o difícil reparación, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En nuestro país el sistema de medidas cautelares es mixto, consecuentemente, la existencia de la anterior norma, no impide la posibilidad de aplicar otras medidas innominadas, como la establecida en el artículo 242 del Código Procesal Civil, (norma aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo según artículo 103 LRJCA), que instituye la tutela cautelar atípica, que al igual que la típica, tiene como fin garantizar la efectividad de la sentencia.

El artículo 242 del CPC, es reflejo del giro que ha venido experimentado la tutela cautelar, mediante la incorporación de medidas atípicas, que pretenden ampliar y flexibilizar el sistema cautelar, para abarcar un mayor número de presupuestos

fácticos y cumplir así con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en observancia de los mandatos Constitucionales.

Es importante señalar, que en Costa Rica, sí hay un derecho fundamental a la tutela cautelar, ya sea mediante medidas típicas o atípicas, el mismo se desprende de la tutela judicial efectiva (art. 33, 41, 49, 153 de la CP).

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se establece en el artículo 49 de la Constitución Política, en aras de proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. La finalidad es dar a los habitantes un libre acceso a la vía jurisdiccional y así, tener la oportunidad de un amplio debate, y pronta resolución de sus conflictos con la Administración Pública, todo dentro del marco del Estado de Derecho. El control judicial de la legalidad de la función de la Administración es una garantía contra las arbitrariedades del poder público.

Desde hace años el índice de asuntos que llegan a los estrados judiciales ha aumentado, por lo que le es imposible al Poder Judicial tramitar los procesos en lapsos cortos, consecuentemente la duración de un juicio puede tardar años, lo que hace factible el que se ocasionen daños y perjuicios a las partes. En atención al cumplimiento y derecho a una administración de justicia pronta y cumplida, como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, el legislador ha optado por la creación en sede judicial de ciertas medidas de carácter provisional e instrumental, que reduzcan o eliminen ese peligro de lesión a la parte, mientras se resuelve su caso.

En razón de lo anterior, la doctrina ha indicado que las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos posteriores de la sentencia, mediante la anticipación dentro del proceso declarativo de algunos de sus efectos. En otras

palabras, son mecanismos procesales, tendentes a garantizar la posibilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial, que se pronuncie definitivamente sobre el objeto procesal y tiene como intrínseca finalidad, evitar que concrete una posible trasgresión al derecho a la tutela judicial efectiva, anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva.

En el aspecto legal, el Código Procesal Civil regula en el artículo 242 las medidas cautelares atípicas que dependen del razonamiento que haga el juez, éste decide que contenido le da, y qué alcance cree conveniente, y las típicas establecidas en ese mismo cuerpo normativo, en los numerales 272: el embargo preventivo y 282: la anotación de la demanda. Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 91 contempla el incidente de suspensión del acto administrativo como la única medida cautelar típica, (aunque por remisión se puede acudir a las del Código Procesal Civil según el art. 103 de la LRJCA), que exige como requisito para su aplicación, que sea probable que se cause un daño de difícil o imposible reparación.

A partir de enero del 2008, se deroga la LRJCA con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, (ley número 8508), en su Título III, Capítulo Único, regula las medidas cautelares de forma unificada, las codifica de manera general, se introduce una norma *numerus apertus* -artículo 19-

(que no se rija por los principios de subsidiaridad, congruencia, dispositivo, como lo es el 242 del CPC, ni por la medida típica de la suspensión del acto), se amplía y flexibiliza la tutela cautelar, con el afán de que se pueda tutelar, una mayor diversidad de cuadros fácticos.

La investigación que se propone, tiene como objetivo analizar la jurisprudencia de las tres Secciones del Tribunal Contencioso Administrativo de nuestro país en los últimos diez años (1995-2005), para lograr dilucidar cómo se ha aplicado el instituto en casos concretos, qué problemas se han suscitado, y cuál ha sido la línea jurisprudencial predominantemente.

La hipótesis planteada para el desarrollo de la presente investigación consiste en demostrar los siguientes aspectos, ya sea de manera positiva o negativa:

Evidenciar si las medidas cautelares y en especial la suspensión de los efectos del acto administrativo, tienen una incidencia positiva para el administrado, y en consecuencia, si han cumplido el fin para el cual fueron creadas, reduciendo o evitando en forma efectiva y oportuna, daños de difícil o imposible reparación en la esfera patrimonial o moral de las personas que acuden o son llamadas a la vía judicial, mientras se resuelve su caso en el proceso principal o si por el contrario han sido desatendidas, contraviniendo derechos fundamentales como el de igualdad, respeto a la dignidad humana y el derecho a una administración de

justicia pronta y cumplida de la tutela jurisdiccional, como lo exigen los artículos 33, 41, 43, 49, 153 de nuestra Carta Magna.

Además, se establecen los siguientes objetivos generales y específicos:

- Objetivo General:

Analizar la figura de las Medidas Cautelares en la jurisprudencia emitida en los últimos diez años (1995-2005), por las tres Secciones del Tribunal Contencioso Administrativo de nuestro país, estudiando la forma en que han estructurado el tema, presupuestos, funcionalidad de la figura y problemas que se enfrenta en su aplicación a casos concretos, con el propósito de determinar cuál ha sido la línea jurisprudencial predominantemente, y si constituye un mecanismo procesal de protección adecuado a los intereses y necesidades de los Administrados. La determinación de lo anterior, servirá para compararlo con el sistema cautelar que se regula en el nuevo CPCA.

- Objetivos Específicos:

1) Investigar la figura de las medidas cautelares, partiendo del principio Chiovendiano: la necesidad de recurrir al proceso para obtener la razón, no debe perjudicar a quien la tiene; y demarcar los aspectos a considerar sobre el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva y la lentitud en el desarrollo del proceso cognitivo, como fundamento para el estudio de las medidas cautelares.

2) Analizar el instituto de la tutela cautelar, que incluye su origen histórico, presupuestos, elementos, particularidades que lo conforman, su función, ventajas y sus problemas.

3) Examinar las normas de derecho comparado en esta materia, específicamente el caso de España e Italia, que incluye la regulación existente, la aplicabilidad e incidencia en la realidad de la vida jurídica española e italiana.

4) Explicar la situación en Costa Rica sobre las medidas cautelares, en cuanto a su tratamiento a nivel jurisprudencial en el último decenio, para determinar si con la regulación existente del tema, se cumple la función para la cual fueron creadas por el legislador, así como verificar cuáles son los parámetros de aplicación según las circunstancias específicas y los principales problemas que ha enfrentado el juzgador.

5) Evidenciar cuál ha sido la aplicación cuantitativa y la efectividad, tanto de las medidas atípicas como del incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo, si han tenido un resultado positivo o negativo para el administrado, en su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, si han cumplido el fin

para el cual fueron creadas, es decir, si con ellas, se han evitado daños de difícil o imposible reparación para las partes del proceso contencioso administrativo, o si por el contrario han sido desatendidas y quedado solo en el papel, así como analizar cuánto se han aplicado otras medidas cautelares

6) Dilucidar qué papel juega el interés público para la procedencia o no de una determinada medida cautelar.

7) Determinar si hay desfases o lagunas en la legislación para su puesta en práctica, analizar si es suficiente y adecuada, o por si el contrario urge una reforma, y si es recomendable adecuar la legislación costarricense, para dotarlo de normas expresas que regulen de manera amplia y extensa las medidas cautelares para responder así a sus necesidades.

8) Analizar el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, tendiente a solventar las lagunas legales y las posibles inconsistencias jurídico-normativas de la legislación actual, en materia de medidas cautelares.

Para llevar a cabo el desarrollo de la presente investigación, como metodología, se pretende utilizar alternativas de recolección bibliográfica. El objetivo principal será reunir y sistematizar la doctrina jurídica que se encuentre sobre el tema, ya sea ésta, nacional o internacional, libros y artículos de revistas especializadas, así

como una revisión exhaustiva de la jurisprudencia de las tres secciones del Tribunal Contencioso Administrativo, durante los últimos diez años, para determinar los lineamientos imperantes y problemas suscitados en la aplicación de la figura de las Medidas Cautelares.

Además, se hará un estudio comparado con el caso de España e Italia, sus regulaciones en este tema y la jurisprudencia. Igualmente se estudiará el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, que entrara a regir en enero del 2008.

La organización del material bibliográfico e impreso será a través de la elaboración de fichas bibliográficas, fichas resumen y fichas comentario para la síntesis del tema.

Para desarrollar el tema, se ha estructurado la investigación en tres títulos. En el primero se examinan las generalidades sobre las medidas cautelares en el ámbito jurídico, el mismo se encuentra a su vez organizado en tres capítulos; el primero expone las medidas cautelares en general y desarrolla el concepto, la protección cautelar y su relación con la tutela judicial efectiva, tipos, sistemas, así como características estructurales de la tutela cautelar y sus presupuestos. En el segundo capítulo se anotan los aspectos principales de la tutela cautelar y su aplicación en el derecho comparado. En el tercer capítulo por su parte, se analizan

las medidas cautelares en el derecho costarricense, se estudia el ámbito legal de las medidas cautelares típicas (incidente de suspensión del acto administrativo, embargo preventivo, anotación de la demanda en el registro público) y atípicas (art. 242 del CPC).

El título segundo de la investigación está dedicado al estudio de la aplicación en el ámbito nacional de la tutela cautelar en la jurisprudencia contenciosa administrativa. Comprende un único capítulo, donde se investiga la procedencia o improcedencia del incidente de suspensión del acto administrativo como medida imperante en la jurisprudencia, se explican y analizan aspectos procesales (solicitud por vía incidental, solicitud prima facie, medidas cautelares ante causam, principales errores en la solicitud de las medidas cautelares, reiteración sobre una misma situación fáctica, levantamiento de la medida cautelar, dificultades en la ejecución de la resolución que concede la cautelar, la prueba) y aspectos de fondo (según el tipo de acto, magnitud del daño, interés que se tutelen, la materia), por último se hace una breve referencia al nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

TÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
ÁMBITO JURÍDICO.

CAPÍTULO PRIMERO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL.

Sección A: Concepto.

Las medidas cautelares¹ son “(...) *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 concesión son: el periculum in mora y el fumus boni iuris.*”²

La doctrina ha indicado que las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos posteriores de la sentencia, mediante la anticipación dentro del proceso declarativo de algunos de sus efectos. En otras palabras, son mecanismos procesales, tendientes a garantizar la posibilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial, que se pronuncie definitivamente sobre el objeto procesal y tiene como intrínseca finalidad, evitar que concrete una posible trasgresión al derecho, a la tutela judicial

¹ Entre otras definiciones podemos recopilar las siguientes: Ortiz Ortiz, define la medidas cautelares 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*”. Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 268. González Camacho:“(...) *podemos entender por medida cautelar judicial: 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 aquél por la imposible efectividad y eficacia del fallo favorable a sus intereses.*” Oscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 18.

² Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. Primera Edición. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 156.

efectiva, anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva.

La Sala Constitucional se ha pronunciado en relación con el tema de las medidas cautelares. Así, en la sentencia 2000-4530 del treinta y uno de mayo del 2000 indicó:

“(...) ‘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’...’ (Resolución número 3929 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995). Ante el peligro de sufrir un daño jurídico potencial como consecuencia de la larga duración de un proceso, se requiere de medidas rápidas, que por tal exigencia no pueden revestir la forma ordinaria, lo que se justifica por las especiales circunstancias en que son adoptadas. En razón de estas características que comparten las medidas cautelares, en esta y otras materias, es admisible que se puedan ordenar una vez examinada la seriedad de los motivos del interesado que las solicita, aún sin previa notificación al sujeto afectado, lo cual es reconocido en las diversas ramas del derecho. En efecto, generalmente la medida cautelar debe ser adoptada sin

darle traslado previo al afectado, pues de lo contrario puede tornarse inocua: al poner sobre aviso al presunto infractor, éste puede colocar a salvo sus bienes, dejando impotente para afectarlo un posterior pronunciamiento de la autoridad que conoce del asunto. En suma, este tipo de medida persigue impedir que una determinada situación incida negativamente sobre los fines del proceso (...).”³

a. Tipos de medidas cautelares.

a.1. Medidas cautelares típicas.

Las medidas típicas son las que previamente el legislador ha regulado expresamente de manera limitada y cerrada, les da un nombre específico y particular, su contenido, presupuestos (que se deben revisar para la procedencia de la medida cautelar) y efectos son específicos y definidos por el ordenamiento jurídico.

El papel del juez se limita “(...) 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.”⁴

³ Sala Constitucional, voto número 2000-4530 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos.

⁴ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 158.

a.2. Medidas cautelares atípicas.

Las medidas atípicas, son las que no están previamente definidas por el legislador, su contenido se define por el criterio de idoneidad o necesidad de la medida cautelar, con el fin de proteger y garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia del proceso principal. En dichas medidas el poder general de cautela del juez es más amplio no está restringido a un determinado grupo de medidas posibles con un nombre en particular, el operador de derecho puede decretar las medidas necesarias para cada caso en específico.

Tanto las medidas típicas como atípicas, pueden tener efectos conservativos y anticipativos o innovativos.

Son conservativas aquellas que: *“(...) impiden que la situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá la sentencia principal, se modifique durante la pendencia o mora del proceso dirigido a obtener el pronunciamiento de anulación del acto y a asegurar que éste intervenga red adhuc integra.”*⁵

⁵ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. op. cit. Pág. 159.

Las anticipativas o innovativas se pueden conceptualizar como aquellas que :
“(...) se orientan a satisfacer anticipadamente, total o parcialmente, y con carácter provisional la situación jurídica cautelada(...), 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 cognición sumaria, una disciplina provisoria de la controversia jurídica’”.⁶

b. Los diferentes sistemas de medidas cautelares existentes.

b.1. Sistema de medidas cautelares típicas.

El sistema de medidas cautelares típicas, está cimentado solamente en medidas cautelares típicas, solo se permite la aplicación de las medidas taxativas, que han sido previamente reguladas por el legislador de manera limitada y cerrada, con un nombre, contenido, presupuestos y efectos específicos y particulares definidos por el ordenamiento jurídico.

Este tipo de sistema proporciona la ventaja de garantizar “(...) la neutralidad del juez y la seguridad jurídica, en detrimento, claro está, de su discrecionalidad y de la justicia material.”⁷

⁶ Ernesto Jinesta Lobo. Ibid. Pág. 160-161.

⁷ Ibidem. Pág. 161.

b.2. Sistema de medidas cautelares atípicas.

En el mismo, hay una norma *numerus apertus*, cláusula general y abierta, la cual no tiene legalmente establecido su contenido, lo cual permite al juez tutelar gran cantidad de situaciones, debido a que posee un amplio poder discrecional, puede otorgar cualquier medida que considere adecuada y necesaria (imperata el criterio de idoneidad) para evitar un daño irreparable, que haga imposible la efectividad del fallo definitivo, según lo exijan las particularidades de cada caso.

Por último, este sistema tiene como ventaja que subsana “(...) *la dificultad o imposibilidad material del legislador para contemplar una relación completa de cautelas y en la imposibilidad de que éstas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho.*”⁸

Sin embargo, presenta ciertos problemas 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 discrecional del juez, la admisibilidad del medio de tutela.*”⁹

⁸ Ibidem. Pág. 162.

⁹ Ibidem. Pág. 162.

b.3. Sistema mixto.

Es 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 atipicidad residual.”¹⁰

Coexisten tanto medidas típicas, como atípicas, pero estas últimas son de carácter residual, por que el juez las puede dictar, en los casos que lo considere adecuado y necesario, según las circunstancias del caso, pero no debe existir en la ley una específica que satisfaga la necesidad de protección, está orientada a evitar los peligros no regulados por las típicas.

Es un hecho que el “(...) surgimiento de nuevas necesidades de tutela cautelar es un proceso continuo e inmanente a las sociedades modernas, por lo que resulta utópico pensar que un sistema cautelar puede resultar completo y pleno sustentado, únicamente, en medidas típicas, una visión realista de las exigencias sociales impone su integración con una norma del clausura.”¹¹

Para finalizar, en la “(...) la mayoría de los sistemas continentales romano-canónicos, la tipicidad de las medidas cautelares completamente disciplinadas por la ley, está contrabalanceada por la presencia de algunas "normas de clausura de

¹⁰ Ibidem. Pág. 163.

¹¹ Ibidem. Pág. 164.

amplio espectro", cuyo fin principal es no excluir, en situaciones residuales no tutelables con los medios típicos, la adopción de medidas cautelares a típicas e innominadas, algunas veces combinadas y mixtas, a discreción del juez.”¹²

Sección B: La protección cautelar y su relación con la tutela judicial efectiva.

Desde hace años, el índice de asuntos que llegan a los estrados judiciales ha aumentado, por lo que le es imposible al Poder Judicial tramitar los procesos en lapsos cortos, consecuentemente la duración de un juicio puede tardar años, lo que hace factible el que se ocasionen daños y perjuicios a las partes.

Ante la situación descrita y en atención a la obligación constitucional de cumplir, con el derecho general a una administración de justicia pronta y cumplida (entiéndase como tutela judicial efectiva), como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, dentro de la cual se encuentra incluida la tutela cautelar, según se desprende del análisis de la combinación de los artículos 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, el legislador ha optado por la creación en sede judicial de ciertas medidas de carácter provisional e instrumental, que reduzcan o eliminen ese peligro de lesión a la parte, mientras se resuelve su caso.

¹² Ibidem. Pág. 164.

La Sala Constitucional, ha reconocido expresamente la existencia del derecho fundamental a la tutela cautelar derivado de la tutela judicial efectiva, en voto número 6224-2005, hace todo un análisis extenso sobre el tema:

“IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el 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. En otro orden de consideraciones, es menester señalar que el constituyente derivado, al reformar el artículo 49 de la Constitución Política, mediante la ley No. 3124 del 25 de junio de 1963, concibió un control de legalidad de la función administrativa universal y plenario, sin reductos exentos de fiscalización, de modo que, incluso, los más exorbitantes privilegios administrativos sustanciales, como, por ejemplo, la ejecutividad del acto administrativo, han quedado sujetos a tal control. Debe señalarse, también, que las medidas cautelares en los procesos asimétricos, como el contencioso administrativo en su configuración legislativa actual, en los que existe un quebranto al principio de igualdad por no encontrarse las partes contendientes en una posición de igualdad, toda vez, que la Administración pública acude a éste provista de prerrogativas sustanciales (v. gr. ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo) y formales (v. gr. plazos fugaces para interponer el proceso – caducidad de la acción-, el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, etc.), cumplen un papel de primer orden en su equilibrio y nivelación, resultando congruentes con el principio de la igualdad ante la ley (artículo 33 de la Constitución Política). Adicionalmente, no está a tono con el principio de igualdad que los justiciables gocen en otros órdenes jurisdiccionales de un sistema de tutela cautelar amplio y que en el contencioso-administrativo éste sea incompleto e inflexible. 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 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.

*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 está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política).

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, 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 constitutivo 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 lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° 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 eficacia 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.”¹³

Es de suma importancia el reconocimiento constitucional de la tutela cautelar, como una de las expresiones más significativas del derecho a la tutela judicial efectiva, para la protección de los derechos fundamentales, garantizados en la

¹³ Sala Constitucional, voto número 06224-2005, de las a las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco. Criterio reiterado en votos número 2006-9570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio del dos mil seis, 2006-1030 de catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de febrero del dos mil seis.

Carta Magna, en el sentido que admite garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, que según las circunstancias del caso, pero en momento oportuno, tienden a evitar un daño irreversible.

Sección C: Características.

Toda medida cautelar, presenta una serie de características intrínsecas y las más relevantes de las medidas cautelares son: a).- instrumentalidad con la fallo definitivo, b).- provisionalidad, c).- urgencia para evitar el peligro en la mora, d).- adoptadas mediante una cognición sumaria superficial efectuada por el órgano jurisdiccional sin entrar a prejuzgar sobre el fondo del asunto principal, y e.- función, desarrollados exhaustivamente por la doctrina y jurisprudencia.

a. Instrumentalidad.

Las medidas cautelares se caracterizan *“por su accesoriadad o subordinación respecto de la pretensión deducida en el proceso principal; tal característica estructural, (...) ha sido denominada por la doctrina como la “instrumentalidad” de la cautela respecto del proceso principal y de la sentencia de mérito vertida en éste.”*¹⁴

Se dice que son instrumentales porque *“su función es garantizar la fiel y completa efectividad del fallo del proceso principal, en beneficio de la parte victoriosa en éste.*

¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 292-95 de las quince horas cincuenta minutos del primero de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

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”¹⁵ “La instrumentalidad versa en que la medida precautoria asegurará la ejecución de la sentencia (...)”¹⁶

Al ser accesorias corren la misma suerte que el proceso principal, de tal manera que si por ejemplo, se ha decretado el archivo, inadmisibilidad, caducidad o desestimación del proceso principal, la medida cautelar debe cesar automáticamente.¹⁷ *“El caso es que fenecida la causa principal debe la accesoria cumplir el mismo destino, pues no tiene capacidad propia para subsistir a aquella.”¹⁸*

Como bien se expresa en los siguientes extractos:

“II.- De lo anterior se deduce que, el presente juicio se ha dado por terminado, al aplicarse la sanción de caducidad por no deducción formal en el lapso normativo correspondiente. En otras palabras, el proceso principal ya no existe. Esto plantea

¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 473-99 de las quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil uno.

¹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 346-99 de las diez horas quince minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

una situación ilógica respecto del recurso que se conoce, en cuanto no puede el incidente, por ser un trámite accesorio, tener vida propia e independiente del asunto del que depende. Se ha producido entonces un decaimiento sobreviniente del interés, (...) carece de trascendencia lo que disponga, pues al concluirse la litis inicial, fenece toda diligencia secundaria. Razón por lo cual, se estima que lo pertinente es confirmar el rechazo de lo pedido pues el análisis de fondo, y eventual admisión de la incidencia, no pueden ser procedentes en las presentes circunstancias.”¹⁹

Así, también se dispuso:

“II.- En virtud de lo anterior estima el Tribunal que al haberse ordenado el archivo del proceso principal, queda sin sustento el incidente de suspensión cuya apelación se conoce, pues al tratarse de una gestión accesorio al principal, debe necesariamente existir éste para que pueda conocerse aquélla, de no ser así, carece de interés cualquier pronunciamiento que se intente, pues como es de todos conocido lo accesorio sigue a lo principal. De allí que pierde interés el resolver la apelación planteada y así debe declararse.”²⁰

¹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 345-2002 de las diez horas veinte minutos del cuatro de octubre de dos mil dos. Asimismo, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 79-2003 de las once horas treinta minutos del veintiuno de marzo del dos mil tres, 204-2004 de las diez horas cinco minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 46-2003 de las diez horas del doce de febrero de dos mil tres, 225-2001 de las diez horas quince minutos del veinticuatro de julio del dos mil uno.

²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 3-2005 de las quince horas cinco minutos del veinticinco de enero del dos mil cinco.

Como lo hemos observado, lo común es que las medidas cautelares se interpongan frente a un proceso, por su misma condición de accesorias e instrumentales, se puede decir que la regla general ha sido que si no hay un proceso principal, no se admite, ni subsiste la cautelar²¹, en palabras de Eduardo Ortiz la jurisprudencia *“refuta insubsanable el defecto por ausencia del proceso principal”*.

Sin embargo, se puede observar que cuando se hace referencia y explicación de las características de las medidas se hacen ciertas referencias escuetas, a que existe la posibilidad de plantearse aun sin existir un proceso principal, de conformidad con el art. 243 del CPC, como se aprecia en el siguiente extracto:

“IV.- Características de las medidas cautelares: (...) sólo pueden interponerse frente a un proceso principal, en curso o por incoarse. En este último supuesto, de no instaurarse el proceso en un determinado plazo, decae la medida acordada. En otras palabras, es posible que la medida cautelar pueda ser prejudicial, a condición de que la demanda principal sea interpuesta dentro del plazo establecido por la ley, pues en caso contrario, deberá operar la caducidad automática e inmediata de la que se hubiere adoptado. Es ésta una de las manifestaciones más claras de la

²¹ Circunstancia que se verifica en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 533-2005 de las diez horas cinco minutos del siete de diciembre del dos mil cinco: *“IV.- (...) En segundo lugar, es pertinente señalar que en este caso no se le ha dado curso a la demanda principal, la cual está pendiente de que se agote la vía administrativa en forma expresa o tácita, de manera que si no hay un proceso principal no es lógico que exista uno de carácter accesorio como lo es el presente incidente.”*

accesoriedad. ²²

Es menester, señalar que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo en su artículo 26, admite expresamente la posibilidad de otorgar este tipo de medidas cautelares ante causam²³, estableciendo un plazo de 15 días para la interposición del proceso principal. La dependencia al proceso principal queda referida a que si en ese plazo no presenta la demanda principal, queda sin efecto la cautelar.

La procedencia de medidas cautelares ante causam, es muy importante, pues a veces se requiere adoptar de manera urgente una cautelar debido a la inminencia del daño, aun sin existir un proceso previo, pues solo así se puede conservar la efectividad de una posible sentencia estimatoria, pero es necesario establecer un plazo dentro del que se debe incoar el proceso principal, en pro del principio de seguridad jurídica, y de la misma tutela judicial efectiva, no se puede permitir que por un plazo indefinido se someta a una persona a soportar una medida cautelar la cual es de carácter instrumental y provisional, sin estar ni siquiera sometida a un proceso donde se pretenda obtener la tutela de un derecho. El cumplimiento de la tutela judicial efectiva no se puede llevar al punto de caer en una inseguridad total

²² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil uno.

²³ Son aquellas que se piden antes de ser entablado el proceso principal, al amparo de la característica típica de urgencia de las medidas cautelares.

para los administrados, hay que imponer límites para su ejercicio para no menoscabar injustificadamente los derechos de la contraparte.

Expresamente la jurisprudencia no acepta que se den medidas cautelares después de terminado el proceso principal, debido a que por razones obvias pierden todo sentido sin cumplir la función para las que fueron creadas (evitar daños presentes o imposibles de difícil o imposible reparación).

En síntesis la medida cautelar al ser accesoria corre la suerte del principal sin tener vida autónoma. Además *“(...) debe ser acorde con lo debatido no idéntica a la pretensión principal, a la que puede y debe adaptarse de muy diversas maneras, estableciendo el contenido que resulte adecuado y necesario para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En definitiva, la instrumentalidad no implica identidad plena con la pretensión principal, a la que debe respeto y conexión, pero no sujeción de contenido ni sumisión plena por la naturaleza jurídica del litigio incoado”²⁴(...), aunque en algunas oportunidades pueden llegar a coincidir plenamente con ésta, a condición de que sean provisionales. (...) Están unidas en consecuencia, a la*

²⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 167-2002 de las once horas diez minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos.

*pretensión esgrimida en el expediente principal, de la que no pueden desvincularse totalmente.*²⁵

b. Provisionalidad.

*Otra de las características de la providencia cautelar es la provisionalidad “(...) la suspensión y su proceso (porque de tal se trata), duran lo que el proceso principal: no existen antes y no existen después. Todavía más: duran lo que los grados de instancia, pues terminan con la firmeza del fallo correspondiente.”*²⁶

Así, la suspensión pendiente de apelación en efecto suspensivo o sentencia firme “(...) se extingue automáticamente con la firmeza del fallo principal, que la sustituye para todo efecto: si rechaza la demanda, desaparece el régimen impuesto por la suspensión; si la acoge, el mismo efecto queda confirmado, pero con origen en el fallo principal (...)”²⁷.

Es necesario tener en cuenta que “(...) la apelación del fallo principal es en doble efecto y lo suspende, por lo que cabe preguntarse por la suerte de la suspensión en el tiempo intermedio, mientras aquella se resuelve, y la respuesta debida

²⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil uno.

²⁶ Follieri, citado por Eduardo Ortiz Ortiz. Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A., p. 354.

²⁷ Follieri, citado por Eduardo Ortiz Ortiz. Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. op. cit. Pág. 354.

*parece ser que por ese lapso se mantiene vigente la suspensión, porque todavía no hay fallo definitivo”.*²⁸

La provisionalidad de la medida cautelar implica que “(...) *su eficacia se agota al momento de dictarse la sentencia de mérito -efectos supeditados a la pendencia del proceso principal-, característica que trae causa de su intrínseca posibilidad de modificación o revocación (eficacia rebus sic stantibus).*”²⁹

Consecuentemente nada impide que, si se diera un cambio en las condiciones que hoy obligan al Juzgador a conceder la cautelar, pueda replantearse la conveniencia y necesidad de mantener la medida, de tal manera que puede revocarse, modificarse o adoptarse otra, si las circunstancias así lo exigen.

c. Urgencia.

Encontramos que la “(...) *urgencia es un concepto que presupone dos exigencias fundamentales: evitar la causación de un daño o perjuicio, y para lograr tal objetivo se derogan una serie de reglas generales,*”³⁰ pues deben ser resueltas de inmediato, al amparo de un “(...) *juicio de valor que hace el órgano jurisdiccional*

²⁸ Follieri, Ibid. Pág. 354.

²⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

³⁰ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 118 -119.

*referente a si es urgente la protección cautelar de la pretensión deducida, o si a contrario sensu, el objeto, procesal soporta el trámite regular del proceso.*³¹

*“En virtud de las exigencias de la sociedad contemporánea, la tutela judicial debe ser rápida para que sea realmente efectiva, esto es, el factor tiempo es un elemento determinante para garantizar y realizar el acceso a la justicia. La realidad socio-económica hace pensar, en ocasiones, en la tutela de urgencia como la única posible y eficaz.”*³²

Tal urgencia se ve manifestada *“(...) en la sumariedad de la gestión (sumario cognitivo), conlleva una gran limitación de los plazos, trámites y elementos probatorios, por lo que existe alguna posibilidad de error, circunstancia que justifica los amplios poderes del Juez para que pueda corregir la medida adoptada (si es errónea), o sustituirla en virtud de hechos nuevos que la conviertan en ilegítima.”*³³

³¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 473-99 de as quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

³² Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 118-119.

³³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil uno.

Las expresiones más destacadas del carácter urgente de la tutela cautelar son las medidas cautelares adoptadas *ante causam*³⁴, *prima facie* o *inaudita altera parte*³⁵, las cuales son casos especial y excepcionalmente urgentes.

d. Cognición sumaria superficial (Sumaria Cognitio).

La cognición sumaria consiste en “(...) *un juicio de verosimilitud de los hechos y no su determinación absoluta y completa, (...) la sumariedad entendida como la limitación del conocimiento judicial a la apreciación de las circunstancias y presupuestos precisos para la adopción de la medida cautelar, (...) debe conformarse con la verosimilitud y probabilidad resultante de una cognición mas expedita y superficial que la ordinaria.*”³⁶

Para su otorgamiento tiene como objeto, la constatación de los siguientes presupuestos: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, “(...) *refiriéndose el primero, a los daños de difícil reparación que se provocarían a la parte gestionante por la tardanza del proceso declarativo. En lo tocante al segundo presupuesto dicho, se*

³⁴ Son aquellas que se piden antes de ser entablado el proceso principal, al amparo de la característica típica de urgencia de las medidas cautelares.

³⁵ La conceptualizamos como aquel incidente de suspensión del acto administrativo, que se puede y se debe resolver, sin dar audiencia del mismo a la contraparte, en casos donde la permisibilidad del contradictorio pone en peligro la consecución de la función u objetivos, para el cual fue creada la medida cautelar mencionada, debido a que la magnitud de los daños es muy grave, de manera tal que debe ser resuelta lo antes posible, para que no haya pérdida de interés actual.

³⁶ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 123.

*refiere a un juicio de verosimilitud o de "buena apariencia", que se hace a la pretensión deducida, lo cual no implica que se prejuzgue el fondo del asunto.*³⁷

El análisis de ambas condiciones y la confirmación de la concurrencia de ambas, son necesarias para no otorgar una tutela cautelar concerniente a una pretensión palpablemente improcedente.

Cabe agregar, que el hecho de que sea un incidente de cognición sumaria, no significa que el juez deba prescindir de la prueba, simplemente debe seleccionar aquella que considere necesaria, debido a que no en todos los casos, del mismo acto impugnado se logra extraer la magnitud del daño.

e. Función

La medida cautelar debe estar en función de la pretensión que se ejercita y se pretende en el proceso principal, el juez a la hora de hacer uso de la tutela cautelar, no debe conceder mas de lo que se puede obtener en el fallo definitivo.

No se trata necesariamente de adoptar medidas anticipativas de la sentencia final, ni *"(...) tampoco significa que la medida cautelar ha de estar sujeta a una lista tasada, impuesta al Juzgador en correspondencia con cada una de las*

³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 473-99 de as quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

*pretensiones, sino por el contrario, que sin perjuicio de la cita y regulación de las más importantes y usuales, debe haber una cláusula general y abierta que permita al Juez adoptar cualquier otra medida que estime pertinente, y ante todo necesaria.*³⁸

De tal manera que ante la presencia de “(...) un peligro o la actualidad de un daño que pueda hacer imposible la ejecución del fallo en beneficio de la parte victoriosa, para lo cual, en tal hipótesis, la victoria es lo mismo que la derrota, si el daño se da (...),”³⁹ el juez dicte aquellas medidas necesarias para cumplir su función y mantener las circunstancias que permitan la ejecución de la sentencia final.

Se debe tener claro que el propósito de las medidas cautelares, no es prejuzgar sobre fondo del asunto principal debatido, consecuentemente ni “(...) la bondad de la demanda, la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados, sino evitar que su ejecución produzca daños de difícil o imposible reparación,”⁴⁰ que afecten la ejecutividad de la sentencia firme del proceso principal, pretende “(...) garantizar provisionalmente la eficacia in natura de la sentencia definitiva que se llegue a dictar.”⁴¹ “(...) evitando la consolidación irreversible de situaciones jurídicas

³⁸ Óscar Eduardo González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 31.

³⁹ Opus. Cit. Pág. 277.

⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 297-2003 de las quince horas cinco minutos del cinco de junio del dos mil tres.

⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 326-2000 de las dieciséis horas diez minutos del veintinueve de noviembre del dos mil. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 49-2001 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de febrero del

o fácticas que hagan inútil la sentencia.”⁴²(...) ante la lentitud patológica del proceso de cognición plena.”⁴³

Sección D: Presupuestos.

Dentro de los presupuestos o elementos que se deben considerar a la hora de analizar la procedencia o no de una medida cautelar, encontramos los siguientes: a)- situación tutelable, b).- apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), c).- peligro en la demora (*periculum in mora*), d).- compatibilidad con el interés público, e).- caución.

a. Situación tutelable.

Al respecto se ha considerado que “(...) la tutela cautelar típica opera, predominantemente, en el campo de los derechos subjetivos y de los denominados, por la doctrina italiana, intereses ‘opositivos’ (‘interessi oppositivi’) o estáticos (dirigidos a la conservación de un bien, res, utilitas o ventaja). En tanto que la tutela cautelar atípica resulta particularmente eficaz en el ámbito también de los derechos subjetivos y de los intereses ‘pretensivos’ (‘interessi pretensivi’) o dinámicos (dirigidos a la adquisición de una situación ventajosa) que se hacen

dos mil uno, 326-2002 de las trece horas treinta y cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 326-2002 de las trece horas treinta y cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos, 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve, 126-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del diez de mayo. del año dos mil.

⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 193-98 de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho.

⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 473-99 de as quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

valer en procesos de condena o meramente declarativos. La importancia de estos intereses legítimos pretensivos, radica en que, como señala la doctrina, son los típicos de un Estado social o de bienestar, sea de una administración de prestaciones.”⁴⁴

En la tutela cautelar atípica, se mantiene la posibilidad de protegerse de los actos desfavorables, pero incluye la eventualidad de resguardar los intereses que pretenden ampliar la esfera jurídica del administrado, ya sea consiguiendo una ventaja o adquiriendo algo nuevo.

En nuestro país, los artículos 41 y 49 de la Constitución Política, permiten que en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se puedan tutelar tanto los derechos subjetivos como intereses legítimos de los administrados.

Es necesario recordar que la situación tutelada debe gozar de interés actual, conceptualizado como *“(...) la posibilidad, que la medida cautelar tiene, de procurar al petente, por sí misma y sin necesidad de otro trámite, el beneficio buscado, que puede consistir en evitar un daño. Si, aun suponiendo otorgada la medida cautelar, ni se procura un beneficio ni se evita un daño al petente, porque para ello se requiere de otra intervención fuera del alcance del Juez, la petición*

⁴⁴ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 284.

*cautelar debe ser denegada. Ocurre ello principalmente cuando el daño denunciado provenga de causas distintas de la invocada, cuya existencia o desarrollo sean extraños a la materia del juicio. Es éste un dato que revela la autonomía funcional de la medida cautelar, pues exige que la misma satisfaga por sí la pretensión del petente; caso contrario, la medida es improcedente.*⁴⁵

Si la petición del articulante, no tiene interés actual, debe ser rechazada la gestión, a manera de ejemplificación, algunos de los casos en que se carece de interés actual son: cuando se declara la caducidad⁴⁶ o archivo⁴⁷ del proceso, así también cuando las partes suscriben otras formas diferentes de terminación del contradictorio,⁴⁸ y específicamente para el caso del incidente de suspensión del acto administrativo, no exista riesgo de producción de daños de imposible o difícil reparación⁴⁹ o se han paralizado y dejado sin efecto los actos impugnados.⁵⁰

⁴⁵ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 272.

⁴⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 293-2004 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del treinta de junio del dos mil cuatro. Igual sentido, en cuanto a que en el proceso principal se declare la caducidad del mismo, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 273-2005 de las diez horas quince minutos del veintiséis de agosto del dos mil cinco.

⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 91-2001 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del dieciséis de marzo del dos mil uno.

⁴⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 210-2004 de las diez horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro.

⁴⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 378-2003 de las once horas diez minutos del tres de octubre del dos mil tres.

⁵⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 55-2001 de las dieciséis horas quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil uno. Así también cuando ya se ha otorgado lo que pretendía en el incidente como ocurrió en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 543 -2003 de las once horas del catorce de noviembre del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 272-2004 de las once horas cinco minutos del veintitrés de junio de dos mil cuatro.

b. Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

Entendida como la “(...) *probabilidad de acogimiento de la demanda principal (...) a partir de un examen tanto de los aspectos formales de admisibilidad de la misma demanda 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 examen, 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.*”⁵¹

En doctrina se discute si “(...) *la demanda debe lucir no sólo como verosímil sino como ciertamente admisible y fundada (...)*”⁵² o si se debe exigir “(...) *nada más la apariencia ictu oculi de ello, como impresión provisional y preliminar.*”⁵³

Ante tal disyuntiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, consideran acertadamente, que lo “(...) *que se requiere no es que la demanda principal luzca fundada, sino que ictu oculi no aparezca como infundada.*”⁵⁴

⁵¹ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. p. 272-273.

⁵² Opus. Cit. Pág. 272-273.

⁵³ Ibid. Pág. 272-273.

⁵⁴ Ibidem., p. 272-273. En este sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 209-2003 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de abril del dos mil tres, 605-2003 de las once horas treinta minutos del diecisiete de diciembre del dos mil tres.

Lo anterior, en vista de que debido a “(...) *la necesaria sumariedad del proceso cautelar, es virtualmente imposible para el Juez determinar con certeza la existencia de ese buen derecho, el que por demás, debe definirse normalmente en la sentencia y no antes. Así las cosas, por esa precariedad de los elementos de cognición, tan sólo podrá exigirse al interesado la apariencia de un buen derecho, que dé al Juzgador algún viso de seriedad de la demanda.*”⁵⁵

Consecuentemente “(...) *no se trata entonces, de comprobar el certero fundamento jurídico de la pretensión, ni de prejuzgar sobre el fondo, o de establecer siquiera, como se ha dicho, un ‘criterio sumario de las expectativas de estimación del recurso’, sino tan sólo que aquélla no sea descabellada ni temeraria, de modo que pueda evitarse la emisión de una medida cautelar en perjuicio de la Administración o de terceros, sin ninguna posibilidad de triunfo en el derecho pretendido.*”⁵⁶

Ese juicio de probabilidad es superficial y provisional, no influye para el dictado de la sentencia definitiva, dicha valoración “(...) *es para fines de la medida cautelar y no para el fallo final del asunto, por lo que nunca puede gozar de cosa Juzgada -ni explícita ni implícitamente- y ni siquiera tenerse como resolución favorable al actor y revisable en sentencia sobre los requisitos de la demanda principal, que así tiene que ser juzgada en el fallo final con entera prescindencia de las apreciaciones*

⁵⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

*sobre lo mismo hechas en la medida cautelar, como si ésta no existiera. El Juez debe pronunciarse al respecto como si lo hiciera por primera vez.*⁵⁷

El *fumus boni iuris* “(...) se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, y se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por el actor.”⁵⁸

Es necesario acotar que el análisis de dicho presupuesto, en referencia al incidente de suspensión del acto administrativo, la ley⁵⁹ no lo exige. Sin embargo, “(...) la presencia del *fumus boni iuris* es, sin duda alguna, básica e imprescindible, como un elemento más de los requeridos para la medida cautelar (...)”,⁶⁰ para no concederla en un proceso dispuesto al fracaso, “(...) pero no por eso determinante y suficiente en exclusiva para la estimación de la misma (...)”⁶¹

⁵⁷ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 272-273.

⁵⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 446-2002 de las once horas del once de diciembre de dos mil dos. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 244-2004 de las once horas diez minutos del diecisiete de junio del dos mil cuatro. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 431-2003 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil tres.

⁶⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁶¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. Referente al tema Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 148-99 de las diez horas treinta minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, 172-99 de las diez horas quince minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, 385-2002 de las diez horas quince minutos del veintinueve de octubre del dos mil dos, 46-2003 de las diez horas del doce de febrero de dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo,

c. Peligro en la demora (*periculum in mora*).

Es un hecho que para que el administrado dirima sus conflictos con la administración y logre una sentencia definitiva, se tiene que someter a un proceso, el cual necesita de un cierto tiempo para desarrollarse y solucionar el conflicto discutido en el mismo, frente a tal situación el juzgador debe analizar cuando es necesario dictar una medida cautelar, para evitar que la eventual sentencia estimatoria devenga en ineficaz, causándole un daño de difícil o imposible reparación.

Doctrinariamente se *“(...) estima la presencia del daño grave e irreversible producido por la demora (periculum in mora), no sólo como elemento imprescindible de la medida cautelar, sino como su presupuesto básico y central, sobre el que realmente gira toda su existencia.”*⁶²

El *periculum in mora*, consiste en la *“(...) actualidad o en la inminencia de un daño que sea simultáneamente grave (por la jerarquía del bien lesionado) e irreversible (por irreparable o difícil de reparar). Daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto. Los parcialmente inferidos sirven igualmente como justificante, si el remanente es grave. Como se verá, este requisito es el*

Sección Primera, votos número 146-98 de las nueve horas del doce de mayo de mil novecientos noventa y ocho, 30-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dos de febrero dos mil uno.

⁶² Óscar E. González Camacho (2002). *La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas*. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 36.

*fundamental en la suspensión del acto impugnado, única medida expresamente regulada por el régimen de nuestra justicia administrativa.*⁶³

En la doctrina, se hace mención principalmente a dos tipos de periculum in mora, el peligro de:

- Infructuosidad o inutilidad de la sentencia definitiva: *“(...) 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 supuesto lo urgente es asegurar preventivamente los medios idóneos para hacer que la sentencia, cuando sea dictada, sea en la praxis útil y eficaz, esto es, fructífera.”*⁶⁴

- Retardo o la tardanza de la sentencia del proceso principal: *“(...) se verifica 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.”*⁶⁵

⁶³ Eduardo Ortiz Ortiz. (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 273.

⁶⁴ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 132.

⁶⁵ Opus. Cit. Pág. 132.

Sobre el tema la jurisprudencia nacional ha indicado que el peligro en la demora debe entenderse como aquel “(...) que consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte incidentista de que la situación jurídica sustancial aducida, resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave o irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la 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.”⁶⁶

d. Compatibilidad con el Interés Público.

Consiste en que necesariamente, “(...) debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (...), y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en todos

⁶⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 129-99 de las quince horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, 295-2005 de las diez horas del veintisiete de julio del dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 557-2003 de las once horas del veintiuno de noviembre de dos mil tres.

*y cada uno de ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar.*⁶⁷

La doctrina lo ha llamado "bilateralidad del periculum in mora" o "perjuicio bilateral alternativo" "(...) aspecto que le impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad -razonabilidad técnica- ponderando los diversos intereses involucrados al acordar la suspensión de la ejecución del acto impugnado. De consiguiente el órgano judicial debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión -solicitante- con el interés público y el de terceros, (...)."⁶⁸

Por su parte Ortiz Ortiz, indica que "(...) cuando hay conflicto entre interés público y privado- dondequiera que se dé en el campo del Derecho- prevalece el primero, aunque haya grados y matices de tal prevalencia en beneficio y protección del último. Igualmente ocurre con las medidas cautelares cuando hay un interés público de por medio; si éste coincide en su dirección con el privado del petente, ello facilitará notablemente el acogimiento de la petición; pero, sobre todo, si se le opone, porque tal acogimiento lesionaría seriamente el interés público, será difícil,

⁶⁷ Oscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 42.

⁶⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 129-99 de las quince horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 90-99 de las catorce horas quince minutos del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

*cuando no imposible, que se dé. Aquí también resulta necesario que el daño sea grave, por ser importante el interés público lesionado (...).*⁶⁹

Se debe tener claro, que el análisis de la "bilateridad del periculum in mora," se hace con el propósito de que la medida cautelar solicitada no contravenga las exigencias del interés público, pero no puede implicar una potenciación del mismo, "(...) *ningún interés público puede llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva que comprende la cautelar. Bajo esta inteligencia, la causación de un perjuicio a los intereses de la Administración Pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquél sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño que puede sufrir el último con la ejecución del acto.*"⁷⁰

e. Caución.

Como bien se sabe, la institución de la medidas cautelares se creó con el fin de evitar aquellos daños de difícil o imposible reparación que se pudieran dar mientras se resuelve el proceso principal, debido a la tardanza excesiva para la resolución de los mismos, todo esto con la aspiración de obtener el ideal de una justicia pronta y cumplida como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, y de permitir la

⁶⁹ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 274.

⁷⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

efectividad de la sentencia definitiva, sin embargo en la búsqueda de esa tutela, se pueden afectar los intereses de terceros o del interés público.

Frente a esa situación, la LRJCA, permite expresamente, la aplicación de la caución, como única medida de contracautela, idónea para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse de la suspensión del acto, la cual puede constituirse en depósito de dinero efectivo, valores públicos o aval bancario.

Dispone el artículo 93.1 de dicho cuerpo normativo: *“(...) 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.”*

De tal redacción se desprende que *“(...) el legislador hace facultativa y no preceptiva la exigencia de la caución, es vinculante únicamente cuando la medida cautelar adoptada pueda generar perjuicios (...),”*⁷¹ a los intereses públicos o de terceros.

La caución no debe operar como presupuesto, en el proceso administrativo *“(...) ya que, de lo contrario podría limitar sensiblemente la tutela cautelar, al existir una*

⁷¹ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 153.

*situación de desequilibrio originaria. García de Enterría sostiene que la caución no puede ser regla en el contencioso-administrativo, pues ‘la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela creando ella misma, unilateralmente... la situación posesoria que el recurso contencioso-administrativo intenta remover’.*⁷²

De conformidad con lo anterior, “(...) es que la caución se constituye en condición de eficacia de la medida cautelar acordada, para los supuestos en que sea preceptiva (...),”⁷³ sea, no tendrá efectos la suspensión decretada, hasta que la caución ordenada, no esté constituida y acreditada en autos (art. 93.3 LRJCA).

Consecuentemente, “(...) el juez debe tener un margen de discrecionalidad suficiente para decidir sobre la adopción de la contracautela y sus condiciones.”⁷⁴

Por otro lado, la caución “(...) es un medio de garantía que se impone a las partes o terceros relacionados con el litigio cuyo propósito es asegurar los posibles resultados económicos en caso de que se dicte un fallo desestimatorio”⁷⁵ (art. 93.4 LRJCA), “(...) quedando entonces condicionada la ejecución de la cautelar, a un acto de aseguramiento del resultado del proceso principal, que algunos autores llaman

⁷² Opus. Cit. Pág. 153.

⁷³ Ibid. Pág. 154.

⁷⁴ Ibídem. Pág. 154.

⁷⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

“contracautela”, porque está orientada en la dirección opuesta a la solicitada por el reclamante, con el fin de que se restablezca un equilibrio.”⁷⁶

Esa contracautela, no se puede exigirse indistintamente, además, cuando proceda la misma, no puede ser de tal magnitud que al petente se le haga difícil o prácticamente imposible rendirla, vedando así, el acceso a la tutela cautelar.

Es claro, que el *“(...) recurso a la técnica de la caución debe ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en cuyo contenido se inserta el derecho a la tutela cautelar (art. 41 CP), y con la exigencia, también, de rango constitucional, de no discriminar el acceso a las formas de tutela judicial efectiva sobre la base de situaciones de insolvencia de la parte instante (art. 33 CP).”⁷⁷*

En otro orden de ideas, el momento procesal oportuno para analizar la caución es dentro del incidente de suspensión *“(...) si así no se hizo y no se pidió adición, la oportunidad para reclamarla está precluída (...)”⁷⁸*, solo se podrá discutir su procedencia si las circunstancias se modifican.

⁷⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 105-2003 de las diez horas veinte minutos del cinco de marzo del dos mil tres.

⁷⁷ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 155.

⁷⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 264-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto del dos mil uno.

El cambio de circunstancias sirve tanto para conceder o levantar una caución, en voto número 343-95, se levantó y devolvió caución por considerarse que:

“III.- En cuanto a lo apelado, como se indicó ut supra, discrepa la mayoría del Tribunal, y estima que dadas las especiales circunstancias que rodean el caso, el tiempo transcurrido sin sentencia, la variación de las circunstancias primigenias desde el dictado del acto y su suspensión a la fecha, hacen que resulte de recibo la solicitud que en el fondo pide el recurrente para que se le levante la caución y se le devuelva. Doctrina del artículo 93.-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”⁷⁹

Por otro lado, se otorgó caución en el caso de unos estudiantes del Posgrado en Medicina contra la Universidad de Costa Rica, en un primer momento, a instancia de los actores, se suspendieron los actos impugnados, únicamente en cuanto al aumento del costo de la matrícula; en esta ocasión no se previó el establecimiento de una caución.⁸⁰

Luego mediante incidente de modificación de medida cautelar, se decidió decretar una caución en virtud de que las condiciones originales cambiaron, debido a que una gran mayoría de los estudiantes actores concluyeron el plan de estudios y

⁷⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 343-95 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

⁸⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 503-98 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

pretendían graduarse, máxime que muchos de ellos eran extranjeros y necesitaban abandonar el país, lo cual implicaba la dificultad para la Universidad de recuperar las sumas no pagadas, en caso de que se les permita obtener su título, graduarse y juramentarse sin haber rendido caución alguna.⁸¹

Aunque la aplicación de la caución en la jurisprudencia cualitativamente no ha sido mucha, en los casos que se ha dispuesto ha servido para evitar el menoscabo de derechos de quien soporta la medida cautelar y a la vez de quien se beneficia de la misma, porque de no existir la posibilidad de imponer una determinada caución muy probablemente no se hubiese dado la cautelar, o la ya dada, , ante la modificación de circunstancias hubiese desaparecido, lo cual terminaría en una inadecuada tutela judicial efectiva para las partes intervinientes en el proceso.

Sobre el tema el CPCA en su art. 28.1, presenta la novedad, de que no sugiere como sí lo hacía el art. 93 de la LRJCA, la caución como única medida idónea para paliar o evitar los posibles daños o perjuicios, que puedan derivarse de la medida cautelar otorgada, y así mantener el equilibrio de los intereses en conflicto.

⁸¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

Se utiliza el concepto de contracautela, el que resulta ser mucho más amplio, además se ensanchan las formas de constituir la caución y garantía en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.

Sección A: España.

Las nuevas tendencias en el sistema cautelar español, residen en la tutela judicial efectiva, con asidero en su Constitución, en el artículo 24 párrafo 1, que expresa:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.

En la actualidad, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española (LRJCAE), número 29 del 13 de julio de 1998, normativiza las medidas cautelares de manera innominada, en el Título II, Capítulo II.

No hay una “(...) diferencia tajante entre la medida suspensiva y la positiva, que ahora son posibles según la necesidad del caso, bien de manera excluyente, bien de manera conjunta. Serán procedentes ‘cuantas medidas’ (art. 129) fueren necesarias al proceso, lo que obviamente incluye la suspensión, las medidas positivas y hasta las preventivas, que podrán disponerse como se ha dicho, de manera separada o también conjunta, en cualquier clase de proceso incoado ante el Juez Contencioso-Administrativo, ya sea anulatorio (contra acto positivo o

negativo); contra disposición general; contra inactividad administrativa o contra la vía de hecho).”⁸²

Reafirmandose “(...) la posibilidad de las medidas positivas como parte de una fórmula general, que establece el ansiado régimen innominado en materia de medidas cautelares. Cualquiera de ellas es posible, a condición de que sea necesaria para el objeto del proceso y de que cumpla los demás requisitos establecidos por la ley.”⁸³

Se contempla como requisito la ponderación de todos los intereses presentes en el caso, sin establecerse legalmente la superioridad de ninguno de ellos, el juez debe analizar la “(...) *perturbación grave de los intereses generales o de tercero.*” (art. 130.2 LRJCAE).

Una vez, que se cumpla con la ponderación mencionada, se podrá otorgar la medida, si ésta cumple con los siguientes requisitos:

“1) asegure la efectividad de la sentencia;

⁸² Óscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 190.

⁸³ Opus Cit. Pág. 190-191.

2) que impida la ejecución de un acto o disposición que hicieren perder la finalidad legítima del recurso;

3) que impidan daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, (apartado 1º de los arts. 129 y 130 del Proyecto).⁸⁴

Se puede observar, que la medida tiene como propósito no solo “(...) garantizar la ejecución de la sentencia, sino a proteger la finalidad misma del proceso y a evitar los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación.”⁸⁵

En cuanto al peligro en la demora se regula explícitamente “(...) pero no se alude en forma expresa a la seriedad de la demanda (*fumus boni iuris*), pese a que debe entenderse incluida como presupuesto para la denegatoria de la misma, pues resulta difícil aceptar que un actor temerario y sin evidente posibilidad de triunfo, se pueda valer de una medida cautelar en perjuicio de la Administración o de un tercero. En este sentido, reiteramos nuestra posición de que el *fumus* jugaría tan sólo como elemento excluyente de la medida cautelar, siempre que con evidencia se observara la falta de seriedad en la demanda, no como un imprescindible requisito a comprobar para la estimación de la medida.”⁸⁶

⁸⁴ Ibid. Pág. 192.

⁸⁵ Ibidem. Pág. 192.

⁸⁶ Ibidem. Pág. 193.

En cuanto a la tramitación de la medida cautelar, es por vía incidental, *“(...) en pieza separada y con audiencia de la parte contraria (...), se suprime la obligación establecida en el art. 123.2 de la anterior Ley Jurisdiccional. (...) El incidente cautelar será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes a la práctica del trámite de audiencia de la parte contraria.”*⁸⁷

En cuanto a la vigencia de la medida cautelar, se mantendrá su aplicación hasta que haya sentencia firme o cuando el proceso termine anticipadamente (art. 132.1 LRJCAE) de conformidad con la característica de la provisionalidad de la cautelar.

En el transcurso del proceso, se pueden modificar o revocar, pero solamente los autos que acuerdan medidas, *“(...) las reglas sobre modificación y revocación de medidas cautelares a que se refiere el art. 132 de la nueva Ley sólo se aplican a los autos que acuerdan medidas cautelares, y no a los autos que deniegan su adopción. La modificación o revocación de estos últimos sólo es posible lograrla en la correspondiente vía de recurso [arts. 80.1.a) y 87.1.b)] o reiterando la solicitud de adopción de medidas cautelares «en cualquier estado del proceso» (art. 129.1).”*⁸⁸

⁸⁷ Bacigalupo Mariano (1999). La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Pág. 186-187.

⁸⁸ Opus. Cit. Pág. 192.

Consecuentemente el auto que resuelva sobre una medida cautelar tendrá recurso de apelación y casación.

Regulan la adopción de medidas provisionalísimas de manera inmediata, “(...) *sin oír a la parte contraria cuando concurran en el caso ‘circunstancias de especial urgencia’*. Pues bien ha de entenderse que concurren tales circunstancias siempre que exista el riesgo de que se puedan frustrar los efectos de la eventual resolución estimatoria de la pretensión cautelar si no se adopta la medida con carácter inmediato”⁸⁹ (art. 135 LRJCAE).

Es permitida la adopción de medidas cautelares *ante causam* (art. 136.2 LRJCAE), exclusivamente para los casos de inactividad o vía de hecho. Se tramitan por el procedimiento establecido “(...) *para las medidas urgentes (art. 135), y como es natural, requerirán su ratificación posterior, al momento en que ya se interponga el proceso dentro del plazo establecido (diez días después de la notificación de la medida), pues de lo contrario, quedarán sin efecto automáticamente(...)*”⁹⁰, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados.

⁸⁹ Ibid. Pág. 187.

⁹⁰ Ibidem. Pág. 199.

Se regulan las medidas de contracautela, (dentro de las que se encuentra la caución), con el objetivo de evitar y paliar los perjuicios que puedan ocasionar las medidas cautelares acordadas, para mantener el equilibrio de los intereses en conflicto, son de aplicación facultativa, cuando se exigen, hasta que no se cumplan y acrediten, no surte efecto la medida cautelar ordenada. La forma de constituir la caución puede ser en cualquiera de las formas admitidas en derecho (art. 133 de la LRJCAE).

En cuanto al tratamiento cautelar de la inactividad y la vía de hecho, dispone el art. 136.1 de la LRJCAE:

“1. En los supuestos de inactividad y la vía de hecho, la medida cautelar se adoptará, salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en los artículos 29 y 30 o la medida ocasione una perturbación grave a los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada”

Cuando el artículo hace referencia a *“(...) la necesaria adopción de la medida cautelar, entendemos que lo hace en sus adecuados términos, es decir, que se adoptará en lo que resulte necesario y jurídicamente admisible, todo ello de acuerdo con la ponderación del Juez, quien para la fijación de su contenido gozará*

*de una amplia flexibilidad, sin encontrarse atado necesariamente al pedimento del accionante.*⁹¹

El art. 136.1 de la LRJCAE, no es una “(...) *mecanización jurisdiccional, pues debemos repetir hasta la saciedad, que cualquier automatismo está excluido en la justicia cautelar. También para estos casos, se impone la valoración circunstanciada de todo y los intereses en conflicto, lo único que ocurre, es que de no darse las causas que impiden la adopción de la medida, habrá de emitirse un auto estimatorio de la gestión cautelar, partiendo, claro está, de la necesidad de la misma, que surge a raíz del periculum in mora o de la peligrosa situación del objeto del proceso, motivo por el que debe integrarse el artículo 136.1 con el 130.1.*”⁹²

Asimismo serán “(...) *procedentes las medidas cautelares positivas solicitadas frente a la inactividad, siempre que no incurran en alguna de las limitaciones que para ellas se establece en el 136 .1, y en la medida en que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia; la finalidad legítima del recurso y para evitar daños de difícil o imposible reparación.*”⁹³

⁹¹ Ibidem. Pág. 197.

⁹² Óscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 196.

⁹³ Opus. Cit. Pág. 197.

Consecuentemente, no se otorgará la medida si de forma evidente y manifiesta, hay una inexistencia de la inactividad o vía de hecho, o si hay una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Sección B: Italia.

En Italia se sigue el “(...) *modelo objetivo de régimen francés, el sistema italiano estructura la justicia administrativa sobre una importante distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, pues la determinación de uno u otro concepto marcará la línea competencial en torno al proceso específico*”⁹⁴

Hay dos jueces competentes para dirimir las controversias con la Administración Pública: el juez administrativo que conoce de las disputas relativas a intereses legítimos, y el juez ordinario conoce de los asuntos relacionados a derechos subjetivos.

En lo atinente a la justicia cautelar administrativa, “(...) *legislativamente tan sólo se consagra la suspensión de los efectos del acto administrativo como única medida preventiva, reservada en principio, a los asuntos en que se discute sobre un interés legítimo, normalmente de aquellos denominados ‘oppositivi’, es decir, de*

⁹⁴ Ibid. Pág. 65.

*los que modifican un cuadro de intereses preexistente, y que por ende generan en la mayoría de los casos un proceso impugnatorio.*⁹⁵

Bajo ese tipo de proceso "(...) se prevé que 'la ejecución del acto puede ser suspendida por graves razones, con decreto motivado de la sección, si así lo solicita el recurrente'" (artículo 39 de la Ley del Consejo de Estado -T.U- 124). Por su parte, para los Tribunales Administrativos Regionales (TAR), como órganos de primera instancia, el artículo 21 de la Ley N° 1034 de 6 de diciembre de 1971, señala:

*'Si el recurrente, alegando daños graves e irreparables derivados de la ejecución del acto, solicita su suspensión, el TAR se pronunciará sobre ello con auto motivado, emitido en sala.'*⁹⁶

La suspensión "(...) está excluida sin embargo para aquellos asuntos en los que se debaten derechos subjetivos, como es el caso del denominado proceso de 'accertamento', en el que se habilita al juez para juzgar sobre las situaciones controvertidas de las partes y no exclusivamente sobre la legitimidad del acto."⁹⁷

Como en este último tipo de litigio, "(...) el debate se centra sobre las relaciones jurídicas entre partes, ha permitido afirmar la imposibilidad de la suspensión de los

⁹⁵ Ibidem. Pág. 66.

⁹⁶ Ibidem. Pág. 66.

⁹⁷ Ibidem. Pág. 66.

*efectos, pues se dice que una ordenanza de este tipo, supondría para la Administración no sólo la obligación de abstenerse de actuar en ejecución del acto, sino el deber de actuar positivamente, al estar vinculada por el reconocimiento cautelar y de urgencia de los derechos controvertidos necesariamente derivados de la decisión judicial de suspensión.*⁹⁸

La restricción aludida, “(...) en principio se extiende también a aquellos casos en los que -aún y cuando se discute sobre intereses legítimos-, ha surgido el conflicto ante la negativa de la Administración de acceder a lo solicitado por el particular, es decir, los que tienen por objeto actos negativos, ‘en los que el particular pretende ampliar su esfera jurídica.’”⁹⁹

Pese a que la regla de no conceder la suspensión de actos negativos, jurisprudencialmente “(...) se ha admitido la suspensión de la denegatoria a que un ciudadano participe en un concurso público; la suspensión de la denegatoria a la admisión en los exámenes de madurez; sobre la exclusión del servicio militar solicitado; acerca de la denegación de meras renovaciones de licencias; en lo relativo a la denegatoria de admisión en procedimientos que se desarrollan y finalizan en un tiempo breve; respecto de la denegación de la dispensa del servicio militar; sobre la inadmisión de un estudiante al examen de grado , etc. En general,

⁹⁸ Ibidem. Pág. 66-67.

⁹⁹ Ibidem. Pág. 67.

se ha llegado a afirmar que estos actos plenamente innovativos, son susceptibles de suspensión dependiendo del carácter discrecional o reglado de la potestad administrativa incitada, pues sólo en esta última hipótesis cabe la paralización de la ejecutividad.”¹⁰⁰

Es evidente el avance de la “(...) jurisprudencia italiana en materia de suspensión de actos negativos, (...) transforma el instituto, como instrumento tradicional de mera conservación del cuadro de los intereses preexistentes en el acto impugnado, a un momento de transformación del cuadro de los intereses del administrado, lo que en nuestro criterio no es otra cosa que un avance más en la universalidad de la tutela cautelar y una profundización de la corriente subjetiva que hoy por hoy envuelve a la “jurisdicción contenciosa”, en respuesta clara a la necesaria y sentida protección de los derechos fundamentales.”¹⁰¹

El ordenamiento italiano, además de regular la medida del incidente del acto administrativo, contiene una norma de carácter residual, que es el art. 700 del Código Procesal Civil, que dispone:

“Fuera de los casos regulados en las precedentes Secciones de este Capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para

¹⁰⁰ Ibidem. Pág. 67-68.

¹⁰¹ Ibidem. Pág. 68.

hacer valer su derecho por la vía ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar del Juez las providencias urgentes que parezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la resolución de fondo”

La aplicación de tal artículo, solo se le permitía al juez ordinario y no al administrativo, no fue sino hasta en sentencia número 190 de 28 de junio de 1985, dictada por el Tribunal Constitucional Italiano, en un asunto de empleo público, que se amplía y flexibiliza un poco más la tutela cautelar.

En dicha sentencia, se le “(...) reconoció al juez contencioso-administrativo la potestad de adoptar exactamente las mismas medidas cautelares que pueden acordar los Jueces civiles (a tenor del art. 700 del Codice de Procedura Civile), incluidas, pues, medidas cautelares positivas.”¹⁰²

Se ha establecido “(...) la posibilidad, plenamente ordinaria (esto es, no meramente excepcional), de que los jueces de este orden Jurisdiccional acuerden medidas cautelares distintas de la mera suspensión de la ejecución del acto impugnado, es decir, medidas cautelares (positivas) que impongan a la Administración con carácter provisional una conducta determinada —positiva u

¹⁰² Bacigalupo Mariano. La nueva tutela cautelar en el Contencioso- Administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., p. 99-100.

omisiva— mientras se sustancia el proceso principal (por ejemplo, el dictado provisional de un acto favorable, la realización de una prestación material en favor del recurrente o la cesación inmediata de una actuación material limitadora de sus derechos), en particular cuando, como se infiere de los ejemplos mencionados, el recurso contencioso-administrativo se dirige contra un acto denegatorio (expreso o presunto), la inactividad (material) de la Administración o la vía de hecho administrativa; en definitiva, siempre que mediante el recurso se pretende algo distinto o algo más que la (mera) anulación de un acto administrativo de gravamen.”¹⁰³

Se ha llegado a tal punto de apertura, que en “(...) palabras de Sabino CASSESE- «el centro de gravedad del proceso se ha desviado hacia el Juicio cautelar», siendo notable el «interés de las partes en anticipar en el juicio cautelar el juicio de fondo». Como señala el autor citado, este juicio se admite ahora también, en forma de medidas cautelares positivas y de conformidad con la antes mencionada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional italiano, respecto a los actos negativos”¹⁰⁴

De lo expuesto, se arriba a la conclusión “(...) que en el régimen italiano, se logró romper con la estructura exclusiva de la suspensión de los efectos como medida

¹⁰³ Opus. Cit. Pág. 100-101.

¹⁰⁴ Ibid. Pág. 100.

*cautelar. Ahora, el Juez de la materia goza de plenos poderes para echar mano de cualquier medida que se estime pertinente, bajo un amplio abanico de medidas innominadas.*¹⁰⁵

¹⁰⁵ Óscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III.. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 70.

CAPÍTULO TERCERO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COSTARRICENSE.

Sección Única: Ámbito Legal.

a. Medidas Cautelares Típicas.

a. 1. El incidente de suspensión del acto administrativo.

En torno al tema de las medidas cautelares, en nuestro país la de mayor relevancia, aplicación y arraigo, es la suspensión del acto administrativo, principalmente porque es la única que regula expresamente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente desde 1996 hasta el 31 de diciembre de 2007, unido al hecho de que el acto administrativo¹⁰⁶ por muchos

¹⁰⁶ Algunas de las definiciones de acto administrativo dadas por la doctrina son: Gordillo afirma por su parte, que el acto administrativo “es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.” Agustín Gordillo (1969). El Acto Administrativo. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. Pág. 114. Sayagués Laso por su parte lo define como: “toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos subjetivo.”, Enrique Sayagués Laso Enrique (1959). Tratado de Derecho Administrativo. Vol.II. Montevideo. Editorial Martín Branchi Altuna, p. 388. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Los actos administrativos son en realidad, declaraciones de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo, realizados por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria; ellos son actos unilaterales, procedentes de una Administración, lo que excluye, los actos jurídicos del administrado, tutelados por el Derecho Administrativo, pero sometidos a otro régimen sustancialmente diferente.” Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. Editorial Civitas. S.A. Pág. 342-343. Como bien lo expresa Saborío Valverde “El único aspecto relevante con respecto al cual no existe consenso en doctrina es el de la inclusión, dentro de la noción de acto administrativo, de las disposiciones reglamentarias o generales, pero en Costa Rica ese problema es solucionado de lege data por el 120.1 de la LGAP que reconoce la existencia de actos administrativos generales, situación que es reafirmada por nuestros Tribunales.” Rodolfo Saborío Valverde (1994). Eficacia e invalidez del acto administrativo, Segunda edición. San José. Ediciones SEINJUSA. Pág. 25. Para efectos de la presente investigación consideramos que la definición de la que debemos partir, por ser mas acorde con nuestro ordenamiento jurídico, es la ofrecida por Eduardo Ortiz Ortiz, precisa 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.” Eduardo Ortiz Ortiz (1994) Tesis de Derecho Administrativo. Volumen II. San José. Imprenta LIL S.A. Pág. 291.

años ha sido el centro del proceso contencioso administrativo, lo que ha propiciado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal enfocado hacia tal medida.

Tal incidente, al ser una medida cautelar, le son aplicables las características de: instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, cognición sumaria superficial, función, además opera bajo cinco pilares fundamentales aplicables a toda medida cautelar, a saber: situación tutelable, apariencia de buen derecho, peligro en la demora, la ponderación de los intereses en juego, (incluyendo por supuesto el interés público como parte de estos últimos) y caución.

Como ya se mencionó es la única medida cautelar, prevista expresamente por nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966, lo cual no veda la posibilidad de aplicar otras medidas innominadas.

Situación que cambia con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (ley número 8508 que rige a partir de enero de 2008) el cual deroga la LRJCA de 1966. Se elimina el incidente de suspensión del acto administrativo como única medida cautelar típica y se introduce un régimen cautelar innominado y amplio, con una norma *numerus apertus*.

a.1.1. La suspensión como excepción a la regla.

Como bien lo expresa Ortiz Ortiz, *“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.”*¹⁰⁷

La regla general del acto administrativo, es la ejecutividad¹⁰⁸ y ejecutoriedad¹⁰⁹ del acto establecida en el artículo 146 a 151 LGAP *“(...) para la ley y la doctrina, el acto administrativo, promulgado por una autoridad competente revestida al efecto con tal potestad, es un acto legal ejecutable y obligatorio, bajo la responsabilidad de la Administración Pública,”*¹¹⁰ en resguardo y afán de satisfacer un interés público bajo los lineamientos y respeto del principio de legalidad.

No se contempla la posibilidad de su suspensión *“ni por los recursos en vía administrativa (artículo 148 de la Ley General de Administración Pública), ni por la*

¹⁰⁷ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 279.

¹⁰⁸ Se puede definir la ejecutividad como aquella “cualidad del acto administrativo consistente en la capacidad que tiene la Administración, por el hecho de ser tal, de obligar unilateralmente a un tercero, ya sea creando, modificando o extinguiendo relaciones Jurídico-administrativas, atribuyéndole al contenido de tal relación el carácter de exigibilidad, (...) cualidad del acto administrativo atribuida en forma genérica por el ordenamiento jurídico.” Rodolfo Saborío Valverde (1994). Eficacia e invalidez del acto administrativo. Segunda edición. San José. Ediciones SEINJUSA. Pág. 38.

¹⁰⁹ En nuestro país si hay norma que regula la ejecutoriedad, se desprende del artículo 146.1 LGAP, la cual se define como aquella *“(...) prerrogativa otorgada a la administración por el ordenamiento jurídico en virtud de la cual puede ejecutar por sí misma los actos, administrativos eficaces, válidos o anulables, sin necesidad de recurrir a los Tribunales, aún contra la voluntad o resistencia del obligado.”* Rodolfo Saborío Valverde (1994). Eficacia e invalidez del acto administrativo. Segunda edición. San José. Ediciones SEINJUSA. Pág. 39.

¹¹⁰ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 119-2000 de las dieciséis horas del tres de mayo del dos mil.

interposición del proceso judicial ordinario que impugne su validez (artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).¹¹¹ Contrario a lo que sucede en “(...) la Jurisdicción Constitucional, donde la simple presentación de un recurso de amparo suspende la ejecución.”¹¹²

Sin embargo, el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹¹³, permite la posibilidad de que la parte interesada al interponer un proceso ordinario, pida que se suspendan los efectos del acto administrativo, siempre y cuando logre demostrar *“(...) la circunstancia especial de que la ejecución del acto produzca daños presentes o futuros de imposible o difícil reparación, por cuanto no son indemnizables al ser imposible su valoración económica, o bien, sí son valorables económicamente pero esto ofrece grandes dificultades o es más gravosa la reparación que la no ejecución.”¹¹⁴ “Esta es una medida excepcional que se concede solo en esos casos, cuando además no se ha ejecutado el acto en su totalidad.”¹¹⁵*

¹¹¹ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 348-2001 de las diez horas veinte minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno.

¹¹² Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 216-95 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del seis de junio de mil novecientos noventa y cinco.

¹¹³ Dispone el artículo 91 de la LRJCA: “1) *La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión...* 2) *Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*”.

¹¹⁴ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 163-98 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho. En igual sentido Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 355-2002 de las once horas quince minutos del once de octubre del dos mil dos. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 30-2003 de las diez horas cincuenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

¹¹⁵ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 216-95 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del seis de junio de mil novecientos noventa y cinco.

En síntesis *“los límites naturales para acordar una medida de suspensión se encuentran en no poder reparar las consecuencias de la ejecución del acto, si éste es anulado como consecuencia de la estimación del proceso y el que la no suspensión ocasione grave perjuicio a intereses públicos de mayor valor que el interés que debe satisfacer el acto que se pretende suspender.”*¹¹⁶

a.1. 2. Efectos y alcances de la resolución que otorga la suspensión.

En Costa Rica., la norma que consagra *“(..). la suspensión del acto impugnado se refiere a la “suspensión de la ejecución”, no a la de la eficacia (...). Los art. 91.1 L.RJ.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, porque 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.* ¹¹⁷

Dicha normativa hace pensar 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*

¹¹⁶ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 309-2004 de las diez horas cuarenta minutos del catorce julio de dos mil cuatro.

¹¹⁷ Eduardo Ortiz Ortiz (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A. Pág. 338.

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. Lo que significa que la suspensión es pura y simplemente la interrupción temporal —hasta tanto se produzca el fallo del proceso principal— del ejercicio de la potestad de ejecución del acto administrativo (ejecutorio), ahí donde exista, y nada tiene que ver con la eficacia de éste.”¹¹⁸

Se debe tener claro que “(...) no se toca la eficacia del acto executorio o por ejecutar, que se conserva para todo efecto; ni siquiera la existencia misma de la potestad ejecutiva del acto, que puede estar expresamente otorgada por ley (como lo está nuestro ordenamiento por el art. 146.1 L.G.A.P), sin limitaciones de tipo general. Lo único que se hace es impedir el ejercicio de la potestad —distinta e independiente, según todo lo ya explicado— de ejecutar el acto executorio.”¹¹⁹

En síntesis, “(...) la suspensión es de la ejecución, no de la eficacia del acto, y en que, por ello, quedan intactos —aunque sin realización inmediata— los demás efectos del acto administrativo, como la imperatividad (obligatoriedad), la degradación y sustitución de la esfera jurídica del destinatario en la medida necesaria para que se produzca el efecto del acto dentro de dicha esfera y

¹¹⁸ Opus. Cit. Pág. 338-339.

¹¹⁹ Ibíd. Pág. 339- 340.

finalmente, la posibilidad de hacer seguir el acto suspendido de otros que tomen en cuenta su existencia y eficacia, como condición de su validez. ¹²⁰

Es menester, señalar 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 executorio. 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.”¹²¹

a.1. 3. Recursos contra los autos que acuerdan o deniegan la suspensión.

En cuanto al tema de los recursos, el artículo 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estipula que, “*salvo lo dispuesto en esta normativa, los recursos se regirán por la legislación procesal civil*”, y el artículo 103

¹²⁰ *Ibíd.* Pág. 341.

¹²¹ *Ibidem.* Pág. 341.

del mismo cuerpo normativo , permite la aplicación supletoria el Código Procesal Civil, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De conformidad con lo anterior, y teniendo claro que la resolución que resuelve de la cautelar es un auto y no un auto con carácter de sentencia, el auto que acuerda o deniega la suspensión, goza del recurso ordinario de apelación, con efecto devolutivo, en virtud de los artículos 563¹²² y 560¹²³ del CPC.

No procede 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.*”¹²⁴

¹²² En lo conducente dispone el artículo 563 del CPC: *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.*”

¹²³ Al efecto dispone el artículo 560 del CPC: *“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. 10) El que deniegue la cancelación de las medidas cautelares.”*

¹²⁴ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica., p. 328.

En otro orden de ideas, lo resuelto por los Tribunales de segunda instancia, según lo dispuesto por el artículo 582 del Código Procesal Civil, no tiene recurso alguno, no cabe el recurso de revocatoria, por que:

“II. La petición de suspensión de los efectos de un acto administración se realiza a través de la vía incidental. La resolución dictada en primera instancia es conocida en apelación por este Tribunal. Desde ese punto de vista, no tiene más recursos que, en los casos que proceda, el de Casación. Por esa razón no es posible atender a la revocatoria petitionada. (Artículos 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 560, inciso 9 y 582¹²⁵, párrafo 2° del Código Procesal Civil).”¹²⁶

En ocasiones los litigantes lo que pretenden con la interposición del recurso de revocatoria y sus alegatos, es que se reconsideren nuevamente sobre el fondo las

¹²⁵ Artículo 582 del CPC: *“Recursos contra las resoluciones del tribunal de alzada. Contra los autos que durante la tramitación dicte el tribunal de alzada, y contra aquellos en los que se resuelvan incidentes promovidos ante él, se podrá pedir revocatoria al mismo tribunal dentro de tercero día, salvo que la ley negare expresamente ese recurso. En cuanto a las providencias, se aplicará lo dispuesto en el artículo 553. El escrito en que se formule el recurso contendrá, necesariamente, los motivos en que se fundamenta, sin lo cual será rechazado de plano.*

Contra los autos que ordenen prueba para mejor proveer y las demás resoluciones que dicte el tribunal de alzada no se dará recurso alguno, salvo el de casación, cuando legalmente proceda.”

¹²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 88-2001 de las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de marzo del dos mil uno. Solicitud de adición y aclaración en relación a la sentencia N° 30-2001 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dos de febrero del dos mil uno. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 365-2005 de las diez horas cincuenta minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cinco, 229-99 de las nueve horas treinta minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 336-2005 de las once horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de octubre del año dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 319-98 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del catorce de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

defensas de hecho y de derecho que ha expresado, lo cual no es posible por lo que se ha venido exponiendo.

Con respecto a la apelación por inadmisión *“es procedente cuando se deniega ilegalmente un recurso de apelación. Artículo 583 del Código Procesal Civil. En el presente caso, la parte demandada solicita dentro del incidente de suspensión, dejar sin efecto lo allí acordado en firme, lo cual fue rechazado de plano y en el auto que deniega el recurso se indica que lo pedido sólo puede ser conocido por vía incidental y lo resuelto carece de alzada. Y como efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 560 del Código Procesal Civil, lo resuelto carece de alzada, puesto que no conoce sobre el fondo de lo pedido sino con relación al procedimiento empleado, por lo cual se debe declarar sin lugar la apelación por inadmisión y confirmar el auto denegatorio del recurso. Artículo 589 del Código Procesal Civil.”*¹²⁷

En cuanto al recurso de adición y aclaración, nuestro Código Procesal Civil en su artículo 158 prevé el recurso de aclaración y adición:

¹²⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 83-2002 de las diez horas cuarenta y cinco del trece de marzo del dos mil dos.

“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 el 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.”

La interposición de este recurso en medidas cautelares se rige por las mismas reglas, se debe interponer dentro del tercer día, se debe explicar en qué consisten las ambigüedades o los pronunciamientos omitidos, de lo contrario la petición resulta inatendible.

No se puede conocer por la vía de aclaración y adición, cuando se pretendan introducir nuevas pruebas o argumentos:

“II- La resolución que suspendió el acto de despido sin responsabilidad patronal en contra del actor fue confirmada, de conformidad con las pruebas que constaban en ese momento en el expediente, sin que se pueda por ahora replantar el asunto con las nuevas pruebas y por la vía de adición y aclaración, puesto que sería conocer de

*una revocatoria, lo que está prohibido por los artículos 158 y 582 del Código Procesal Civil.*¹²⁸

Se deniega dicho recurso cuando se pretende conocer aspectos de fondo o relativos a la parte considerativa de la resolución y no a la dispositiva, también cuando alguna de las partes pretende con tal recurso, que se considere un extremo ajeno a la pretensión inicial, como se refleja en el siguiente extracto:

“I.- ÚNICO: En efecto, tal y como lo reconoce el gestionante en su solicitud, el artículo 158 del Código Procesal Civil, indica que procede la adición y aclaración únicamente en relación a la parte dispositiva de la resolución, en el sentido de que se adiciona lo omitido y se aclara la parte oscura, dudosa o ambigua; lo que no sucede en la resolución cuestionada, en que se concluyó en forma clara y motivada, en la improcedencia, en este caso concreto, de la suspensión de un acto que por naturaleza es ejecutivo y ejecutorio, desde el mismo momento que es dictado por la Administración. De manera que siendo que, lo que se persigue en el fondo no es aclarar, sino que se considere ahora un extremo ajeno a la pretensión inicial, como es abrir un plazo, no cabe más que declarar sin lugar la adición y aclaración, como

¹²⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 144-97 de las diez horas quince minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete. Solicitud de adición y aclaración formulada del voto número 76-97 de nueve horas cincuenta minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

*en efecto así se hace.*¹²⁹ “I.- (...) El actor solicita ahora adicionar la sentencia con la indicación que la garantía se podrá otorgar con documentos de crédito y garantías o fianzas personales, extremo que no fue propuesto ni discutido a lo largo de la tramitación del incidente, siendo una solicitud totalmente novedosa. Este tipo de petición debe presentarse dentro del incidente como una nueva gestión en primera instancia, dándole oportunidad de defensa a la contraparte. El caso es que el accionado no ha tenido oportunidad de manifestar su posición al efecto, y la cuestión no se encuentra en la previsión legal de ser un asunto omitido inicialmente por el Despacho, de manera que deviene improcedente lo pedido.”¹³⁰

Tampoco se puede pretender más o algo diferente de lo que se ha pedido en el incidente de suspensión o medida cautelar, “(...) esas manifestaciones impiden a esta Sección aceptar la adición o aclaración solicitadas, ya que incurría en el vicio de conceder más de solicitado. (Artículo 155 del Código Procesal Civil).”¹³¹

Se permite en este tipo de recursos corregir los errores materiales cometidos como por ejemplo la consignación equivocada de un número de sentencia:

¹²⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 217-98 de las quince horas treinta minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho. Solicitud de adición y aclaración en relación al Voto No. 163-98 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

¹³⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 88-2000 de las once horas del treinta y uno de marzo del dos mil. Solicitud de adición de la resolución N° 47-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero último.

¹³¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 206-2001 de las diez horas veinticinco minutos del dieciocho de junio del dos mil uno. Solicitud de adición y aclaración en relación a la sentencia número 155-200, Sección Primera, de las once horas diez minutos del ocho de junio del dos mil uno.

“II.- Ha de hacerse lugar a la corrección del error material señalado por el gestionante, en el sentido de que la resolución N°991-2002 de las trece horas del veintiuno de octubre de dos mil, fue dictada por el Juez Juan Carlos Segura Solís, y no como aparece en el resultando 3° de la resolución cuestionada. (Artículo 161 del Código Procesal Civil).”¹³²

Es claro, que no se permite la aclaración de la parte considerativa de las sentencias, como muchas veces han pretendido hacerlo las partes litigantes, tal petitoria ha sido rechazada jurisprudencialmente; sin embargo, en ciertas ocasiones se hace una breve explicación, a pesar de que lo solicitado no es objeto de aclaración o adición, por no ser aclaraciones de la parte dispositiva de la sentencia.

El CPCA, expresamente dice que la resolución, que resuelva sobre una medida cautelar es un auto, contra el que cabrá recurso de revocatoria ante quien resuelva la cautelar, puede ser el juez tramitador, conciliador o Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (art. 132.2 CPCA) y 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*” (art. 28, 30 CPCA). No se hace mención alguna respecto del recurso de apelación por

¹³² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 188-2003 de las diez horas cuarenta minutos del diez de junio de dos mil dos. Solicitud de aclaración y adición en relación a la resolución de este Tribunal N° 121 de las once horas diez minutos del veinticinco de abril del año en curso.

inadmisión, ni del recurso de aclaración y adición, al respecto se tendrá que aplicar la legislación ordinaria al efecto.

a.1. 4. Caucciones.

Como bien se sabe, la institución de las medidas cautelares se creó con el fin de evitar aquellos daños de difícil o imposible reparación que se pudieran dar mientras se resuelve el proceso principal, debido a la tardanza excesiva para la resolución de los mismos, todo esto con la aspiración de obtener el ideal de una justicia pronta y cumplida como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, y de permitir la efectividad de la sentencia definitiva; sin embargo, en la búsqueda de esa tutela, se pueden afectar los intereses de terceros o del interés público.

Frente a esa situación, la LRJCA permite expresamente, la aplicación de la caución, como única medida de contracautela, idónea para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse de la suspensión del acto, la cual puede constituirse en depósito de dinero efectivo, valores públicos o aval bancario.

Dispone el artículo 93.1 de dicho cuerpo normativo: *“(...) 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.”*

De tal redacción se desprende que *“(...) el legislador hace facultativa y no preceptiva la exigencia de la caución, es vinculante únicamente cuando la medida cautelar adoptada pueda generar perjuicios (...),”*¹³³ a los intereses públicos o de terceros.

La caución no debe operar como presupuesto, en el proceso administrativo *“(...) ya que, de lo contrario podría limitar sensiblemente la tutela cautelar, al existir una situación de desequilibrio originaria. García de Enterría sostiene que la caución no puede ser regla en el contencioso-administrativo, pues ‘la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela creando ella misma, unilateralmente... la situación posesoria que el recurso contencioso-administrativo intenta remover’.*¹³⁴

De conformidad con lo anterior, *“(...) es que la caución se constituye en condición de eficacia de la medida cautelar acordada, para los supuestos en que sea preceptiva (...),”*¹³⁵ sea, no tendrá efectos la suspensión decretada, hasta que la caución ordenada, no esté constituida y acreditada en autos (art. 93.3 LRJCA).

¹³³ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 153.

¹³⁴ Opus. Cit. Pág. 153.

¹³⁵ Ibid. Pág. 154.

Consecuentemente, *“(...) el juez debe tener un margen de discrecionalidad suficiente para decidir sobre la adopción de la contracautela y sus condiciones.”*¹³⁶

Por otro lado, la caución *“(...) es un medio de garantía que se impone a las partes o terceros relacionados con el litigio cuyo propósito es asegurar los posibles resultados económicos en caso de que se dicte un fallo desestimatorio”*¹³⁷ (art. 93.4 LRJCA), *“(...) quedando entonces condicionada la ejecución de la cautelar, a un acto de aseguramiento del resultado del proceso principal, que algunos autores llaman “contracautela”, porque está orientada en la dirección opuesta a la solicitada por el reclamante, con el fin de que se restablezca un equilibrio.”*¹³⁸

Esa contracautela, no se puede exigirse indistintamente, además, cuando proceda la misma, no puede ser de tal magnitud que al petente se le haga difícil o prácticamente imposible rendirla, vedando así, el acceso a la tutela cautelar.

Es claro, que el *“(...) recurso a la técnica de la caución debe ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en cuyo contenido se inserta el derecho a la tutela cautelar (art. 41 CP), y con la exigencia, también, de rango constitucional,*

¹³⁶ Ibidem. Pág. 154.

¹³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

¹³⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 105-2003 de las diez horas veinte minutos del cinco de marzo del dos mil tres.

de no discriminar el acceso a las formas de tutela judicial efectiva sobre la base de situaciones de insolvencia de la parte instante (art. 33 CP).¹³⁹

En otro orden de ideas, el momento procesal oportuno para analizar la caución es dentro del incidente de suspensión “(...) si así no se hizo y no se pidió adición, la oportunidad para reclamarla está precluída (...)”¹⁴⁰, solo se podrá discutir su procedencia si las circunstancias se modifican.

El cambio de circunstancias sirve tanto para conceder o levantar una caución, en voto número 343-95, se levantó y devolvió caución por considerarse que:

“III.- En cuanto a lo apelado, como se indicó ut supra, discrepa la mayoría del Tribunal, y estima que dadas las especiales circunstancias que rodean el caso, el tiempo transcurrido sin sentencia, la variación de las circunstancias primigenias desde el dictado del acto y su suspensión a la fecha, hacen que resulte de recibo la solicitud que en el fondo pide el recurrente para que se le levante la caución y se le devuelva. Doctrina del artículo 93.-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”¹⁴¹

¹³⁹ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 155.

¹⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 264-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto del dos mil uno.

¹⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 343-95 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

Por otro lado, se otorgó caución en el caso de unos estudiantes del Posgrado en Medicina contra la Universidad de Costa Rica, en un primer momento, a instancia de los actores, se suspendieron los actos impugnados, únicamente en cuanto al aumento del costo de la matrícula; en esta ocasión no se previó el establecimiento de una caución.¹⁴²

Luego mediante incidente de modificación de medida cautelar, se decidió decretar una caución en virtud de que las condiciones originales cambiaron, debido a que una gran mayoría de los estudiantes actores concluyeron el plan de estudios y pretendían graduarse, máxime que muchos de ellos eran extranjeros y necesitaban abandonar el país, lo cual implicaba la dificultad para la Universidad de recuperar las sumas no pagadas, en caso de que se les permita obtener su título, graduarse y juramentarse sin haber rendido caución alguna.¹⁴³

Aunque la aplicación de la caución en la jurisprudencia cualitativamente no ha sido mucha, en los casos que se ha dispuesto ha servido para evitar el menoscabo de derechos de quien soporta la medida cautelar y a la vez de quien se beneficia de la misma, porque de no existir la posibilidad de imponer una determinada caución muy probablemente no se hubiese dado la cautelar, o la ya dada, ante la modificación de circunstancias hubiese desaparecido, lo cual terminaría en una inadecuada tutela

¹⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 503-98 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

¹⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

judicial efectiva para las partes intervinientes en el proceso.

Sobre el tema el CPCA en su art. 28.1, presenta la novedad, de que no sugiere como sí lo hacía el art. 93 de la LRJCA, la caución como única medida idónea para paliar o evitar los posibles daños o perjuicios, que puedan derivarse de la medida cautelar otorgada, y así mantener el equilibrio de los intereses en conflicto.

Se utiliza el concepto de contracautela, el que resulta ser mucho más amplio; además, se ensanchan las formas de constituir la caución y garantía en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

a. 2. Embargo preventivo.

El embargo, puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles. Deben ser bienes determinados al pedirse el embargo, se debe indicar clara y precisa los bienes que se quieren embargar y en caso de ser bienes inscribibles, deben adjuntarse las certificaciones de bienes respectivas.

Los muebles, pueden quedar depositados en poder del propio deudor o de un tercero; pero en cualquier caso, aquel queda impedido de disponer de ellos.

El embargo sobre inmuebles y de algunos muebles, susceptibles de inscripción, se anotan en el Registro de la Propiedad y hace imposible cualquier movimiento respecto de ese bien.

Cuando el acreedor tiene título ejecutivo, puede embargar al deudor sin rendir garantía, Si no cuenta con un título ejecutivo, tiene que recurrir a la vía declarativa para obtenerlo (con la firmeza de la sentencia), lo cual se puede prolongar por muchísimo tiempo, pudiendo darse traspasos o gravados de bienes por parte del demandado, para evitar su responsabilidad.

Para evitar la situación descrita el acreedor puede embargar preventivamente, pero debe rendir una garantía según lo dispuesto en el artículo 273 del CPC:

“Si el acreedor no presentare título ejecutivo, deberá garantizar los daños y perjuicios que se originen del embargo, y determinar con claridad qué clase de prestación va a exigir del demandado, y la causa o título de ella.

La garantía deberá consistir en un depósito en efectivo o en valores de comercio a la orden del juez. Si fuere dinero efectivo, el depósito será del veinticinco por ciento de la suma por la cual se pide el embargo; y si se tratare de valores de comercio, del cincuenta por ciento cuyo valor se apreciará por el que tengan en plaza, a juicio del juez, según los datos que extrajudicialmente pueda obtener. El

decreto del embargo se notificará al deudor en el acto de su ejecución, o después.”

Esta medida cautelar tiene como finalidad “(...) *impedir que el deudor, mediante el ocultamiento o la distracción de bienes, haga ilusorio el resultado de un proceso, el acreedor podrá pedir el embargo preventivo*” (artículo 272 CPC). Para cumplir su objetivo se debe presentar antes, o con la presentación de la demanda.

Se puede levantar el embargo en cualquier momento, siempre y cuando se rinda una garantía a satisfacción del juez. La garantía será en dinero, hipoteca o valores de comercio, por la totalidad de suma del embargo decretado¹⁴⁴ (artículo 275 CPC).

El acreedor deberá presentar su demanda, en el transcurso de un mes después del día en que se hubiere practicado el embargo. Si en la demanda presenta título ejecutivo, el embargo preventivo se convierte en embargo ejecutivo, y se devolverá el depósito al actor, de lo contrario se tendrá que esperar a que haya sentencia firme (artículo 276 CPC).

¹⁴⁴ Ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 480-2003 de las once horas del tres de diciembre de dos mil tres.

Si no se presenta la demanda en ese mes, o si en sentencia firme no se le da la razón al embargante, o si se declara deserción, o se desiste de la demanda, se hará lo que dispone el artículo 277 del CPC:

“(...) No presentada la demanda en el plazo indicado, o desechada definitivamente por sentencia firme, se levantará el embargo y se condenará al actor a pagar los daños y perjuicios causados. En ambos casos, el depósito de dinero efectivo consignado por el autor será entregado, desde luego, al dueño de lo embargado, como indemnización fija, sin que por eso se coarte el derecho del perjudicado de exigir el saldo que se le adeude por los daños y perjuicios ocasionados por el embargo.

Si el depósito fuera de valores de comercio, se liquidarán previamente los daños y perjuicios, cuyo monto no podrá ser inferior al veinticinco por ciento de la suma por la que se obtuvo el embargo, y se rematarán luego los valores para cubrir con su producto los referidos daños y perjuicios.

En cualquier momento, antes de la presentación de la liquidación de daños y perjuicios, el embargante podrá obtener la devolución de los valores de comercio depositados, que reemplazará por el veinticinco por ciento en efectivo antes indicado.

Si tratándose de un proceso ejecutivo se confirmare el embargo, no habrá ya lugar a daños y perjuicios por razón del preventivo.

Para los efectos de este artículo, se considerará como sentencia definitivamente firme el auto en el se que declare no haber lugar a la ejecución, si pasados ocho días desde que se aprobó por el superior, o desde que transcurrió el plazo para apelar, en caso de no haberse hecho uso de este recurso, el actor no hubiere instado para que su demanda se tramite por la vía ordinaria.

En cuanto a las instituciones no obligadas al depósito para obtener el embargo preventivo, si no presentaren la demanda o si ésta fuere desechada definitivamente en los plazos al principio indicados, se les condenará de una vez al pago del veinticinco por ciento fijo, sin perjuicio de la liquidación complementaria que la parte agraviada intentare.”

Si después de corrido el mes para presentar la demanda, el actor la presenta y obtiene sentencia contraria al deudor, “(...) éste deberá devolver la suma que se le hubiere entregado en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, y, además, los intereses por todo el tiempo que hubiere disfrutado del dinero, al tipo fijado por el Banco Central de Costa Rica para préstamos personales, que hubiere estado rigiendo hasta la fecha en que hubiere recibido la indicada suma.” (Artículo 278 CPC).

Para decretar y ejecutar el embargo preventivo son hábiles todos los días y horas (artículo 279 CPC), el procedimiento que se le aplica, son las disposiciones sobre embargo en proceso ejecutivo (artículo 280 CPC).

Contra el auto en el que se decreta el embargo preventivo, solo cabe el recurso de apelación en un solo efecto (artículo 280 CPC).

a. 3. Anotación de la demanda en los Registros Públicos.

La anotación registral de la demanda, es una medida cautelar de mucha utilidad, lo que pretende es anotar en el Registro Público, la existencia de una demanda sobre un determinado bien, con lo cual el eventual comprador queda advertido de que un tercero pretende tener derechos sobre ese bien.¹⁴⁵

No significa un impedimento legal absoluto para enajenar, como en el caso del embargo preventivo, aunque difícilmente las personas adquieren bienes anotados, debido a que pueden perder todo o ver disminuido su derecho.

La medida bajo análisis, se encuentra regulada en el Código Procesal Civil:

“ARTÍCULO 282.- Requisitos. Si el actor de la demanda comprendida en los primeros cuatro incisos del artículo 468 del Código Civil, pidiere la anotación

¹⁴⁵ Referente al tema la jurisprudencia nacional ha dicho: “(...) la anotación en el Registro Público de la Propiedad tutela los derechos de terceros y surte efectos desde su anotación, sin que ello implique la imposibilidad de su transmisión, únicamente alerta a quien compra, de los riesgos en que incurre al existir un proceso cuyos efectos puede sufrir. (Artículos 468, 1º y 470 del Código Civil). En lo tocante a lo dispuesto a los planos de las propiedades a que se refiere esta litis, la medida precautoria debe igualmente rectificarse para tenerla como la obligación del Catastro Nacional de incluir en aquéllos una nota de advertencia que sirva a terceros posibles adquirentes de los terrenos a que se refiere el plano, de las limitaciones legales que afectan su propiedad, anotación que deberá figurar del mismo modo, para asegurar su eficacia, en la ficha catastral y en los certificados que de ella se expidan. (Artículos 9, 10 de la Ley de Catastro Nacional, 1. l), 5 l) y 110 del Reglamento de la Ley del Catastro Público y normas citadas del Código Civil).” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 117-2000 de las once horas del diecisiete de mayo del dos mil.

provisional de ella, el juez, inmediatamente después de recibir la solicitud, dirigirá un mandamiento al Registro Público, para que practique la anotación respectiva.

El mandamiento contendrá el nombre, los apellidos y el documento de identificación del actor y el demandado, así como las citas de inscripción de la finca o el derecho real de que se trate.

Practicada la anotación, a partir de la presentación del mandamiento, la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre la cosa se entenderá hecha sin perjuicio del acreedor anotante.

En casos análogos a los citados, si se solicitare, la demanda se anotará también en los bienes muebles o derechos reales sobre éstos, inscritos en los registros respectivos. (Así reformado por el artículo 180 del Código Notarial No.7764 de 17 de abril de 1998)”

Otra facilidad es el hecho de que es gratuita, en el sentido que no tiene que rendirse garantía como en el embargo preventivo. Sin embargo, no es aplicable a todos los casos, es restringida, sólo es posible en los supuestos previstos por el artículo 468 CC, en lo que interesa dispone:

“Artículo 468. Se anotarán provisionalmente:

1.- Las demandas sobre la propiedad de los bienes inmuebles determinados y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.

2.- Las demandas sobre cancelación o rectificación de asientos de registro.

3.- Las demandas sobre declaración de presunción de muerte, incapacidad de administrar y cualquier otra por la cual se trate de modificar la capacidad civil de la personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

4.- El decreto de embargos y secuestro de bienes inmuebles, sin necesidad de practicar la diligencia de secuestro.

(...) La vigencia de las anotaciones contempladas en los incisos 1), 2), 3) y 4) de este artículo, será determinada de acuerdo con el término de la prescripción extintiva correspondiente a la obligación o el derecho de que se trate. Estas anotaciones provisionales no impiden la inscripción de documentos presentados con posterioridad. Transcurrido dicho término, quedan canceladas sin necesidad de declaratoria ni de asiento. Este tipo de anotaciones se considerará gravamen pendiente en la propiedad. Cualquier adquirente de un bien anotado aceptará

implícitamente, las resultas del juicio y el registrador lo consignará así en el asiento respectivo, al inscribir títulos nuevos (...).”

Por razones obvias, la anotación no tiene carácter preprocesal, pues se refiere a una demanda, consecuentemente ésta tiene que haber sido presentada.

En afán de la función de las medidas cautelares, es posible que el Juzgado ordene la anotación de la demanda antes de darle trámite o notificar al accionado.

b. Medidas cautelares atípicas.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa desarrolla primordialmente y con todo pormenor el proceso revisor del acto administrativo, cuya sentencia lo anula o mantiene, pudiendo ser suspendido el acto impugnado, antes de que termine el proceso principal, con la medida cautelar típica de suspensión del acto administrativo.

Sin embargo, esto no quiere decir que antes del CPCA no exista medidas cautelares atípicas, puesto que se aplica supletoriamente la legislación civil (artículos 41 de la CP, 103 de la LRJCA que permite la remisión al 242 del Código Procesal Civil).¹⁴⁶

¹⁴⁶ “(...) es conveniente recordar que, además de la medida cautelar típica y propia del proceso administrativo, existen otros procedimientos cautelares que el juez está autorizado a conceder cuando los estime adecuados,

Al respecto, la Sala Constitucional resolvió en voto número 06224-2005, de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco, en cuanto a la aplicación del artículo 242 del CPC a la jurisdicción Contenciosa Administrativa, lo siguiente:

“VII.- (...) La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966) consagra, en apariencia, un sistema cautelar típico o numerus clausus, por cuanto, en su ordinal 91 solo regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en que cabe la suspensión de la ejecución del acto administrativo, con un ámbito de aplicación muy reducido para los actos positivos de gravamen y ejecutables. Esa ha sido la medida cautelar por antonomasia bajo la concepción de un proceso contencioso-administrativo revisor u objetivo (juicio al acto administrativo), de corte eminentemente anulatorio, sin embargo, modernamente se ha producido un replanteamiento de su función para estimarlo, también, como un proceso subjetivo y plenario. En todo caso, la conclusión apriorística anteriormente señalada, queda desvirtuada si se repara en la cláusula supletoria general contenida en el artículo 103 de ese cuerpo normativo, la cual reza, al efecto, lo siguiente: ‘En lo no previsto en esta ley regirán, como supletorios, el Código de Procedimientos Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial’. A partir de esta norma, el juez contencioso-

en razón de la existencia de un fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra una lesión grave y de difícil reparación; para evitar el daño, el juez puede autorizar o prohibir, entre otros, la práctica de determinados actos (relación de los artículos 241 y 242 del Código Procesal Civil).” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 343-99 de las once horas treinta minutos del veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

administrativo, tanto en los procesos contencioso-administrativos de mera anulación como de plena jurisdicción como en los civiles de hacienda, puede acudir al Código Procesal Civil, cuerpo legislativo que sí contiene una cláusula residual o de clausura del sistema cautelar que funciona a manera de válvula de escape o de seguridad para neutralizar los peligros no previstos en las cautelas expresamente determinadas por la ley (típicas). En efecto, el artículo 242, párrafo 1°, 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, al indicar lo siguiente: ‘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’. La aplicación supletoria de esa 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. Desde luego, que lo anterior, no excluye el comprensible, pero no por ello superable, horror en vacío que algunos jueces de ese orden jurisdiccional pueden sentir, íntimamente, al decretar una medida cautelar positiva o innovativa cualquiera que sea su contenido o efecto (inhibitorio, ordenatorio o sustitutivo).”

b. 1. Regulación del artículo 242 del Código Procesal Civil.

El artículo 242 del Código Procesal Civil (norma aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo durante la vigencia del artículo 103 LRJCA, hasta el 31 de diciembre de 2007), instituye la tutela cautelar atípica, que al igual que la típica, tiene como fin garantizar la efectividad de la sentencia.

Se le llama norma de clausura “(...) *(del sistema cautelar típico o nominado), toda vez que le confiere al juez un poder cautelar general, aunque relativamente limitado, que le permite dictar medidas precautorias atípicas, tanto conservativas como anticipatorias, con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva (...)*,”¹⁴⁷ en aquellas situaciones, que deja por fuera la tutela típica.¹⁴⁸

La aplicación de las medidas cautelares atípicas, tiene ciertos límites, tanto los exigidos por la naturaleza misma de las medidas cautelares, llamados “(...) *intrínsecos (presupuestos, características estructurales) y extrínsecos (principios*

¹⁴⁷ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 155.

¹⁴⁸ Conservativas: “(...) *impiden que la situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá la sentencia principal, se modifique durante la pendencia o mora del proceso dirigido a obtener el pronunciamiento de anulación del acto y a asegurar que éste intervenga red adhuc integra*” Anticipativas o innovativas: “(...) *se orientan a satisfacer anticipadamente, total o parcialmente, y con carácter provisional la situación jurídica cautelada(...), 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 cognición sumaria, una disciplina provisoria de la controversia jurídica*”. Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. op. cit. Pág. 159-161.

de subsidiariedad¹⁴⁹ (...), congruencia, dispositivo, proporcionalidad), por lo que no puede hablarse de un poder general de cautela.¹⁵⁰

El art. 242 CPC lo único que precisa, en cuanto al contenido de la cautelar, es que *“(...) la medida precautoria ordenada sea ‘adecuada’ a la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia definitiva. De esta forma, la medida concreta se puede definir caso por caso, sin tipificación previa; puede el justiciable configurar el régimen de tutela provisional más adecuado para el caso concreto.¹⁵¹* Sin dejar de lado los límites intrínsecos¹⁵², y algunos extrínsecos.¹⁵³

Debe entenderse, el criterio de la "adecuación" como *“(...) lo indispensable, proporcionado e idóneo para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de fondo, (...), tal ‘adecuación’ está determinada por la existencia del ‘periculum in mora’ que amenaza la situación jurídica sustancial.¹⁵⁴*

El único presupuesto, que el legislador reguló explícitamente, es el periculum in mora *“(...) al condicionar la adopción de las medidas precautorias adecuadas a la*

¹⁴⁹ La tutela cautelar atípica, se aplica de manera residual o subsidiaria, lo que quiere decir que se podrá tutelar una determinada situación fáctica, si la misma, no es amparable mediante una medida cautelar típica, en el caso del proceso contencioso administrativo, el incidente de suspensión del acto administrativo.

¹⁵⁰ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 155.

¹⁵¹ Opus. Cit. Pág. 155.

¹⁵² Como los presupuestos y las características estructurales de las medidas cautelares.

¹⁵³ Principios de subsidiariedad, congruencia, dispositivo, proporcionalidad.

¹⁵⁴ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 220- 221.

existencia de un ‘...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’ (...), sea el peligro de la infructuosidad práctica o de la tardanza de la sentencia de mérito.”¹⁵⁵

En relación con el presupuesto, de situación tutelable, “(...) el art. 242 CPC se refiere únicamente a los derechos, empero, a la luz 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) .

Por su medio, pueden tutelarse tanto pretensiones meramente declarativas, como también las constitutivas y de condena -incluso de las pecuniarias-.”¹⁵⁶

En cuanto a la exigencia de la caución es potestativa, no siendo un presupuesto para el otorgamiento de la misma.

El art. 242 CPC, menciona posibles medidas cautelares atípicas, que el juez legalmente podría adoptar, con el objetivo de evitar el posible daño: “(...) el juez

¹⁵⁵ Opus. Cit. Pág. 221.

¹⁵⁶ Ibid. Pág. 224.

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

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, se introduce una norma *numerus apertus*, que no es de carácter residual ni subsidiario, como lo es el 242 del CPC, se amplía y flexibiliza la tutela cautelar con el afán de que se pueda tutelar una mayor diversidad de cuadros fácticos.

Para la determinación del contenido de la cautelar, se establece que el juez tomará aquellas medidas “(...) *adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.*” (Art. 19. 1 CPCA). Claro, sin dejar de lado las características de instrumentalidad y provisionalidad (art. 22 CPCA), así como los presupuestos de ponderación de los intereses presentes en el caso concreto (art. 22 CPCA), apariencia de buen derecho (art. 21 in fine CPCA) y especialmente el peligro en la demora (art. 21 CPCA).

Subsiste la posibilidad de seguir aplicando medidas de carácter conservativo (como el incidente de suspensión del acto administrativo), así como de medidas cautelares positivas de efectos anticipativos o innovativos, mediante obligaciones de hacer, de no hacer o de dar (art. 20 CPCA).

El juez tiene un poder general cautelar, al extremo que no hay un principio de congruencia que respetar, pues perfectamente el juez se puede apartar de lo solicitado por el articulante, y concederle una medida completamente distinta, en virtud de la adecuación y necesidad, en afán de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad del fallo del principal.

TÍTULO II: LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL DE LA TUTELA
CAUTELAR EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO PRIMERO: LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO MEDIDA IMPERANTE EN LA JURISPRUDENCIA.

Sección A: Aspectos procesales.

a. Solicitud por vía incidental.

Tenemos entonces que de *“(...) conformidad con el numeral 92 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la suspensión de un acto o disposición debe formularse por la vía incidental”¹⁵⁷*, consecuentemente si el inconforme lo hace de cualquier otra manera, sin *“(...) cumplirse los requerimientos establecidos, el pedimento debe rechazarse ad portas.”¹⁵⁸*

No es declarable de oficio, necesariamente debe ser pedida por la parte interesada, (artículo 91.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), aspecto que es reiterado por el párrafo 4 del artículo 91 ibídem al señalar que la suspensión prima facie se ordena siempre a petición de parte.

Al estar el incidente bajo estudio, regulado mediante un procedimiento especial (artículos 91 a 93 LRJCA), no se le aplica la regla general del artículo 487 del Código Procesal Civil, el cual dispone que se *“(...) deben presentar simultáneamente todos los incidentes a que la parte tenga derecho en un momento dado (...).”*

¹⁵⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 118-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de mayo del dos mil uno.

¹⁵⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 118-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de mayo del dos mil uno.

En la suspensión del acto administrativo “(...) lo que priva no es el problema procesal de la interposición de incidentes dentro del proceso con la posible intención de atrasar el proceso, sino la de determinar si la ejecución de los actos administrativos impugnados puede ocasionar daños irreparables a la parte.”¹⁵⁹

La oportunidad para pedir la suspensión de los actos administrativos es en cualquier momento, mientras subsista la posibilidad de producción de daños de difícil o imposible reparación, por supuesto antes de que haya resolución firme en el principal, según el artículo 92.1 LRJCA, “(...) la suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado.”¹⁶⁰

Igualmente cuando se trate de levantar dicha suspensión, como se expresó en el siguiente extracto: “V.- La orden para levantar la orden de suspensión de los actos administrativos, reclamada por el recurrente es procedente, ya que dicha medida puede ser pedida en cualquier momento en que las circunstancias así lo aconsejen y la solicitud fue formulada por el representante de la Caja Costarricense de Seguro Social, legitimada para tal petición.”¹⁶¹

¹⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 39-98 de las catorce horas del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho.

¹⁶⁰ 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.”

¹⁶¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 315-97 de las dieciséis horas diez minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

Para el incidente de suspensión del acto administrativo y las medidas cautelares en general, rigen los mismos presupuestos para entablar y ejercer cualquier acción en los estrados judiciales, como son la legitimación¹⁶², el derecho y el interés actual.

En lo concerniente a la nomenclatura del incidente, en aplicación analógica de la resolución N° 79-2000 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil, no se considera que hay nulidad, cuando al incoarse un incidente de suspensión del acto administrativo, modificación o levantamiento de la medida cautelar, se rotula con un nombre diferente al que le corresponde de conformidad con su petitoria, se puede entrar a conocer el incidente siempre y cuando del libelo se desprenda con claridad qué tipo de incidencia se está solicitando.

Por último, en el incidente de suspensión del acto, el pronunciamiento sobre las costas debe hacerse de oficio y solo cabe sobre las costas procesales, *“(...) de conformidad con el numeral 221 párrafo segundo del Código Procesal Civil, las resoluciones que deciden incidentes que no ponen término al proceso principal, únicamente condenarán al pago de las costas procesales. Por su parte, el artículo*

¹⁶² “VI.- La parte incidentista es la misma que aparece como actora en la demanda principal; esa legitimación es suficiente a los efectos de incoar la articulación” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 218-99 de las quince horas treinta minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 511-2004 de las diez horas treinta y cinco minutos del trece de octubre del dos mil cuatro.

98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contempla casos de excepción, que debe ponderar el Juzgador a fin de determinar, si es posible una exoneratoria en el pago de aquellas. En la especie se estima, que la incidentista tuvo motivo suficiente para litigar (...).”¹⁶³

De tal manera que se puede resolver sin especial condenatoria de las costas procesales causadas, en aquellos casos en que el articulante actúe de buena fe, en defensa de sus intereses.¹⁶⁴

b. Solicitud prima facie.

Conocida por alguna doctrina como “inaudita altera parte”. La conceptualizamos como aquel incidente de suspensión del acto administrativo, que se puede y se debe resolver, sin dar audiencia del mismo a la contraparte, en casos donde la permisibilidad del contradictorio pone en peligro la consecución de la función u objetivos para el cual fue creada la medida cautelar mencionada, debido a que la magnitud de los daños es muy grave, de manera tal que debe ser resuelta lo antes posible para que no haya pérdida de interés actual.

¹⁶³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 326-98 de las nueve del dos de setiembre de mil novecientos ochenta y ocho. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 296-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de setiembre del dos mil uno, 340-99 de las catorce horas treinta y cinco minutos del doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, 458-2002 de las dieciséis horas veinte minutos del dieciocho de diciembre del dos mil dos, 11-2003 de las once horas quince minutos del veintiocho de enero de dos mil tres, 10-2003 de las once horas del veintiocho de enero de dos mil tres.

¹⁶⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 204-2003 de las diez horas cuarenta minutos del veinticinco de abril de dos mil tres. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 165-99 de las diez horas del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

La normativa costarricense permite de conformidad con el artículo 92.4. LRJCA que en “(...) casos especialísimos, podrá el Tribunal, desde el escrito de interposición y prima facie, ordenar la suspensión, siempre a petición del demandante.” Así aplicado y desarrollado, en la siguiente recopilación jurisprudencial:

“IX.- En lo relativo al agravio expresado por la personera del Estado, en el sentido de no habersele conferido audiencia a su representado, es preciso señalar que en el supuesto concreto de las medidas cautelares adoptadas prima facie pero lite pendente, contemplado en el ordinal 92.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 357 de la Ley General de la Administración Pública, éstas se otorgan prescindiendo del contradictorio, por cuanto, así lo justifican razones o motivos de máxima urgencia que impelen al órgano jurisdiccional a adoptar la medida sin oír al sujeto pasivo de esta -Administración-, todo con el propósito de garantizar la actuación y efectividad de la medida precautoria. Resulta incuestionable, la existencia de hipótesis especialísimas en las que la urgencia de proveer es de tal envergadura -por la magnitud de los daños y perjuicios que se pueden causar a ciertos bienes sensibles y de alta jerarquía- que no puede existir la más mínima dilación, ya sea, por la consumación de efectos irreversibles o bien por la posibilidad que tiene el sujeto pasivo de sustraerse de sus efectos.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 154-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis. En igual sentido resolución. Tribunal

Es una facultad discrecional que la ley le otorga al Juez, al presentarse el incidente de suspensión “prima facie” del acto administrativo, el Juzgador analizará si las circunstancias revisten el carácter de especialísimas que se exige legalmente y determinará si lo resuelve inaudita altera parte.

Pero “(...) el hecho de que el Juzgado le haya dado o no, un tratamiento prima facie a otros incidentes de suspensión, en nada vincula al Juzgador, porque en todo caso, la decisión depende de las particularidades propias y características de cada asunto, así como del criterio del Juez que sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y no a lo que hayan resuelto con anterioridad jueces de igual rango, y ni siquiera a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores, salvo la de Sala Constitucional. (Artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 9 del Código Civil).”¹⁶⁶

Por otro lado el Tribunal Contencioso Administrativo “(...) no solo estima que la medida cautelar de suspensión de acto prima facie, se encuentra vigente sino que se

Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 153-2001 de las diez horas treinta minutos del ocho de junio del dos mil uno.

¹⁶⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 70-2000 de las trece horas quince minutos del veinticuatro de marzo del dos mil.

*halla fortalecida con lo dispuesto en los artículos 241 y 242 del Código Procesal Civil.*¹⁶⁷

Se debe tener claro que el incidente prima facie “(...) *solo autoriza resolver sin audiencia previa, pero no a prescindir de las notificaciones pertinentes;*”¹⁶⁸ si se prescinde de la misma, se produciría indefensión a las partes, provocando nulidades absolutas, no se trata de que la otra parte desconozca de la interposición del incidente.

Algunos de los casos en que se ha dado la suspensión del acto administrativo “prima facie”, por considerarse que revisten urgencia y especialidad necesaria son: órdenes de desalojo administrativo¹⁶⁹, casos de despido¹⁷⁰, en revocatorias de nombramientos¹⁷¹, también en aquellos que se pone en riesgo la vida y la salud de las personas¹⁷², se suspendieron acuerdos de la Junta Directiva de la Refinadora

¹⁶⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 218-99 de las quince horas treinta minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁶⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 5-2003 de las diez horas con treinta minutos del veintidós de enero del dos mil tres.

¹⁶⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 77-97 de las diez horas del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

¹⁷⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 145-2001 de las once horas treinta minutos del veintidós de mayo del dos mil uno. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 153-2001 de las diez horas treinta minutos del ocho de junio del dos mil uno.

¹⁷¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 70-2000 de las trece horas quince minutos del veinticuatro de marzo del dos mil.

¹⁷² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 154-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Costarricense de Petróleo, que daban por finalizado el contrato de arriendo, así como desalojo de las gasolineras.¹⁷³

Igualmente se hizo con resoluciones y actos administrativos que pretendían modificar el tiempo de estadía de los compradores en el Depósito Libre de Golfito, en su momento se consideró que se debía *“(...) mantener mientras se falla el proceso, por estimar que un cambio en este momento produciría graves trastornos al funcionamiento del Depósito y que para el Estado sería muy difícil reparar en caso de que la actora ganara la demanda.”*¹⁷⁴

Así como en cierres prolongados de centros educativos universitarios, por considerarse que *“(...) el daño causado con el cierre sería de difícil o imposible reparación, lo procedente es confirmar al menos en este punto específico del acto cuestionado, la suspensión dispuesta por el señor Juez de instancia. (...)”*¹⁷⁵

En el CPCA, se mantienen las medidas cautelares prima facie (art. 25 CPCA), se introduce la adopción de medidas provisionalísimas (art. 23 CPCA), las cuales en cuanto a función y efectos es equivalente a los que se obtienen con las medidas cautelares prima facie.

¹⁷³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 194-2004 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de mayo del dos mil cuatro.

¹⁷⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 218-99 de las quince horas treinta minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁷⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 363-2003 de las once horas veinticinco minutos del cuatro de julio del dos mil tres.

c. Medidas cautelares ante causam.

Son aquellas que se piden antes de ser entablado el proceso principal, al amparo de la característica típica de urgencia de las medidas cautelares.

El análisis jurídico que se ha pregonado hasta el momento por la jurisprudencia con respecto al tema es que el artículo 103 LRJCA "(...) *permite aplicar en lo no dispuesto el CÓDIGO PROCESAL CIVIL, que a su vez tiene un título de medidas cautelares a partir de la norma 241, que al efecto dispone que las mismas pueden ser anteriores o durante la tramitación de un juicio principal, de cuya existencia depende la de ellas. Se establece que el juzgador podrá determinar tanto las que expresamente se han dispuesto, como todas aquellas que considere adecuadas a su discreción, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra una lesión grave de difícil reparación (art. 242 ibídem), y en caso de ser previa, la accionante debe presentar su demanda principal en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida (art. 243); que en esta materia tendría que ser un proceso ordinario contencioso administrativo, dirigido a cuestionar la legalidad de un acto final, previo agotamiento de la vía ante la Administración (arts. 18 y 31 LRJCA).*"¹⁷⁶

¹⁷⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 16-2003 de las diez horas cuarenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 417-2005 de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de setiembre de dos mil cinco.

Tal interpretación jurídica se refuerza, con la promulgación del artículo 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que regula y permite expresamente su aplicación, estableciendo término perentorio de 15 días para la presentación de la demanda principal.

Los dos casos jurisprudenciales encontrados, deniegan la medida cautelar porque lo que se pretendía no era previsible para la interposición de un proceso principal, no estaba contemplado legalmente:

“Así las cosas, en el presente caso se observa que no ha sido emitida la resolución institucional que se pretende cuestionar, sino que se trata de un posible acto futuro, de manera que no es previsible siquiera la interposición de una acción principal y menos dentro del plazo legal indicado, defecto que de inicio impide acoger la petición; adicionalmente, ante la omisión dicha, tampoco se puede considerar seriamente el temor de una lesión al derecho de la actora, fuera de que afirmaciones como el peligro de quiebra de la empresa, su única actividad y el número de empleados tampoco han sido establecidos. Razones por las cuales se considera pertinente ratificar lo resuelto.”¹⁷⁷

¹⁷⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 16-2003 de las diez horas cuarenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 417-2005 de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de setiembre de dos mil cinco.

Es interesante tener en cuenta que un *“sector de la doctrina no deja de manifestar sus recelos, pues tal instrumento, en su opinión, puede prestarse para fines intimidatorios o coactivos, se abusa de su finalidad, lo cual no rima con la naturaleza y esencia del proceso y de la Jurisdicción en general”*¹⁷⁸ mientras que otros ven la imposibilidad de otorgar este tipo de medidas cautelares como un “defecto del sistema”. También surge la interrogante de qué pasa con la característica de la instrumentalidad, la cual ha sido un pilar fundamental para el desarrollo del instituto de las medidas cautelares.

El CPCA, introduce explícitamente la adopción de medidas cautelares *ante causam* (las cuales están reguladas en el art. 241 y ss. del CPC) ante el juez tramitador, una vez otorgada la medida se debe establecer la demanda principal en el término perentorio de 15 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”* (art. 26 CPCA).

La procedencia de medidas cautelares ante causam, es muy importante, pues a veces se requiere adoptar de manera urgente una cautelar debido a la inminencia del daño, aun sin existir un proceso previo, pues solo así se puede conservar la

¹⁷⁸ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 120.

efectividad de una posible sentencia estimatoria, pero es necesario establecer un plazo dentro del que se debe incoar el proceso principal, en pro del principio de seguridad jurídica, y de la misma tutela judicial efectiva, no se puede permitir que por un plazo indefinido se someta a una persona a soportar una medida cautelar la cual es de carácter instrumental y provisional, sin estar ni siquiera sometida a un proceso donde se pretendan obtener la tutela de un derecho.

El cumplimiento de la tutela judicial efectiva no se puede llevar al punto de caer en una inseguridad total para los administrados, hay que imponer límites para su ejercicio para no menoscabar injustificadamente los derechos de la contraparte.

d. Principales errores en la solicitud de las medidas cautelares.

a. Impugnación de actos.

Un error que se da reiteradamente, es que en el incidente de suspensión del acto administrativo, se pretende dejar sin efecto un determinado acto, pero resulta que el mismo no fue impugnado en el proceso principal o viceversa, contraviniendo totalmente la característica de instrumentalidad y accesoriedad de dicha figura.

Al no haber la identidad entre el acto impugnado y el que se pretende suspender porque produce daños de difícil o imposible reparación, se rechaza la incidencia, como sucedió en resolución N° 482-2003 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de las once horas del ocho de octubre del dos mil tres:

“El incidente pretende suspender una orden de desalojo de esos terrenos dictada en sede administrativa; pero resulta que ese desalojo no está aquí impugnado y tiene efectos propios y como no tiene relación inmediata con la pretensión principal no cabe como incidente tal y como fue planteado y por ende no puede producir tampoco daños de imposible o difícil reparación, en cuyo caso procede confirmar la resolución apelada que lo denegó.”¹⁷⁹

Se tiene que *“(...) la impugnación previa del acto constituye un presupuesto esencial para que se pueda, en esta vía, ordenar la suspensión de sus efectos como medida cautelar (...).”¹⁸⁰*

En este mismo orden de ideas, en resolución N° 107-99 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve se impugnó un acto de mero trámite , que si bien sí estaba impugnado en el principal no era capaz de producir daños, mientras que el acto que le imponía al incidentista una sanción y que consecuentemente le podía producir un daño al disconforme, no fue impugnado dentro del proceso principal, era *“(...) el acto final y no el de inicio del procedimiento*

¹⁷⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 346-99 las once horas cuarenta minutos del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 400-2005 de las diez horas veinte minutos del catorce de setiembre de dos mil cinco.

¹⁸⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 482-2003 de las once horas del ocho de octubre del dos mil tres.

administrativo, el que podría eventualmente causar daño". Por las razones esgrimidas se deniega el incidente.

Por último tenemos el pretender suspender un acto o actuación pública, que ya fue desestimada mediante resolución definitiva en la demanda principal.¹⁸¹

b. Fundamentación y expresión de agravios.

En cuanto al yerro de no fundamentar y expresar agravios, el Tribunal ha sido flexible, haciendo un esfuerzo por extraer los mismos del escrito de apelación, como bien se puede entender del siguiente extracto:

*"IV.- Que en esta instancia no se expusieron los motivos de su inconformidad, los que tampoco pueden obtenerse del escrito de alzada en virtud de que se limitó a interponer la apelación. No obstante, de la lectura del libelo en que solicitó la suspensión se tiene, que fue cesado a su entender, en forma ilegítima en su puesto el 16 de setiembre de 1996, lo que indica le causa graves perjuicios –económicos y morales -, para él y su familia."*¹⁸² Pero hay ocasiones en que, en definitiva, no se puede hacer nada pues ni siquiera del escrito de solicitud de la medida cautelar se pueden extraer.

¹⁸¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 344-2002 de las diez horas cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos.

¹⁸² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número N° 386-99 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 41-2004 de las diez horas treinta minutos del once de febrero del dos mil cuatro.

Todo lo anterior, a pesar de que puede declarar sin lugar la gestión al no cumplir con dicho requisito. Sobre el tema se ha dispuesto:

“II. Esta situación obliga al Tribunal, en atención a la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a confirmar la sentencia recurrida. Al respecto la Sala mencionada, ha manifestado: ‘Como se indicó claramente en el voto N°195-f-02 de las 16:15 horas del 20 de febrero del 2002, la expresión de agravios, como acto procesal en segunda instancia que sustenta los cuestionamientos formulados contra la sentencia del a quo, determina el ámbito competencial del tribunal y, más tarde, de la Sala de Casación. Es decir, en tutela de los principios dispositivo y de prohibición de reforma en perjuicio, los juzgadores están impedidos para conocer, y menos aún modificar, aspectos no objetados. De ahí que si en la especie la recurrente se limitó a plantear su disconformidad (...), sin argumentar en definitiva sobre el particular -tal y como era su obligación-, renunció implícitamente a su apelación al privar de competencia al tribunal, el que desbordaría sus atribuciones, bajo sanción de incongruencia, en caso de ejecutar un examen oficioso de la sentencia con una simple referencia de oposición. ‘ (Sentencia 961-F-02 de las nueve horas treinta minutos del seis de diciembre de 2002).”¹⁸³

¹⁸³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 78-2003 de las once horas veinte minutos del veintiuno de marzo de dos mil tres. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 385-2003 de las diez horas veinte minutos del ocho de octubre del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 433 -2003 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del siete de noviembre del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto

Tal situación dificulta, aun más la resolución expedita de los incidentes, pues implica un mayor tiempo de estudio para cada expediente.

c. Demostración de los daños de difícil o imposible reparación.

Se puede decir que éste es el principal error en el que incurren los incidentistas. No aportan prueba que demuestre los daños de difícil o imposible reparación, en que consiste el perjuicio, la dificultad de su reparación, así como cuando el caso lo amerita la cuantía. Simplemente, muchas veces solo se cuenta con el dicho de la parte como se refleja a continuación:

“(...) Tampoco está comprobado, como se dice en la resolución combatida, que se hayan adoptado medidas tales que lesionen los derechos laborales de los accionantes. Lo único que consta en autos es el dicho de los demandantes, sin que esto pueda tenerse por cierto como para que sean generadores de efectos jurídicos.”¹⁸⁴

Así también, *“(...) la suspensión del acto debe ser sólo cuando se den ciertas circunstancias calificadas por la misma norma, que se ocasione al administrado "daños de reparación imposible o difícil"; sin embargo, en el caso en cuestión, el*

número 16-2003 de las diez horas cuarenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 282-2001 de las diez horas veinticinco minutos del cinco de setiembre del dos mil uno. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 156-2003 de las diez horas cuarenta minutos del dos de abril del dos mil tres.

¹⁸⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 316-98 de las diez horas del catorce de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

actor solo indica que el acto le produce daños, sin concretar cuáles, y en modo alguno qué los hace irreparables; finalmente se abstiene de presentar alguna prueba que los demuestre (artículos 317 y 318 del Código Procesal Civil), de manera que, no se constata el requisito fundamental para la procedencia de la gestión.-”¹⁸⁵

d. Discusiones y pretensiones propias del proceso principal.

De conformidad con las características del incidente de suspensión del acto administrativo, ciertas cuestiones no deben ser dirimidas en el mismo, por que corresponde hacerlo en el principal. ¹⁸⁶

No se deben resolver asuntos relacionados con los *aspectos de fondo* como: la supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa¹⁸⁷, naturaleza, eficacia, vigencia o validez de un determinado contrato, problemas de legitimación activa¹⁸⁸, si se impugnó en tiempo o no actos de la municipalidad¹⁸⁹, si se despidió bien o no

¹⁸⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 196-97 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 236-2005 de las diez horas diez minutos del veintidós de julio del año dos mil cinco.

¹⁸⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 236-2005 de las diez horas diez minutos del veintidós de julio del año dos mil cinco.

¹⁸⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número N° 199-2002 de las once horas treinta minutos del veintiuno de junio del dos mil dos. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 557-2003 de las once horas del veintiuno de noviembre de dos mil tres.

¹⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 363-2003 de las once horas veinticinco minutos del cuatro de julio del dos mil tres.

¹⁸⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 283-2003 de las once horas del treinta de mayo del dos mil tres.

a un funcionario público¹⁹⁰, la prescripción de la potestad sancionatoria¹⁹¹, violaciones al procedimiento administrativo¹⁹², aspectos de legalidad¹⁹³, la introducción de hechos nuevos¹⁹⁴, o formalidades como la ausencia de las copias de ley¹⁹⁵, entre otros.

Son agravios y peticiones que *“(...) se refieren al derecho de fondo, y no al elemento de perjuicios irreparables que son los que corresponde considerar en esta etapa del proceso y a efectos de esta diligencia (...)”*¹⁹⁶, *“pues las medidas cautelares no pueden decidir anticipadamente la cuestión discutida en la litis; en otras palabras, el incidente de suspensión no es, ni puede constituirse en un “triunfo” anticipado a la sentencia.”*¹⁹⁷

¹⁹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 65-2002 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veintisiete de febrero del dos mil dos

¹⁹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 447-99 de las quince horas treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁹² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 42-2000 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de febrero del dos mil.

¹⁹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 189-99 de las diez horas treinta minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 258-97 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y siete, 307-97 de las diez horas cuarenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

¹⁹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 226-97 de las nueve horas cuarenta minutos del cuatro de julio de mil novecientos noventa y siete.

¹⁹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 363-2004 de las once horas veinte minutos del treinta de julio del dos mil cuatro.

¹⁹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 298-2001 las diez horas veinte minutos del veintiuno de setiembre de dos mil uno. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 326-2000 de las dieciséis horas diez minutos del veintinueve de noviembre del dos mil. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 51-2003 de las diez horas cincuenta minutos del doce de febrero de dos mil tres.

¹⁹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 193-98 de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho.

No se tiene que entrar al análisis del fondo del asunto, con mucha más razón si es el punto medular de la pretensión de la demanda principal ¹⁹⁸, simplemente se debe constatar si se producen daños de imposible o difícil reparación y su relación con el interés público, porque de hacer lo contrario se estaría adelantando criterio,¹⁹⁹ incluso se podría caer en un evidente abuso de las medidas cautelares, al querer que mediante esta vía se conceda la pretensión del principal.

Así bien, lo expresa el Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Segunda en resolución N° 41-2003 de las diez horas treinta y cinco minutos del siete de febrero de dos mil tres:

“IX).- También estima el Tribunal que lo querido es que se ordene por vía incidental al propietario registral del bien en litigio, abstenerse de ejercer todo el haz de facultades inherentes al dominio, hasta tanto no recaiga sentencia firme, cuestión que excede evidentemente el objeto de la tutela cautelar, en la medida en

¹⁹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 285-98 de las catorce horas treinta y cinco minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. Semejante Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 240-98 de las diez horas cuarenta minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 213-2003 de las diez horas treinta minutos del veinte de junio del dos mil tres.

¹⁹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 272-2000 de las doce horas del trece de setiembre del dos mil. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 315-97 de las dieciséis horas diez minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 318-97 de las diez horas treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 181-2005 de las catorce horas diez minutos del cinco de mayo del dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 157-97 de las diez horas del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 72-98 de las once horas del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho, solicitud de reconsideración, aclaración y adición, contra la resolución de este Tribunal, número 223-97 de veintisiete de noviembre último. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 362-2005 de las diez horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cinco.

que se estaría concediendo de antemano, prácticamente lo mismo que ha de ser objeto de resolución final, sin tener el Despacho a su alcance toda la prueba requerida, y sin haberse garantizado a plenitud el derecho de defensa de los demandados. Acceder a ese pedimento, implicaría por lo demás reconocer interlocutoriamente, que al actor le asiste derecho en sus reclamos, cuestión que no es posible valorar al resolverse solicitudes como la presente.”

Otro error es pretender ampliar la pretensión de la demanda principal vía incidente de suspensión del acto administrativo, como se intentó en resolución N° 115-2003 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, de las dieciséis horas veinte minutos del diez de abril del dos mil tres, se alegó indemnización de perjuicios, cuando en el principal no los había pedido: *“La cuestión de los perjuicios no se planteó en el escrito inicial, y menos se trató de probar, y es hasta en el recurso que se invoca.”*²⁰⁰

e. Reiteración del incidente.

El incidente de suspensión del acto administrativo, no produce cosa juzgada material ni formal, de manera tal que nuestra jurisprudencia permite la reiteración cuando aparezcan nuevos elementos de juicio (motivos, hechos, pretensiones, prueba), así como *“(…) cualquier nueva circunstancia que permita un análisis más*

²⁰⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 115-2003 las dieciséis horas veinte minutos del diez de abril del dos mil tres.

*medido y adecuado de la situación socio-jurídica y de los efectos que el acto o su suspensión ameriten, justifica su reconsideración mediante la interposición de un nuevo incidente, siempre y cuando no sea la reiteración inútil de argumentos ya resueltos.*²⁰¹

Además, los nuevos elementos, motivos y prueba deben ser idóneos, éstos necesariamente deben enfocarse en la producción y/o demostración de los daños de difícil o imposible reparación, como se expresa enseguida:

*“III.- En cuanto a la queja del articulante, no la estima procedente este Tribunal, porque para los efectos de este incidente no existe variación en la causa de pedir, cual es la producción de daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación; la ponderación de si el fallo dictado por el Colegio demandado lo fue en conciencia o no, es asunto a dirimir en el proceso.”*²⁰²

En caso contrario, se declara sin lugar el incidente, como sucedió en resolución N° 632-2004 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, de las once horas cinco minutos del veinticuatro de diciembre del dos mil cuatro:

²⁰¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 39-98 de las catorce horas del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho.

²⁰² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 143-97 de las diez horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.

“El representante dicho, repite una vez más los argumentos y pide medidas cautelares que ya han sido denegadas en anteriores articulaciones, por lo que en lo que corresponde a esta Sección se estima que estamos en presencia de una gestión manifiestamente improcedente y destinada a dilatar los procedimientos, por lo que de conformidad con el inciso 1) del artículo 97 del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente, la petición ha de ser rechazada.”²⁰³

De igual manera en fallo N° 39-98 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda de las catorce horas del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho, se indicó: *“III. En autos no constan elementos de prueba que obliguen a variar lo ya resuelto en un incidente anterior y no se nota tampoco que esta nueva articulación varíe sustancialmente de la ya interpuesta, por lo que al seguir sin demostrarse los daños de imposible o difícil reparación, se debe confirmar la resolución apelada.”²⁰⁴*

Después que el juzgador constata, que efectivamente el nuevo incidente trae a colación, circunstancias, pruebas, hechos nuevos, diferentes al incidente planteado con anterioridad, asimismo al evidenciar que se trata efectivamente de un incidente nuevo, y que esas nuevas variaciones alegadas tienen la posibilidad de producir los

²⁰³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 632-2004 de las once horas cinco minutos del veinticuatro de diciembre del dos mil cuatro.

²⁰⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 212-2000 de las diez horas veinte minutos del nueve de agosto del año dos mil.

daños exigidos por el artículo 91.1 LRJCA, es procedente conceder la suspensión del acto administrativo, como ocurrió a continuación:

“II.- En relación con el fondo del asunto, estima este tribunal que, ciertamente, hay circunstancias nuevas que obligan a reconsiderar la suspensión del acto administrativo; es importante hacer notar que se han dictado actos de ejecución del impugnado, lo que implica la producción de ciertos daños graves inmediatos como el despido de personal, con la lógica consecuencia perniciosa en su situación económica y familiar, asimismo la pérdida de la inversión de la empresa en el acondicionamiento de local y su promoción comercial, sin una solución de reparación real; elementos que además deben verse ahora a la luz del fumus bonis iuris, que presenta un aspecto nuevo en virtud del voto 4714-96 de quince horas doce minutos del once de setiembre de 1996, de la Sala Constitucional, cuya certificación se ha aportado en autos.- El caso es que la fundamentación jurídica de la acción permite considerar a priori, que existen razones importantes que eventualmente conduzcan a la declaración de que el acto adolece de vicios graves, en tanto que la suspensión de los efectos del acto administrativo en nada perjudica ni el servicio público, ni el interés de la comunidad; por lo que es procedente confirmar lo recurrido.”²⁰⁵

²⁰⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 39-98 de las catorce horas del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Se debe tener presente que si bien la ley permite la interposición del incidente en cualquier momento, mientras subsista la posibilidad de producción de daños de difícil o imposible reparación, no significa que se deba permitir presentar más de un incidente, que contenga una misma situación fáctica.

Al permitirse tal posibilidad se agravaría aun más el problema de la lentitud en la resolución de los procesos, de tal manera que se debe aplicar "(...)el principio de la "consumación procesal", según el cual una facultad no puede ejercitarse dos veces, y es una de las características del proceso moderno, porque mediante ella se obtiene que se desarrolle en un orden determinado, lo que solo se consigue impidiendo mediante él, que las partes ejerciten sus facultades procesales cuando y cuantas les parezca, sin sujeción a principio temporal alguno."²⁰⁶

Por lo general, cuando el supuesto nuevo incidente era una reiteración del resuelto anteriormente, se condenó al vencido al pago de las costas procesales (artículo 221 del Código Procesal Civil).

f. Levantamiento de la medida cautelar.

El hecho de que el Tribunal, bajo cierto panorama haya considerado necesario el otorgamiento de la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en

²⁰⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 167-99 de las diez horas quince minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 384-98 de las doce horas del dos de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

el proceso, no lo vincula a seguir manteniendo la misma postura, lo resuelto no impide que en el curso del juicio se pueda levantar el mandato de suspensión, cuando las circunstancias se modifiquen y así lo exijan.

Se puede dentro de un mismo proceso principal, pedir varios levantamientos de medidas cautelares siempre y cuando la nueva petición del cese de la suspensión se fundamente en alegatos y hechos nuevos, diferentes a los esgrimidos en solicitudes anteriores del mismo tipo,²⁰⁷ incluso el juez puede condicionar el levantamiento de la cautelar.

Se debe entender que no se trata de un recurso de revisión, sino una gestión ulterior al dictado de la sentencia de suspensión; su procedencia dependerá de la fundamentación que se aporte en autos.

En referencia a lo dicho, se puede levantar la cautelar otorgada, en diversas circunstancias, como por ejemplo:

- Cuando se incumplan las restricciones o condiciones que se exigieron para el otorgamiento de la medida provisional, como efectivamente pasó en el caso del

²⁰⁷ Para ampliar el tema ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 393-2004 de las catorce horas cuarenta minutos del once de agosto del dos mil cuatro. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 512-2004 de las diez horas cuarenta minutos del trece de octubre del dos mil cuatro.

Estado contra Segura Transportadora de Valores S.A., en un voto anterior se “(...) *acogió la solicitud de suspensión de la sociedad Seguridad Segura S.A., con la condición de que los vehículos blindados que se usan para las labores de la empresa, no ingresaran por el costado sur de la edificación, sino por el norte, frente a la carretera que corre de Cinco Esquinas a la Uruca (...),*”²⁰⁸ luego se probó que dicha obligación fue incumplida, lo que resultó ser causa suficiente para levantar la suspensión concedida.²⁰⁹

- Cuando desaparecen o se modifican los supuestos fácticos o circunstancias, que se tomaron en cuenta al momento de acoger la suspensión, como acaeció en Andrew Stuart Gingold Segan contra Instituto Costarricense de Electricidad, donde se declaró con lugar el cese de la suspensión, porque:

“(...) *“II.- Efectivamente, con la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional ambiental del Ministerio de Ambiente y Energía, la situación cambia y la resolución anterior de este Tribunal que acogió la suspensión queda sin su principal sustento, razón por la cual procede confirmar la resolución apelada que la levanta con las condiciones ahí señaladas de*

²⁰⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 78-99 de las once horas veinte minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

²⁰⁹ A contrario sensu si la parte a cumplido con lo ordenado, se rechaza la gestión como lo desarrolla el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 364-98 de las nueve horas veinte minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho *“III.- Que en virtud de lo dispuesto, al cumplir la sociedad demandante con lo ordenado, la gestión del personero estatal se torna improcedente, lo que obliga a revocar la resolución venida en alzada para en su lugar denegar el pedimento de levantar la suspensión acordada”.*

conformidad con lo dispuesto en los artículos 91.-1 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin razones adicionales puesto que los actores incidentados y afectados no expresaron agravios en esta instancia.”²¹⁰

En caso contrario, se deniega la petitoria, como se aprecia en resolución N° 512-2004 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera de las diez horas cuarenta minutos del trece de octubre del dos mil cuatro donde se consideró que:

“(…) lo indicado por el recurrente, respecto a que el actor actualmente posee medios para subsistir en virtud de la compensación económica que recibió, en primer lugar no se trata de un trabajo por el cual se le otorgue una remuneración, es una indemnización producto de la supresión de la plaza, decisión tomada a contrapelo de lo dispuesto por este órgano colegiado. De manera que no se trata de una circunstancia que varíe las condiciones por las cuales se concedió la suspensión. En cuanto al interés público, tanto el Juzgado como el Tribunal al otorgar la suspensión, lo tomaron en cuenta y sopesaron la situación, (…) De modo que si se estimó que el interés público no se veía afectado con la suspensión de los acuerdos de supresión de la plaza del señor U. H, cómo podría

²¹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 188-2002 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de junio del dos mil dos. Igual situación en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 80- 2004 de las quince horas del tres de marzo del dos mil cuatro.

*verse afectado éste si ya los actos fueron ejecutados en desacato de lo ordenado por este Tribunal.*²¹¹

El juez puede modificar la medida cautelar, en los supuestos, que se considere que la variación de las circunstancias, no ameritan el levantamiento de la medida cautelar, pero si su modificación, siempre y cuando haya sido solicitado por la parte interesada.²¹²

g. Dificultades en la ejecución de la resolución que concede la cautelar.

La principal dificultad viene de parte de la Administración, al no cumplir aquellas resoluciones emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo, donde se les exige dejar sin efecto un determinado acto administrativo.²¹³

La solución ante la inobservancia de las resoluciones judiciales, es acreditar el desacato ante el Juez Contencioso, sin dar audiencia²¹⁴ a quien supuestamente

²¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 512-2004 de las diez horas cuarenta minutos del trece de octubre del dos mil cuatro.

²¹² Ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

²¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 512-2004 de las diez horas cuarenta minutos del trece de octubre del dos mil cuatro, conoce de un caso de desobediencia, por mala interpretación del INVU, en cuanto a la aplicación de fallos de distintas jurisdicciones.

²¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 362-2003 de las once horas veinte minutos del cuatro de julio del dos mil tres.

incumplió y pedirle testimoniar piezas, para acudir a la a la vía penal, y denunciar al responsable del desacato, por el delito de desobediencia a la autoridad.

Sin embargo, del estudio jurisprudencial efectuado, podemos encontrar la resolución N° 211-2003 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera de las once horas quince minutos del dieciocho de junio del dos mil tres, en la cual se le volvió a recordar la orden de suspensión y en virtud de la misma se ordenó detener el proceso judicial de desahucio.

En dicha resolución la actora solicitaba la suspensión del proceso de desahucio de Refinadora Costarricense de Petróleo contra ella, en el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, siendo que la eventual resolución de dicho procedimiento sumario haría nugatorio el proceso principal, por cuanto le causaría un daño de imposible reparación.

Primeramente el Tribunal observó que *“(...) no es procedente suspender un proceso judicial sumario mediante un incidente de suspensión del acto en uno ordinario; y que ya la orden que al efecto se requirió fue emitida; de manera que es innecesaria e ilógica una nueva incidencia con el mismo fin, cuando podía gestionarse la aplicación de la resolución firme en la anterior.”*

Por otro lado se le señaló a RECOPE que la resolución que incumplió “(...) se le estaba ordenando suspender cualquier acto ejecutorio de los suspendidos, incluyendo desde luego la presentación o continuación de un proceso judicial de desahucio (...), recurrir a otra vía jurisdiccional es una forma de burlar la autoridad de lo aquí resuelto. Es deber de dicha entidad, en su carácter de empresa pública y de los representantes legales de ella, como autoridades administrativas que han dictado un acto suspendido por orden judicial, llevar a cabo todas las medidas necesarias para que la resolución judicial que los afecta se ejecute, lo que incluye gestionar la suspensión del desahucio.”

Se indicó que a pesar de que el demandante no debió “(...) proponer otra vez la incidencia, por lo que lo resuelto por la juez de primera instancia está bien considerado en parte, también lo es que no soluciona el problema planteado, ante todo se debe considerar que se está ante medidas cautelares, cuyo fin es evitar un daño que resulte irreparable en sentencia, o una situación que haga ilusorios los efectos de ésta, por lo cual la ley le concede al juez amplias facultades para determinar las diligencias que considere necesarias, (...) En consecuencia, en vista de la situación probada de que, pese a la suspensión del acuerdo de desalojo ya dispuesta en el proceso, la accionada inició una acción de desahucio, procede acoger la petición y ordenarle a la accionada, por medio de su presidente que, como consecuencia de la orden judicial, tiene que disponer de inmediato la interrupción de ese otro proceso judicial que conlleva al mismo fin; (...) se le ordena a la

*REFINADORA COSTARRICENSE DE PETRÓLEO, en la persona de su presidente que es su representante legal, que de inmediato cumpla con la orden de suspensión de los actos que ordenan el desalojo de la actora, y en consecuencia de ello gestione la paralización del proceso de desahucio en el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios,(...).*²¹⁵

Nótese que la orden va dirigida a la parte obligada de acatar la suspensión que se ignoró y no a la autoridad judicial que tramita el proceso de desahucio.

En el Código Procesal Contencioso Administrativo, ante el incumplimiento de la cautelar, por parte del funcionario obligado, se conserva la posibilidad de testimoniar piezas, así como la responsabilidad civil, penal, administrativa del funcionario, pero se prevé la eventual imposición de sanciones y multas al funcionario que incumpla, así como tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para el cumplimiento del fallo (artículo 158, 159, 161 CPCA).

h. La prueba.

Aunque los incidentes, son procesos donde se pretende dar una protección sumaria o de urgencia, para no hacer ilusorio el resultado del proceso principal, no quiere

²¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 211-2003 de las once horas quince minutos del dieciocho de junio del dos mil tres.

decir que no se deba aportar prueba, se debe ofrecer la necesaria para dar asidero a nuestras pretensiones.

Al igual que en todo proceso, en el incidente de suspensión del acto administrativo, modificación y levantamiento de las medidas cautelares la prueba juega un papel primordial, el éxito de un incidente depende plenamente de la acreditación de la inminencia de daños de difícil o imposible reparación y su relación con el interés público, así en el caso de modificación y levantamiento la demostración de la variación en las circunstancias y de otros aspectos importantes según la particularidad del caso, para tal demostración es indispensable aportar prueba que sea idónea, solo en casos muy especiales.²¹⁶

Aparte de todos los requerimientos básicos²¹⁷, que ordena nuestra legislación en cuanto a la prueba, es necesario tener en cuenta, ciertas particularidades en cuanto a los incidentes:

²¹⁶ Ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 223-2002 de las catorce horas treinta minutos del cinco de julio del dos mil dos.

²¹⁷ Para ampliar sobre el tema consultar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 378-2003 de las once horas diez minutos del tres de octubre del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 244-2004 de las once horas diez minutos del diecisiete de junio del dos mil cuatro. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 361-2001 de las diez horas treinta minutos del veintiuno de noviembre del año dos mil uno. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 207-98 de las once horas cuarenta minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 190-2001 de las quince horas del veintinueve de junio del dos mil uno. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 199-2001 de las diez horas treinta minutos del cuatro de julio del dos mil uno.

- La carga de la prueba corresponde al “(...) *incidentista, conforme a lo dispuesto en el artículo 317.1) del Código Procesal Civil (...)*”.²¹⁸

- En cuanto a la prueba para mejor resolver, es admisible solo en casos muy delicados, dependiendo de los intereses en juego, donde se requiera de más prueba para la mejor resolución de la incidencia, como bien se expresa en el siguiente extracto: “(...) *Debido a que en el presente asunto los dictámenes que existen son contradictorios, por lo delicado de los hechos que se discuten y que puede estar de por medio la seguridad de los ocupantes del edificio, así como los clientes y los transeúntes, se ordena para mejor resolver el nombramiento de un experto en ingeniería estructural (...)*”²¹⁹

- La prueba debe ser aportada en el escrito inicial de la incidencia cuando se presenta, se restringe la posibilidad de solicitar pruebas a otras entidades:

“(...) debe el interesado aportar la prueba que pueda en el momento de la gestión, pues el requerirla por certificación a las autoridades pertinentes por correo implica un

²¹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 265-97 de las quince horas cincuenta minutos del veinticuatro de julio mil novecientos noventa y siete.

²¹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 319-97 de las diez horas del diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

*atraso innecesario que va en su propio perjuicio, salvo, desde luego que no haya otra forma de conseguir los documentos (...).*²²⁰

En el mismo orden de ideas “(...) no procede en este tipo de procedimiento una audiencia de carácter oral en que quepa alegar la procedencia de la petición o aportar prueba, la cual debe ser ofrecida en el escrito inicial al interponer la incidencia (artículo 483 inciso 1° CPC).”²²¹

Como bien se señala en doctrina, “en el incidente de suspensión el Juez debe tener poder para acelerar la instrucción y dictar pronto su fallo, seleccionando la prueba ofrecida y, sobre todo, los hechos por probar, desde el punto de vista del objetivo perseguido, que es evitar un daño grave y garantizar la ejecución del fallo principal, si ello no causa un perjuicio más grave al interés público. La prueba (...) debe llegar hasta lo necesario para formar una convicción sobre la probabilidad –no la certeza– de ocurrencia del peligro temido y para demostrar daños consistentes, más que en lesiones concretas de un bien, en situaciones o cadenas de conductas provocadas por la ejecución del acto (...).”²²² Por lo menos debe haber prueba indiciaria sobre los posibles daños o perjuicios alegados.

²²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 314-2003 de las dieciséis horas diez minutos del trece de agosto del dos mil tres.

²²¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 533-2005 de las diez horas cinco minutos del siete de diciembre del dos mil cinco.

²²² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

Sección B: Aspectos de fondo.

a. Según el tipo de acto.

a. 1. Actos negativos.

La profesora Carmen Chinchilla Marín, define el acto negativo como “(...) *aquel en virtud del cual, ante una petición del administrado, la administración niega implícitamente o explícitamente la emanación de un acto favorable en aquel (...)*”²²³

La jurisprudencia lo define como: “(...) *El acto negativo de la administración es el que rehúsa un acto pedido o el que impone obligaciones y prohibiciones al administrado, equiparándose así a un acto desfavorable; (...)*”²²⁴

El incidente de suspensión de actos negativos se presenta, cuando al administrado se le niega una solicitud, ya sea que se trate de permisos, autorizaciones, aprobaciones y concesiones.

La regla general es no otorgar el cese de actos denegatorios. La jurisprudencia estima que al otorgar la suspensión de estos actos se sustituye a la administración.

²²³ Citada por Óscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 106.

²²⁴ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 189-97 de las diez horas veinte minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y siete.

No se otorga la suspensión de dichos actos porque se considera que *"no modifican o alteran la situación jurídica preexistente y que por ende no pueden ser objeto de la medida cautelar suspensiva, ya que ninguna consecuencia produciría la suspensión de un acto que a su vez no ha producido ningún efecto material o jurídico en la situación particular del administrado."*²²⁵

Al efecto en resolución N° 258-97 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y siete del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, se expresó:

*"II- (...) En realidad el acto impugnado constituye un acto negativo, cuya suspensión de los efectos sería otorgar la autorización para el internamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, lo cual es improcedente, porque sería sustituir a la Administración (...)"*²²⁶

A manera de ejemplo, no procede el cese de los actos negativos, que niegan una prórroga del permiso de explotación de patente especial nacional tipo dos, sea cerrar hasta la una de la madrugada de un Restaurante,²²⁷ igualmente respecto de

²²⁵ Oscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 106.

²²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 258-97 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y siete.

²²⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 307-97 de las diez horas cuarenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

denegatoria de una licencia para Espectáculo público permanente, música en vivo y videos, en un Club,²²⁸ rechazo de explotar una patente de licores nacionales.²²⁹

Sin embargo, se permite *“la suspensión de los actos de efecto mixto, “(...) es decir actos que siendo negativos, producen algún efecto positivo- lo que les convierte en negativos y parcialmente positivos- , se ha admitido la suspensión, pues se entiende que hay una alteración de la posición jurídica preexistente como consecuencia directa de la denegación efectuada.”*²³⁰

Así, en resolución N° 400-95 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, se concedió un permiso provisional de funcionamiento, se consideró que había un cambio importante en la situación jurídica preexistente, que causaba daños de difícil o imposible reparación:

“III.- En el presente caso se pide suspender los efectos de un acto negativo, la denegatoria de la administración de un permiso de funcionamiento y además, las órdenes del Ministerio de Salud que ordenaban el traslado del establecimiento del

²²⁸ Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Tercera, voto número 184 -2004 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de junio del dos mil cuatro. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Primera, voto número 343-96 de las quince horas del quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

²²⁹ Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Tercera, voto número 157-2004 de las diez horas veinticinco minutos del quince de junio del dos mil cuatro, voto número 466-2004 a las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de noviembre del dos mil cuatro.

²³⁰ Óscar E. González Camacho (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 111.

accionado a otro sitio. Con respecto a lo primero, lo que se pide en realidad es que en vía judicial se otorgue un permiso provisional de funcionamiento, en tanto dure del juicio, lo que acogió el a-quo, estimando que de no ser así se producirían daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación, razonamiento con el que se concuerda, al demostrarse que el costo de construir una nueva edificación sería muy elevado, y agrega el Tribunal muy difícil de cumplir en un plazo corto, razonamiento que también es válido en caso de encontrar y arrendar un local adecuado a las necesidades del negocio, lo que acarrearía muy probablemente la ruina del mismo.»²³¹

Con la entrada en vigencia del CPCA, frente a los actos negativos no habrá ningún problema, pues expresamente se permite que el juez aplique medidas cautelares positivas de efectos anticipativos o innovativos, mediante obligaciones de hacer, de no hacer o de dar (art. 20 CPCA), lo cual permite una tutela judicial efectiva.

Asimismo, hay una “(...) *sustitución provisional e instrumental, del juez respecto de la Administración.*”

Travi, sostiene que una tutela cautelar plena y efectiva en relación con los actos negativos, precisa ‘la superación de una tutela meramente inhibitoria, como está

²³¹ En igual sentido, cuando se suspendió el acto que denegaba el permiso de funcionamiento de un bar en la zona marítimo terrestre, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 294-2001 de las once horas cincuenta minutos del catorce de setiembre del dos mil uno.

*en la lógica de la 'suspensión', y reclama que sea reconocida al juez administrativo la capacidad de determinar...un orden de los intereses en juego...' esto es, la posibilidad de ejercitar poderes no de orden inhibitorio, sino de orden 'sustitutorio', respecto de la actividad administrativa'*²³²

a. 2. Actos ya ejecutados o por ejecutarse.

No se concede la suspensión del acto ya consumado, debido a que ya no hay efectos que suspender, se carece de interés actual, pues ya no hay la inminencia de un daño futuro de difícil o imposible reparación, que se puedan evitar, con la suspensión del mismo. A continuación se presentan algunos ejemplos:

En un asunto de desalojo se estimó "II. (...) que en este momento existe una falta de interés respecto a la suspensión de los actos objeto de este proceso, ya que éstos fueron ejecutados y los articulantes desalojados de la finca que estaban ocupando. Este Tribunal reiteradamente ha expresado: '(...) los daños y perjuicios que su ejecución podrían ocasionarle al actor no son de imposible ni de difícil reparación, sino fácilmente indemnizables económicamente, sin que sea posible suspender "efectos" cuando esos efectos ya se han producido, pues la suspensión procede hacia el futuro de efectos en curso, por lo cual la solicitud del actor carece de interés actual al encontrarse cumplimentado el acto impugnado según se desprende y

²³² Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 305.

comprueba de sus propias manifestaciones...’ N° 7351 de las diez horas del 18 de agosto de 1984, dictada por la Sección Primera de este Tribunal).”²³³

Igual decisión se mantiene en casos de garantías de cumplimiento o de participación ejecutadas:²³⁴

“V.- La devolución de las garantías de participación no puede ser acordada, ya aquéllas fueron ejecutadas, aún antes del dictado de la resolución que acordó la suspensión. Al respecto la doctrina es clara en el sentido de que la suspensión afecta la eficacia de los actos, por lo que solo pueden referirse a actos jurídicamente eficaces y en curso de efecto. ‘La suspensión aparece como una defensa contra el proveído actual o inminentemente lesivo, nunca contra el acto pasado y consumado, ni tampoco contra el acto incapaz, jurídicamente o realmente, de producir lesión.’ (...).”²³⁵

En cuanto a actos consumados en materia disciplinaria, se mantiene la misma línea jurisprudencial: *“(...) la denegatoria de la suspensión del acto mediante al cual*

²³³ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 450-98 de las nueve horas diez minutos del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho. En igual sentido Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 166-97 de las once horas cincuenta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 200-2003 de las once horas veinte minutos del dieciséis de junio de dos mil tres, Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 376-2005 de las nueve horas del tres de noviembre del dos mil cinco, la cual trataba de una cancelación de la licencia de auxiliar de agente de aduanas por nulidad absoluta del acto que la otorgó.

²³⁴ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 216-95 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del seis de junio de mil novecientos noventa y cinco.

²³⁵ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 315-97 de las dieciséis horas diez minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete. Reitera criterio Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 176-2003 de las diez horas treinta minutos del cinco de junio del dos mil tres.

se impuso al señor C. V la sanción disciplinaria de impedimento para ejercer su profesión por el lapso de dos años, no puede producir en este momento ningún daño futuro, ya que la pena ha sido purgada, teniendo en cuenta que la denegatoria de la suspensión ocurrió el 4 de julio de 1990. "IV.- (...) pero no puede abarcar los emanados de un acto cumplido, cuyos efectos se hayan consumado, porque entonces se trataría no de una solicitud de suspensión, sino de revocación." Por las razones anteriores, debe confirmarse la resolución objeto del recurso."²³⁶

En el mismo orden de ideas se dijo: "III. (...) que en este momento, carecería de interés resolver sobre un acto administrativo, que ya surtió sus efectos. La suspensión, tiene como presupuesto de admisibilidad que la ejecución tenga la potencial capacidad de producir daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación, no es un acto revocatorio. (Artículo 91-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Por esas razones, ha de confirmarse lo resuelto por el a-quo."²³⁷

Así también cuando en el transcurso del incidente, el acto se llegó a ejecutar, antes de la resolución de la incidencia "(...) la denegación de la medida cautelar

²³⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 143-97 de las diez horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.

²³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 145-2003, de las dieciséis horas del veintiuno de mayo de dos mil tres. Criterio reiterado Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 477-2003 de las diez horas treinta minutos del tres de diciembre de dos mil tres, voto número 51-98 de las nueve horas del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, votos número voto número 170-2005 de las diez horas cuarenta minutos del diecisiete de junio del dos mil cinco, voto número 52 -2005 de las diez horas cinco minutos del dieciocho de febrero del dos mil cinco.

*debe confirmarse, no por las razones dadas por el a quo, sino por una falta de interés sobreviniente, ya que: a.- la sanción de seis meses surtió efecto desde el 4 de abril del 2003, por lo que la lógica indica que ya se cumplió, y no puede suspender la ejecución de un acto, cuando ya se agotaron sus efectos en el tiempo, y b.- la demanda de nulidad fue declarada sin lugar por el Juzgado el 8 de noviembre del 2004, sentencia que ha sido confirmada por este Tribunal, por estimarse que lo impugnado se ajusta a derecho.*²³⁸

a. 3. Actos nulos de pleno derecho.

Cuando se interponga un incidente de suspensión del acto administrativo, por adolecer de nulidad absoluta o relativa, la jurisprudencia ha sido tajante en denegar tal petición, debido a que:

“IV.- Si bien para conceder la suspensión de un acto administrativo, ha de ponderarse la "apariencia de buen derecho", como juicio hipotético de probabilidad de éxito de la pretensión formulada en la demanda, lo anterior no significa que al resolver el incidente respectivo, se pueda dilucidar y determinar, si los actos administrativos cuya suspensión se solicita, se ajustan o no al ordenamiento jurídico, y en este último caso, si la nulidad que padecen es absoluta o relativa, puesto que esto es precisamente la materia del proceso principal. Al conocerse de las medidas

²³⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 526-2005 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del once de noviembre del dos mil cinco.

*cautelares no puede ni debe, decidirse anticipadamente lo que ha de definirse en sentencia y no antes (...)*²³⁹

Es en el proceso principal donde se debe dilucidar si el acto impugnado adolece de nulidad y si es relativa o absoluta, donde hay gran amplitud y libertad de prueba,²⁴⁰ asimismo como ejemplo, no se entra a discutir si padece o no de algún vicio y cuáles es su gravedad,²⁴¹ si amerita o no su invalidez,²⁴² si hubo o no trasgresión a los derechos fundamentales del debido proceso,²⁴³ resolver sobre ello implicaría un evidente adelanto de criterio.

²³⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 24-97 de las diez horas del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 341-95 de las diez horas quince minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, 400-95 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, 124-96 de las ocho horas treinta minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis, 226-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis, 329-96 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, 340-96 de las once horas veinte minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, 341-95 de las diez horas quince minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, 301-95 de las diez horas cincuenta minutos del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco, 400-95 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, voto número 226-98 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y ocho, 216-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio del dos mil uno, 326-2002 de las trece horas treinta y cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 183-2005 de las diez horas del veintisiete de junio del dos mil cinco.

²⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 221-98 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 65-2004 de las quince horas cuarenta minutos del veinte de febrero de dos mil cuatro.

²⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 356-2005 de las diez horas cinco minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cinco.

²⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 432-2002 de las diez horas treinta minutos del veintinueve de noviembre de dos mil dos.

²⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 53-2003 de las once horas diez minutos del doce de febrero del dos mil tres.

Aquí, se trata de detectar “(...) nulidades procesales y dejar para el contradictorio las que pudieran aquejar al acto administrativo. (Artículos 140, 141 y 142 de la Ley General de la Administración Pública, 197 del Código Procesal Civil).”²⁴⁴

Solamente, se va a otorgar la suspensión, en los supuestos que se logre demostrar, que el acto impugnado adolece de una nulidad absoluta evidente y manifiesta, como se logra deducir del siguiente extracto:

“V. No es en esta articulación, sino el juicio plenario, en el período probatorio, en el que se dilucida la nulidad absoluta que se imputa a los actos administrativos objeto del proceso, sin embargo, en los documentos admitidos para mejor resolver, varias instancias estatales, hacen serios cuestionamientos al proceso administrativo que culminó con la concesión que ahora se combate. Es de interés público que el proceso llevado a cabo por las Administraciones, aplique las normas y principios que garanticen el debido proceso, lo que constituye un derecho de origen constitucional, cuestión que en este momento no resulta clara en la litis. Por ello se sirve mejor al interés público suspendiendo los actos impugnados que ejecutándolos. Las razones expuestas, llevan a estimar el

²⁴⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 241-97 de las quince horas diez minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete.

*recurso interpuesto, debiéndose revocar la resolución recurrida, para en lugar acoger la suspensión de los actos impugnados.*²⁴⁵

a. 4. De carácter general.

El incidente de suspensión previsto en el artículo 91 y siguientes de la LRJCA "(...) *es para la ejecución del acto administrativo o disposición impugnada, sea cuando se trata de acuerdos concretos o generales de la Administración Pública, regidos por el derecho administrativo,*"²⁴⁶ lo cual permite la suspensión de actos administrativos de carácter general.

Lo anterior, unido a la jurisprudencia analizada, se puede entrever que hasta el momento no se ha otorgado la suspensión de actos de carácter general, no por que no sea posible jurídicamente, sino por que los articulantes, no han demostrado que el daño de difícil o imposible reparación del interés privado que alegan que se les puede producir, es suficiente y capaz de justificar la suspensión de dichos actos, de gran envergadura por su multiplicidad de consecuencias que puede acarrear su aplicación.

Así, reflejado en resolución 112-2003 donde se pretendía, en lo que interesa, suspender dos reglamentos que regulan la educación privada en el país, aplicables

²⁴⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 153-2005 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veintidós de abril de dos mil cinco.

²⁴⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 308-97 de as diez horas cincuenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

a los demandantes, a pesar de que no estaban impugnados en el proceso principal; después de un análisis de los hechos y argumentos alegados por las partes, se resolvió a favor del interés público educación, debido a que si bien es cierto existía un daño de difícil reparación del interés privado, el menoscabo que podía sufrir el de la colectividad era mayor:

“VI.- En cuanto a los daños y perjuicios, ciertamente es lógico considerar que la imposibilidad de continuar su carrera al señor G, o de cualquier otro estudiante, es una situación de difícil reparación, lo mismo que la de no poder reconocer los títulos que otorga el colegio, no obstante, cabe apuntar que no está claro de lo alegado y demostrado que expresamente se les haya negado el reconocimiento de su título, ni los motivos. Adicionalmente, se crearía un perjuicio a otras personas y se dejaría sin control una área social de gran importancia con delicadas consecuencias, por lo que hay un interés público que obliga a confirmar lo apelado.”²⁴⁷

De similar manera se resolvió en voto 196-2002, donde se pretendía la suspensión de los efectos del acto administrativo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, que ordenaba no admitir ninguna otra credencial para acreditarse como abogado, con la variante de que el daño alegado por el incidentista, se consideró que era leve, a diferencia del anterior caso.

²⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 112-2003 de las a las quince horas cincuenta minutos del diez de abril del dos mil tres.

“II.- Analizando los argumentos del actor, el despacho es consciente de la gravedad de que el mismo no pueda acreditarse como profesional en derecho afiliado al Colegio, y por ende en legítimo ejercicio de su profesión, así como de las consecuencias graves no sólo para él, sino para sus clientes que pueden quedar en grave peligro de indefensión, o aún perder un litigio si en un momento delicado se le deniega reconocimiento profesional a su director jurídico. No obstante ello, es pertinente considerar la situación completa. Se observa que el Colegio es un ente público no estatal que puede dictar actos generales que obligan a sus asociados dentro del límite de la ley, como es el caso del que se impugna, el cual eventualmente puede llegar a ser declarado ilegal y por ende inválido e ineficaz en el proceso ordinario, pero de momento, y hasta tanto no se dicte sentencia, es un acto administrativo ejecutivo y ejecutable. Todos los daños que se acusan como producto de la disposición no resulta de difícil o imposible reparación, pues se pueden conjurar sencillamente; en realidad se originan en la renuencia cumplir con la decisión que se cuestiona, pero si el accionante se somete a lo dispuesto, sin perjuicio de hacerlo bajo protesta y mantener este juicio, afrontará la pérdida del cobro que por la emisión se hace, los gastos del viaje al centro de San José y el tiempo perdido por uno o dos días, gastos que, de ser ilegal el acto, sería un daño ilegítimo que puede ser indemnizado, pero en modo alguno representa una lesión de difícil reparación. En consecuencia, la prueba propuesta se considera ociosa por cuanto con el

*cumplimiento de lo discutido se elimina la posibilidad de sufrir ninguno de los perjuicios invocados y el posible daño consecuente no califica.*²⁴⁸

b. Magnitud del daño.

La jurisprudencia ha sido enfática, en que no es cualquier daño el que es capaz de sustentar la suspensión de un acto administrativo, pues como ya se mencionó, el cese de sus efectos es una excepción²⁴⁹ a las características de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

*Consecuentemente "(...) la suspensión temporal que puedan acordar los Tribunales, se constituye en una excepción, motivada por la circunstancia especial de que la ejecución del acto produzca daños presentes o futuros de imposible o difícil reparación, por cuanto: a.- no son indemnizables al ser imposible su valoración económica, b.- son cuantificables económicamente pero esto ofrece grandes dificultades, o c.- es más gravosa la reparación que la no ejecución.*²⁵⁰

²⁴⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 196-2002 de las dieciséis horas del trece de junio de dos mil dos.

²⁴⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 295-2005 de las diez horas del veintisiete de julio del dos mil cinco.

²⁵⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 280-2003 las nueve horas treinta minutos del veintinueve de mayo del dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 297-2003 de las quince horas cinco minutos del cinco de junio del dos mil tres.

Solamente van a ser capaces de justificar una suspensión, los daños que sean de difícil o imposible reparación, los cuales no se pueden entender “(...) *en el sentido de que sea irresarcible, sino irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto, y por el contrario, existen daños que aunque resarcibles, no son necesariamente reversibles. La irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización.*

251

No se desconoce, que los actos que obligan o prohíben algo al administrado, pueden provocar daños al mismo, pero, en concordancia con lo que se ha venido exponiendo, lo importante es, si el daño se puede reparar o no, y qué dificultad presenta dicha reparación.²⁵²

Cabe agregar, que el hecho de que un daño sea muy cuantioso no quiere decir que es de difícil o imposible reparación. No es suficiente que los daños “(...) sean

²⁵¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve. Trascrito en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 20-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del ocho de febrero del dos mil dos.

²⁵² “II.- (...) *la jurisprudencia ha entendido que se dan esos supuestos cuando el juzgador llega a la convicción de que ninguna suma de dinero puede reparar con evidencia y certeza el daño causado o cuando las cosas no pueden regresar al estado que tenían antes de la ejecución. Es así que la discrecionalidad del juez para acoger la petición en ese sentido debe basarse en un estudio cuidadoso de los hechos y alegaciones formulados por las partes, y con los datos que, en este momento, ofrece el expediente, el tribunal es del criterio de que no se dan los supuestos legales para declarar procedente la incidencia*” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 166-97 de las once horas cincuenta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete.

cuantiosos, sino que no puedan de ninguna manera, ser resarcidos,”²⁵³ o aun siéndolo, su “(...) indemnización sea tan ardua o embarazosa, que sea preferible la suspensión,”²⁵⁴ máxime si hay un interés público que proteger. Al respecto se consideró:

“(...) Del estudio de los autos se constata que la orden expedida por la Administración puede generar daños económicos a la incidentista, pero no califican de imposible o difícil reparación. VII.- (...) Los daños económicos que pudieran producirse con la medida, aunque cuantiosos son reparables. Por otra parte, está comprobado el cumplimiento de un procedimiento administrativo previo y una razonable motivación del acto final a los efectos de rechazar cualquier arbitrariedad al respecto. Por otra parte, hay motivos de interés público, en especial la seguridad que debe imperar en los aeropuertos, tanto nacionales como internacionales, que obligan a seguir adelante con la ejecución del acto.”²⁵⁵

Igualmente, se debe tener claro, que el daño moral no implica por sí mismo un daño irreparable, según se desprende del siguiente extracto:

²⁵³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 199-2001 de las diez horas treinta minutos del cuatro de julio del dos mil uno.

²⁵⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 385-2001 de las once horas quince minutos del veintitrés de noviembre del dos mil uno.

²⁵⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 190-2001 de las quince horas del veintinueve de junio del dos mil uno.

“IV. Los temas a debatir en esta gestión son en realidad los daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación y su repercusión en los intereses públicos, en este caso en la salud de los ciudadanos. En lo tocante al primer tema no hay discusión en que las medidas combatidas, causan perjuicios graves a la empresa accionante, pero en todo caso, si se le diera razón en el proceso principal no existe imposibilidad de reparación tanto para los daños pecuniarios como a los de tipo moral que se alegan. (Artículos 41 de la Constitución Política y 197 de la Ley General de la Administración Pública).”²⁵⁶

Por otro lado, no es justificante para denegar una suspensión, el argumento de la posibilidad de que los daños pueden ser estimados económicamente, y bajo esa circunstancia, reparados en virtud de la solvencia de la Administración,²⁵⁷ criterio rechazado tajantemente, tanto por la doctrina, como por los mismos Tribunales Contenciosos Administrativos. Se dispuso:

“(…) No sobra por lo demás advertir, que la dificultad o imposibilidad en la reparación no cabe excluirla alegando la posibilidad de valorar pecuniariamente el daño o perjuicio. En este sentido la doctrina se ha mostrado partícipe de rechazar

²⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 216-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio del dos mil uno.

²⁵⁷ *“Tampoco puede partirse de una posición tan simplista: que el Estado no puede quebrar, para denegar el acceso judicial a cualquier administrado en resguardo de sus derechos. Esta tesis implicaría tanto como hacer desaparecer del ordenamiento jurídico esta medida cautelar por el simple hecho de que el Estado puede pagar.”* Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 27-98 las doce horas del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

categoricamente la afirmación apodíctica, alegada por la Procuraduría General de la República, de la solvencia de la Administración Pública, por lo que resulta absolutamente improcedente rechazar la suspensión de la ejecución con fundamento en una argumentación puramente crematística. Máxime si se considera la magnitud de los daños socio-económicos que se le podrían irrogar a la sociedad anónima Complejo Punta Uva y a todos aquellos terceros -trabajadores que tienen como medio de subsistencia la prestación de servicios en el complejo-²⁵⁸

Para determinar la magnitud del daño, se deben analizar otros factores, que dependerán del caso concreto, es necesario valorar los pro y contra que ocasionará la ejecución o inejecución del acto, así como la jerarquía del bien jurídico que se tutela y su posible daño tal y como sucedió en el caso del cierre de un hotel:

“(...) En el sub-lite, resultan incuestionables los daños de imposible o difícil reparación que derivarían de la ejecución material de la resolución que revoca el presunto permiso de uso. Daños que tendrían una enorme repercusión económica, dada la inversión de capital millonaria efectuada por la sociedad articulante para construir el Hotel Las Palmas, darle publicidad al interior y exterior del país al Complejo Turístico. Adicionalmente, habría que considerar la erogación considerable

²⁵⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Criterio reiterado en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 171-96 de las once horas diez minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis.

*que tendría que efectuar la empresa para reconocerle a los trabajadores, oportunamente contratados, sus prestaciones laborales, y la pérdida de una clientela granjeada a nivel nacional e internacional, todo lo cual dejaría a la sociedad sin posibilidad siquiera de recuperar lo invertido en activos fijos y recursos humanos. Asimismo, resultan innegables las implicaciones sociales de carácter negativo, que conllevaría la ejecución del acto impugnado, al dejar cesantes a gran cantidad de personas nativas de la zona.*²⁵⁹

Se toma en cuenta no solo la afectación del interés del dueño del hotel, sino también el de la comunidad, que se vería más perjudicado si se ejecuta el acto impugnado.

En cuanto a la acreditación de la magnitud del daño, el juez puede considerar que los daños de difícil o imposible reparación son palpables, a partir de las circunstancias que rodean el caso,²⁶⁰ o del mismo acto impugnado,²⁶¹ sin necesidad de otros elementos de prueba. Sin embargo, cuando no sea así, es

²⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

²⁶⁰ *“En otro orden de ideas, y a propósito del argumento del representante del Estado en el sentido que la incidentista no demostró los daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, es preciso señalar que en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde pueden quedar de relieve por su propia evidencia.”* Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

²⁶¹ *“Situación que es precisamente la que acontece en la especie, donde a partir de la sola acreditación del contenido de los actos administrativos impugnados -desalojo del inmueble- quedan patentes los daños y perjuicios de imposible o difícil reparación que se le podrían irrogar al incidentista.”* Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 171-96 de las once horas diez minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis. En cuanto al traslado de una empresa ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 74-97 de las nueve horas treinta minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 170-96 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis.

necesario que exista prueba en el expediente que acredite esos daños, lo que no es de recibo es la simple mención de los daños.

La jurisprudencia ha recitado “(...) *para acceder al cese de los efectos de un acto administrativo, no basta con señalar que los actos impugnados ocasionan daños y perjuicios, sino que éstos deben acreditarse de alguna forma, para que el juzgador pueda al menos vislumbrar su magnitud y los efectos nocivos sobre el administrado. En el caso concreto, ciertamente a criterio de este Tribunal, los daños alegados, no están debidamente acreditados como de difícil o imposible reparación, presupuesto indispensable para la aplicación de esta medida cautelar,*”²⁶²

En cuanto al tema, en el Código Procesal Contencioso Administrativo se regula de manera especial, el presupuesto del peligro en la demora (*periculum in mora*), se establece que: “*La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida (...)*” (art. 21 CPCA), presenta la novedad, que ya no se exige la producción de daños y perjuicios de

²⁶² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 326-2002 de las trece horas treinta y cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos, voto número 134-2000 de las quince horas treinta minutos del nueve de junio del dos mil. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 119-2000 de las dieciséis horas del tres de mayo del dos mil, 93-99 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

difícil o imposible reparación (como los requería el art. 91 de la LRJCA o el 242 del CPC), solo deben ser graves.

c. Según los intereses que se tutelen.

Cada cuadro fáctico debe analizarse detenidamente, a los efectos de examinar sus particularidades y determinar si encuadra o no en la norma que le da sustento, y determinar si procede o no acceder a una suspensión. En dicho análisis, la ponderación de los intereses en juego ha cobrado gran relevancia, aunque la ley no lo diga expresamente.

Al respecto el Código Procesal Contencioso Administrativo, sí establece expresamente como presupuesto para otorgar o denegar alguna medida cautelar, la ponderación de todos los intereses presentes en el caso²⁶³ (interés público, de terceros, particulares), sin establecerse legalmente la supremacía de ninguno de ellos, el juzgador deberá analizar “(...) *la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, (...) de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.*” (Art. 22 CPCA).

²⁶³ Ponderación que se venía estableciendo ampliamente en nuestra jurisprudencia Contenciosa Administrativa.

c. 1. Interés público.

Jurisprudencialmente se ha dado un desarrollo de la influencia e importancia del interés público al momento de analizar la procedencia o no del incidente de suspensión, al punto de que es equiparable con la gravedad del daño.

“(..). El éxito del incidente de suspensión depende de la inminencia o desarrollo de un daño de imposible o muy difícil reparación y de su relación con el interés público envuelto en el caso (...).”²⁶⁴

Además, frente al interés público, *“(..). necesariamente debe ceder el interés de los particulares, cuando las circunstancias concretas de cada caso, así lo exijan, teniendo el juez el deber de ponderar el equilibrio debido entre estos dos intereses.”²⁶⁵*

A manera de ejemplo, algunos de los supuestos fácticos donde ha privado el interés público o de terceros son:

1).- Cuando se acreditan daños o perjuicios de difícil o imposible reparación para el solicitante, pero el interés público sufre un daño grave, reparable o no, es razón más que suficiente para no otorgar la suspensión.

²⁶⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 265-97 de las quince horas cincuenta minutos del veinticuatro de julio mil novecientos noventa y siete.

²⁶⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 163-98 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

“III. (...) Ciertamente, para conceder la suspensión de un acto administrativo, debe probarse y ponderarse los daños y perjuicios que la ejecución ocasione y en el caso presente no hay duda de que existen, pero también según se establece en doctrina y lo ha sostenido este Tribunal en varios fallos, debe sopesarse el interés público envuelto en la cuestión. Por interés público debe entenderse todo lo que se contribuya a salvaguardar la seguridad y salubridad de la colectividad y si la inejecución del acto pone en peligro alguno de aquellos valores, el beneficio ha de denegarse.”²⁶⁶

Quando se analizan casos donde se cierra o traslada un negocio o empresa comercial, en afán de la protección de la seguridad y vida de las personas, no se desconoce la producción de daños al administrado afectado con la decisión, pero lo que se pasa a tomar en cuenta es si dicha suspensión pone en riesgo el bien jurídico que se pretende tutelar.

En suspensión de orden sanitaria que declaraba inhabitable el inmueble que habita la actora por ruinoso e insalubre, el cual presentaba peligro de incendio por la mala instalación eléctrica y un peligro latente en la eventualidad de un sismo, se dijo:

²⁶⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 110-99 de las once horas cinco minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 447-99 de las quince horas treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

“IV.- A diferencia del señor Juez de instancia, este Tribunal considera que suspender los efectos de la orden sanitaria impugnada, permitiendo el uso del inmueble declarado como inhabitable, implica un riesgo, no sólo para la actora que vive y trabaja ahí, sino también por los ciudadanos que lo visiten, por lo que está de por medio el interés general, que debe protegerse por sobre el interés particular de la actora.”²⁶⁷

Como antes se apuntó, no es que la petente no sufra un daño o perjuicio de difícil o imposible reparación, pues tendrá que buscar un nuevo lugar para vivir y trabajar, lo cual implica una serie de gastos, pero el daño al interés público (incluso la vida de la misma solicitante) es mayor que los daños o perjuicios económicos, que pueda sufrir, cabe resaltar que estos últimos daños, bajo otro cuadro fáctico podrían ser suficientes para otorgar la suspensión, tal es el caso de que se constatará que la casa está en buen estado y salubre.²⁶⁸

2).- El daño que se le produce al interés público o a terceros, es mayor que el que puede sufrir el interés particular.

²⁶⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 163-98 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

²⁶⁸ “(...) En efecto, se vería avocado, repentinamente, a la difícil tarea de arrendar un inmueble para casa de habitación, durante una situación económica notoriamente deteriorada, tanto por los elevados precios de alquiler como por la reducida oferta de casas de habitación con una renta justa y adecuada. Lo anterior podría llevar al promovente y a su círculo familiar a una difícil y exasperante situación socio-económica, cuyas nefastas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales pueden ser incalculables. En otro orden de ideas, es menester señalar que del reconocimiento efectuado por el a-quo, se desprende que la casa de habitación ocupada por el incidentista no se encuentra en el estado ruinoso, peligroso e insalubre aseverado por la Administración sanitaria, extremo que, en todo caso, sólo podrá ser dilucidado en sentencia.” Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 171-96 de las once horas diez minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis.

Se denegó la suspensión del acto administrativo que ordenaba el cierre de un bar, donde se daban comportamientos inmorales, a pesar de que hay un daño económico al particular, el daño al interés de la comunidad es mayor, el Tribunal expresó:

“La tranquilidad, la salud moral y la seguridad de que las autoridades competentes sí se interesan en los problemas de los habitantes de una población, son más importantes que el presunto perjuicio económico que puede derivarse por la ejecución del acto administrativo.”²⁶⁹

Igualmente en el caso de un cierre de un hotel en Alajuela, que tenía varias acusaciones por la comisión de actos delictivos en su interior y al momento de su cierre carecía del correspondiente permiso de salud y de la Gobernación de Alajuela.

²⁷⁰ Asimismo, en el cierre de un negocio comercial que no contaba con los permisos correspondientes para el ejercicio de su actividad, la cual además perturbaba a terceros²⁷¹.

En voto número 303-2004, se determinó:

²⁶⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 340-96 de las once horas veinte minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

²⁷⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 227-96 de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis.

²⁷¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 425-95 de las quince horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

“IV. No hay duda que el verse obligado a cerrar un negocio, ocasiona daños, sin embargo el carácter de irreparables o de muy difícil compensación, no ha sido demostrado en la articulación y en principio, esas consecuencias dañosas pudieran ser indemnizadas, si en el contradictorio se demostrara la ilegalidad de aquél cierre. Además, estima el Tribunal que al tratarse de temas sobre la salud pública, dado que la orden sanitaria propende no sólo a la instalación de agua corriente y servicio sanitario, sino al trámite de los permisos correspondientes para ejercer la actividad y las patentes que la autorizan, con el objeto de tutelar el derecho de salud de los ciudadanos, lo que de conformidad con la Ley General de Salud es de interés público. Esas razones inclinan al Tribunal para confirmar lo resuelto por el Juzgado de Instancia que denegó la suspensión del acto impugnado.”²⁷²

En el proceso de un desalojo de un terreno inscrito a nombre de la Municipalidad de Heredia, no otorgaron suspensión por imperar el interés público, se trataba de un bien demanial²⁷³ aunado a que el articulante no demostró daños de difícil o imposible reparación.

²⁷² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 303-2004 de las diez horas treinta y cinco minutos del nueve de julio de dos mil cuatro.

²⁷³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 188-97 de las diez horas diez minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y siete. Así también, cuando se denegó la suspensión de órdenes de desalojo de los terrenos en los alrededores del aeropuerto de Limón, por prevalecer la protección de la seguridad a la vida humana, tanto de los vecinos de esa actividad como de sus usuarios. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 362-2005 de las diez horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cinco.

Igualmente se resolvió, en un asunto, donde se pretendía suspender una orden de desalojo y traslado de un taller de carrocerías y productos afines, solo constó el dicho del petente, no probó los supuestos contratos pendientes con respecto de los que está obligado, ni los empleados que decía tener, además el taller aparentemente lleva cerrado seis meses, lo que evidenciaba que el cierre no ha sido intempestivo ni apresurado, con ocasión de preparar su traslado; el Tribunal agregó:

“(...) se protege un interés público, y en las órdenes del Ministerio de Salud en particular, ésta se refiere a la protección física y ambiental tanto de los trabajadores y clientes como de los vecinos, de manera que se debe partir de proteger ante todo esta finalidad aún contra el eventual derecho de un individuo, que no puede ir en perjuicio del resto de la sociedad; por lo que los requisitos legales para la suspensión y el análisis de la prueba deben ser más inquisitivos (...).”²⁷⁴

Así, también en voto número 111-95, la actora solicitaba que se suspendiera la resolución del ente demandado que le ordena pagar la suma adeudada por servicio de agua potable.

²⁷⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 119-2000 las dieciséis horas del tres de mayo del dos mil. Referente al tema Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 11-2003 de las once horas quince minutos del veintiocho de enero de dos mil tres, 185-2003 de las diez horas cinco minutos del veintiuno de mayo del dos mil cuatro. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 393-2002 de las diez horas quince minutos del primero de noviembre del dos mil dos.

“(…) debe tomarse en cuenta que se trata de un servicio público esencial para la salud de la población, el que debe ser vigilado de manera especial por los habitantes, por lo que la suspensión del pago del agua solo en casos muy excepcionales podría darse, que no es el caso de autos, pues de lo contrario se puede poner al ente demandado en condiciones difíciles y peligrosas para enfrentar el costo del servicio, que al final causaría daños y perjuicios de difícil o imposible reparación en la salud de las personas, por lo que el interés público debe acceder ante el particular.”²⁷⁵

La procedencia o no de una suspensión, dependerá mucho a qué interés general se confronta el particular, pues dentro de los intereses públicos, es conocido que hay toda una jerarquía. No es lo mismo enfrentarse a un interés general de índole económico, organizativo, que a un interés general que proteja la seguridad, salud o vida de las personas.

Al respecto en resolución 193-99, se evidencia una clara preocupación por la vida humana, la cual se consideró (acertadamente) que priva sobre el interés comercial existente en el caso.

²⁷⁵ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 111-95 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

“III- Sin embargo, al Tribunal no le queda la menor duda que el inmueble se encuentra seriamente dañado, y que no puede permitirse que ocurra un sismo de alta intensidad que permita demostrar si la estructura soporta la descarga de energía. El Despacho ordenó como prueba para mejor resolver que un perito con la especialidad requerida hiciera un estudio detallado de los daños que presenta el edificio, y que indicara si para repararlo es necesario que se encuentre desocupado, pero por el alto costo hubo que prescindir de la pericia. No obstante, se realizó un reconocimiento judicial en el lugar, donde se pudo comprobar que en varias partes en que existen en la construcción muros de ladrillo y ventanas, a simple vista se aprecia que esos puntos están pandeados, motivo por el cual lo procedente es denegar la suspensión, dado que no se puede permitir el riesgo contra la vida de las personas, tanto las que trabajan en el local comercial, como en los transeúntes. Además, no se puede decir que existan daños de difícil o imposible reparación, puesto que la actora posee tiendas en diferentes lugares del país, a pesar de que la tienda que más le interesa y que está en el edificio Steinvorth sea la que cuenta con mejor punto comercial, pero en este caso se debe proteger el bien más valioso que tiene el ser humano, como lo es la vida.”²⁷⁶

Como se ha repetido continuamente, será el juez, después de analizar las circunstancias del caso, el que determinará cuándo conceder o no la suspensión.

²⁷⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 193-99 de las catorce horas treinta minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y nueve. Relacionado Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 229-2001 de las once horas quince minutos del veinticuatro de julio del dos mil uno.

c. 2. Interés privado.

No siempre va a prevalecer el interés público,²⁷⁷ del análisis jurisprudencial se pueden establecer algunos supuestos, en que los Tribunales han otorgado la suspensión del acto administrativo impugnado:

1).- Cuando el administrado logre demostrar daños de difícil o imposible reparación, y necesariamente no haya un interés público que proteger, o habiéndolo su lesión es leve.

Se suspendió orden de desalojo administrativo, al considerarse que:

“III.- No existe un interés público relevante para mantener la orden y si estima el Tribunal que el desarraigo de una mujer sola y con hijos de su hogar, produce daños de difícil reparación por lo que se debe confirmar la resolución apelada que suspende la orden de desalojo. Debe tomarse en cuenta que la actora niega que habita la casa por mera tolerancia, que es uno de los supuestos para el desahucio

²⁷⁷ “(...) Como con acierto se expone en el fallo transcrito en el Considerando anterior, es deber de todo administrador de justicia, valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión con el interés público o del tercero, sin que pueda “... implicar una potenciación del interés público..., en perjuicio de lo que consagra el artículo 41 de la Constitución Política, máxime que ningún interés público ‘... puede llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva...’. (...) no siempre puede prevalecer el interés público sobre el del administrado, que la Sección Primera de este Tribunal, en su fallo número 570-90 de 9 horas del 28 de agosto de 1990, transcribe ‘VI.- Las alegaciones que hacen los apoderados de la liga para atribuirle carácter prevalente al interés público en relación al interés particular de Hacienda Nuestro Amo, no son determinantes para denegar la suspensión, pues el interés público no es extraño a la protección de las empresas privadas, desde que las actividades que éstas realizan constituyen fuente de trabajo y son factores de importancia en la economía nacional ...’.” Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 27-98 las doce horas del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 503-98 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 314-2003 de las dieciséis horas diez minutos del trece de agosto del dos mil tres.

*administrativo y afirma estar dentro de una relación de inquilinato y aunque el señor Procurador estime debería haber más elementos probatorios, para el dictado de la resolución apelada, lo propio podría decirse de la resolución suspendida. Artículos 91.-2 y 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*²⁷⁸

Incluso procede la suspensión, donde hay una participación del interés general a la salud pública, siempre y cuando se cumpla con dos supuestos, constatar principalmente que dicha suspensión no pone en peligro la seguridad y salud de los ciudadanos. Comprobado tal supuesto, debe concurrir ineludiblemente la demostración por parte del articulante, de los daños de difícil o imposible reparación que puede sufrir si se ejecuta el acto impugnado, bajo esa hipótesis, se ha fallado a favor del interés particular.

Así se dispuso en resolución 148-95, donde se discutía el traslado de un Laboratorio Clínico ordenado por el Ministerio de Salud Pública, sin tener prueba documental, ni técnica que respaldara la urgencia de tal traslado, mientras que el Laboratorio si demuestra mediante prueba técnica, rendida por un ingeniero calificado, la mínima puesta en peligro del interés público tutelado, que presenta el Laboratorio, debido a

²⁷⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 273-97 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y siete. Para ampliar sobre el tema ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 325-2005 de las diez horas veinticinco minutos del diez de agosto de dos mil cinco, 213-2003 de las diez horas treinta minutos del veinte de junio del dos mil tres, 57-97 de las quince horas cuarenta minutos del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete, 77-97 de las diez horas del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 241-97 de las quince horas diez minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete.

que cuenta con todas las medidas de seguridad exigidas, además que en un eventual incendio del laboratorio, el peligro de conflagración que representa es el mismo que el de una casa de habitación, por los pocos productos inflamables que se encuentran en las instalaciones del mismo.

“II.-- Ciertamente el interés público prevalece sobre el particular, sin embargo, en el caso en estudio, después de un examen pormenorizado del expediente se llega a la conclusión de que se dan los supuestos necesarios para decretar la suspensión que contempla el artículo 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, número 3667 del 12 de marzo de 1966 por cuanto la reubicación si procediere no presenta una urgencia y gravedad tales, que no pueda esperar los resultados del juicio y sí causan daños patrimoniales inmediatos al actor de muy difícil reparación habida cuenta de su monto y demás circunstancias, dentro de las que destaca una ausencia técnica razonablemente fundada para la urgencia del traslado, que por otra parte desdice el aportado por el recurrente, por lo que procede revocar la resolución apelada y en su lugar acoger la suspensión solicitada.”²⁷⁹

2).- Cuando el interés público o de terceros, no exija la ejecución del acto, o sea más conveniente para éste la inejecución del mismo.

²⁷⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 148-95 de las quince horas cuarenta minutos del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 38-95 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Se suspendió, el desalojo de una porción de terreno de mil veinte metros cuadrados que forma parte de la cancha de fútbol del Colegio de Abogados, por estimarse:

“III.- Versa el proceso principal, sobre la retrocesión de un bien y en la articulación se pretende suspender una prevención de su desalojo. Ahora bien, tal prevención no tuvo su origen en la necesidad de uso del inmueble a fin público -vía pública- sino en una cuestión de titularidad, que no se discute ni desconoce. De proceder la retrocesión y no suspenderse el acto se producirían gastos cuantiosos e innecesarios parte de los cuales se previeron como consta en el hecho 7 y los necesarios para volver las cosas a su estado anterior y como la razón de ser de la medida cautelar el evitar que se produzcan, procede acoger la incidencia en el entendido de que esta decisión no puede prevalecer si el Estado efectiva y realmente ocupare el inmueble para el fin público aducido cuando dispuso la necesidad de adquirirlo.(...)”²⁸⁰

En cuanto la inejecución del cierre de una empresa,²⁸¹ se dispuso:

²⁸⁰ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 22-2003 de las diez horas quince minutos del doce de febrero del dos mil tres.

²⁸¹ “(...) Por otra parte, aunque el cierre es temporal, es lo suficientemente prolongado, para que una actividad como la que desarrolla la actora, pueda verse afectada sensiblemente, habida cuenta de la planilla y la clientela, por lo que se estima que si se le causan daños de difícil reparación aunque pudieran ser cuantificables y por lo que se debe revocar la resolución recurrida y en su lugar acoger la suspensión solicitada. Artículo 91.-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 75-98. de las quince horas cincuenta minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 74-97 de las nueve horas treinta minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

“V.- Que partiendo de lo expuesto en acápite anteriores, ponderado el caso en particular, la mayoría del Tribunal, hace suyos los argumentos de la señora Juez, desde que tiene por cierto los años que la gestionante tiene de vender al público y por ende, siendo fuente productora de empleo y ayudando de este modo a la economía nacional, concluyéndose, que mantener el cierre del negocio acordado, sí genera pérdidas irreparables, que si bien, como lo expresa el señor Procurador, probablemente van a ser indemnizadas por el Estado, es lo cierto, que el daño que se puede producir no es solo cuantificable en dinero, sino que deben tomarse en consideración algunos otros aspectos tales como pérdida de clientela y credibilidad, despedida del personal con repercusiones económicas y familiares extremos que sí son difíciles de cuantificar. De otro lado, si bien no cabe duda que el edificio en sí cuenta con daños estructurales, existen elementos que demuestran que es posible su reparación sin desalojar a los inquilinos y mal se haría en mantener una orden de cierre en perjuicio de la incidentista, por gran cantidad de años hasta que se logre llegar a sentencia, en perjuicio de la incidentista. Los elementos de juicio con que se cuenta hasta hoy, dan razón para pensar en la seriedad de su demanda, razón de más para confirmar la suspensión acordada por el Juzgado de instancia.”²⁸²

²⁸² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 27-98 de las doce horas del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Es más conveniente suspender el acto en protección del interés, no solo del dueño si no de terceros, al considerarse tanto las implicaciones económicas como sociales (pérdida de empleos y sus consecuencias) que se podrían dar.

3).- Cuando la ejecución provoque un daño cualitativa y cuantitativamente mayor al interés del petente, que al interés público o de terceros.²⁸³

Para suspender un acuerdo que disponía un aumento del costo de la matrícula, en una universidad, se analizó:

“IV.- Que el caso en examen reviste interés para ambas partes: para los promoventes continuar con sus estudios de posgrado y para la Universidad de Costa Rica, el resarcirse de las sumas que dice se le adeudan y reponer, en parte, lo invertido en este programa. Ambos aspectos, en criterio del Tribunal, son estimables económicamente y por esta razón, debe ponderarse cuál de los dos intereses resulta más perjudicado con la medida adoptada. Al igual que el Juzgador de instancia se llega al convencimiento, de que la inminencia del daño con lo decidido, desarrolla consecuencias graves para los estudiantes al ver frustrados sus estudios y ésta es la razón por la cual se comparte lo resuelto. No es cierto, como lo quiere

²⁸³ “(...) únicamente otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante, cuantitativamente y cualitativamente, sea superior al daño que se infrinja al interés público o de un tercero (...).” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 129-99 de las quince horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 90-99 de las catorce horas quince minutos del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

hacer ver la incidentada, que no se estén suspendiendo los cursos, si hay prueba dentro del expediente que contradice lo afirmado por esta institución. (...) Como se obtiene de lo expuesto, en la comparación de ambas situaciones, deviene en más gravosa la de los profesionales que están siendo suspendidos de sus labores en los diferentes centros médicos y de sus estudios de posgrado. De ser procedente el aumento de matrícula, lo que se determinará en sentencia del proceso principal, es perfectamente posible la recuperación de las sumas adeudadas en su momento. La decisión contraria - mantener el acto - sí perjudicaría en mayor grado a los estudiantes.-”²⁸⁴

En otro orden de ideas, cuando se considere que los daños alegados por el petente, son económicamente resarcibles y no median otras circunstancias que justifiquen la suspensión, se podrá negar la suspensión, basado en la reparabilidad económica del daño.²⁸⁵

²⁸⁴ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 503-98 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

²⁸⁵ *“III. Ahora bien, el articulante no ha demostrado que el acto impugnado le cause daños de difícil o imposible reparación, tal y como lo exige el artículo 92.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, normativa aplicable en la especie, ya que las posibles pérdidas económicas por el cierre del negocio, de considerarse en sentencia que éste fue ilegal, podrían perfectamente ser valoradas pecuniariamente. Por esta razón, debe confirmarse la resolución recurrida.”* Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 485-98 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. *“III.- El tribunal comprende los aspectos que preocupan a la apelante, pero no puede darles entrada a los fines de suspender la ejecución de las resoluciones cuestionadas, pues la norma que la respalda exige que al ejecutarse los actos se ocasionen daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; no obstante, del estudio de los autos se logra determinar las estimaciones del impacto por kilovatio hora, e incluso se ha acompañado un cuadro sobre el particular, de manera que, en caso de que llegara a anularse lo pretendido por la actora, es factible determinar la suma específica que para cada abonado representaría la erogación realizada.”* Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 165-99 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Se denegó la suspensión de un desahucio administrativo, se dispuso:

“(...) A lo anterior habría que agregar que, si se trata de pérdidas económicas, ya el Tribunal en múltiples ocasiones ha dicho que son reparables y por ende de fácil compensación. (...) y en el evento de que se declarase con lugar la acción, los bienes del demandante pueden serle sustituidos o indemnizados, lo que hace resarcible el posible perjuicio. En consecuencia, debe revocarse la resolución apelada, y en su lugar denegar la suspensión solicitada.”²⁸⁶

También se podrá negar la suspensión, aun en el supuesto de que no haya roces entre el interés público o de terceros y el del particular, pero este último no es un daño o perjuicio de imposible o difícil reparación, siendo el daño alegado por el solicitante, leve o inexistente.

d. Según la materia.

d. 1. Consumidor

En cuanto a los temas relacionados con los derechos y defensa efectiva del consumidor, claramente se enfrentan dos intereses, por un lado el interés particular de la empresa u oferente del bien o servicio y por el otro el interés del

²⁸⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 109-2001 de las once horas treinta minutos del veintisiete de abril del año dos mil uno.

administrado o consumidor. En la jurisprudencia analizada, hay una marcada tendencia a favor de la protección de los derechos del consumidor.

El criterio, claramente definido por la jurisprudencia ante tal disyuntiva, ha sido de no otorgar suspensiones, o en ocasiones hacerlo de manera parcial, siempre y cuando se logre demostrar: 1).- que el interés de los consumidores no se ve afectado, y que tal interés no sea mayor al particular; 2).- que el articulante logre demostrar que la ejecución del acto le puede causar daños, que necesariamente deben ser de difícil o imposible reparación.²⁸⁷

Es menester aclarar que aunque se demuestren los daños de difícil o imposible reparación, si el interés general es mayor a esos daños, no se da la suspensión, como se expresa a continuación:

“En este sentido, el numeral 91.2 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al señalar “Procederá ésta - la suspensión- cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”,

²⁸⁷ “II.- (...) es indudable que la empresa actora sufrirá un menoscabo patrimonial a consecuencia de la multa impuesta. No obstante, sin demérito ni detrimento de ello, es lo cierto que no representa un daño de difícil o imposible reparación, pues no está demostrado el impacto severo que la conducta impugnada le acarrea, ni mucho menos, la posibilidad real de que se precipite a la quiebra. En ese sentido, la lesión podría ser revertida frente a una sentencia estimatoria posterior. En consecuencia, será en el fallo final que se defina, si los actos administrativos impugnados violentan o no el Ordenamiento Jurídico con lesión de derechos e intereses, pero sin mengua de su ejecutividad y ejecutoriedad sancionadora, las que, bajo las circunstancias actuales, prevalecen y deben mantenerse por encima de la posible afectación del administrado” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 20-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del ocho de febrero del dos mil dos.

*hace referencia a lo que en doctrina ha sido llamado "La bilateralidad del periculum in mora", mediante el cual, se le impone al juzgador la tarea de ponderar los intereses que intervienen en la suspensión que se solicita. De manera que, el juez debe sopesar, el interés de quien solicita la medida cautelar, con el interés público o de terceros que pudieren verse afectados si se acordare la suspensión. Y de acuerdo a esto, sólo se otorgará la medida cautelar cuando el perjuicio que pudiere derivarse del mantenimiento del acto fuere superior tanto cualitativa como cuantitativamente al daño sufrido por la otra parte. Así las cosas, considera este órgano colegiado que las apreciaciones del juzgador de instancia son correctas, pues es evidente la existencia de un interés público superior al interés de quien solicita la suspensión.*²⁸⁸

Asimismo, en sentencia número 96-2001:

"IV.- En el caso en estudio, ciertamente la no suspensión produce daños al articulante, pero no existen elementos probatorios que comprueben su gravedad. Por otra parte, como bien lo analiza el fallo impugnado también debe ponderarse el interés público involucrado en el asunto. Tomando en consideración el acto cuya ejecución se solicita suspender mediante el cual no se autorizan los planes de venta a plazos, así como el interés de la colectividad manifiesta en la

²⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 90-99 de las catorce horas quince minutos del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

*protección de los derechos del consumidor, a fin de sopesarla con los daños y perjuicios que la ejecución del acto cuestionado pueda ocasionar, el Tribunal llega a la convicción de que debe mantenerse la decisión impugnada.*²⁸⁹

En el incidente de La Villa del Club de los Caciques S.A., contra el Estado y Seventeen Forty Two Limited, se solicitaba la suspensión de los efectos de la resolución de la Comisión Nacional del Consumidor, que le impone una sanción por el incumplimiento del contrato (pues lo que se les ofreció y compraron los consumidores no corresponde a la realidad) y por la falta de información, además de ordenarle indicar en su publicidad una fecha cierta y determinada para la conclusión de las diferentes etapas del proyecto. Se indicó, con respecto al tema de la probanza de los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación:

“IV.- Para efectos de la medida cautelar, no se requiere probar los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación en forma fehaciente, pero al menos, debe existir algún elemento que le permita al Juez poder concluir en forma razonable que hay un peligro real de que se produzcan. En el caso específico, (...) este Tribunal no tiene ningún elemento que le permita siquiera intuir, que la

²⁸⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 96-2001 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de marzo del dos mil uno. Asimismo, se indicó en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 47-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero del dos mil: *“IV.- Sin embargo, se debe hacer una apreciación adicional, siempre hay un interés público importante en el mantenimiento del acto administrativo, el cual ha sido emitido en función de la obligación de servicio de la Administración Pública. En el presente caso, es la salvaguardia de la inversión de esos mismos ahorrantes, clientes de la entidad, por lo que la suspensión debe considerar esa situación y en el tanto sea posible no dejar sin protección tal interés.-”*

*incidentista no pueda desembolsar esa suma de dinero y cumplir con lo ordenado. ¿Cuál es su situación financiera?, ¿se trata de una pequeña, mediana o gran empresa?, ¿cuál es el volumen de sus operaciones?, ¿tiene o no suficiente liquidez para afrontar el pago de lo ordenado, o tendría que endeudarse?. Nada de lo anterior consta en el expediente. No existe ningún elemento, que lleve al órgano jurisdiccional a concluir, que les es imposible a la actora cumplir con lo ordenado en el acto impugnado y en consecuencia, no está en sus manos evitar que se testimonien piezas para el Ministerio Público. Todo lo anterior, lleva a denegar la suspensión solicitada.*²⁹⁰

Así, en el incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo y medida cautelar atípica, CLUBES COLÓN S.A. contra el ESTADO, no se concedió la suspensión de los actos, pero se aplicó una medida cautelar atípica en adecuación y exigencia de las circunstancias concretas.

El Tribunal, le ordenó al Área de Comercio y Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, sellar y autorizar los futuros formularios de clubes para la colocación y venta de contratos, debido a que no estaba en riesgo el interés general de los consumidores, ya que existía una garantía que respalda ha

²⁹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 29-2004 de las once horas cincuenta minutos del veintiocho de enero del dos mil cuatro. Asimismo ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 432-2004 de las diez horas veinticinco minutos del primero de setiembre del dos mil cuatro.

los consumidores, y tal negativa de sellar los formularios, le podía ocasionar daños y perjuicios, en razón del giro de la empresa.²⁹¹

En otra resolución estudiada, se hace una aclaración en el sentido de que a este tipo de procesos, no le es aplicable el artículo 83 inciso 9) de la LRJCA, solo lo es para los procesos especiales tributarios:

“(...) que los especiales de impugnación de las decisiones emanadas de la Comisión para Promover la Competencia o de la Comisión Nacional del Consumidor, contemplados en el artículo 83 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son procesos de naturaleza jurisdiccional, cuya resolución final produce cosa juzgada material. Dentro de ellos, no existe ninguna limitación legal para solicitar y conceder medidas cautelares, y por el contrario, su ejercicio está amparado al principio constitucional de la tutela judicial efectiva. El artículo 83 inciso 9) de la ley citada, sí establece esa prohibición, pero es exclusiva para los procesos especial tributarios y no puede extenderse por analogía a otro tipo de juicio.”²⁹²

²⁹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 349-98 de las once horas del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa.

²⁹² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 29-2004 de las once horas cincuenta minutos del veintiocho de enero del dos mil cuatro.

d. 2. Contratación Administrativa.

De conformidad con los artículos 89²⁹³ y 90²⁹⁴ de la LRJC, así como los numerales 90²⁹⁵ y 92. e)²⁹⁶ de LCA, cuando se esté frente a procesos especiales de licitación, expresamente se prohíbe la suspensión de los actos o disposiciones dictadas en los mismos.

Criterio ampliamente explicado por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 201-2004 de las diez horas veinte minutos del veintiséis de mayo de dos mil cuatro:

“Único.- El Tribunal observa que el presente se trata de un Proceso Especial de Impugnación de la Resolución Final en una Licitación (artículos 89 y 90 de la Ley

²⁹³ Artículo 89 LRJCA: “Será de conocimiento del Tribunal Superior respectivo, la impugnación de los contratos de la Administración Pública y de la decisión final que recayere en toda licitación del Estado.”

²⁹⁴ Artículo 90 LRJCA: “1. En recurso se interpondrá dentro del plazo de tres días a partir del siguiente al de la notificación o de la publicación respectiva.

2. Recibido el escrito de interposición, el Tribunal pedirá el expediente administrativo, que deberá ser remitido dentro del plazo único de cinco días, con aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 40.

3. Por la petición del expediente, quedarán emplazados el órgano administrativo y los demás, interesados, a fin de que dentro de tres días ocurran ante el Tribunal.

4. Recibido el expediente o vencido el plazo de su remisión, se dará al impugnante un plazo de ocho días para que formalice la demanda.

5. Recibida la demanda, el Tribunal oírá por ocho días a los interesados que hayan concurrido al emplazamiento.

6. Contestada la audiencia, si fuere procedente la recepción de las pruebas ofrecidas en los escritos de demanda y contestación, se evacuarán a la mayor brevedad, sin que el plazo pueda exceder de ocho días.

7. En supuestos de urgencia, el Tribunal podrá reducir los plazos prudencialmente.

8. La resolución del Tribunal no tendrá recurso.”

²⁹⁵ Artículo 90 LCA: “Agotamiento de la vía administrativa. La resolución final o el auto que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa.

Dentro de los tres días posteriores a la comunicación, el interesado podrá impugnar el acto final, sin efectos suspensivos, ante el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, por medio del proceso especial regulado en los artículos 89 y 90 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si la contratación cuya adjudicación se impugna ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable al accionante solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios causados.”

²⁹⁶ Artículo 92 LCA: “Procedimiento del recurso. El recurso seguirá los siguientes pasos: e) La resolución que dicte la Administración dará por agotada la vía administrativa; sin embargo, podrá ser impugnada, sin efecto suspensivo, dentro de los tres días siguientes a su comunicación/ por medio del proceso especial regulado en los artículos 89 y 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), al que se le aplican las normas expresas sobre su tramitación, que no incluye la gestión de suspensión del acto. Por otro lado, la naturaleza particular del proceso de contratación, donde el acto administrativo es parte de un acuerdo negocial, no es compatible con esta institución dado que, de admitirse, se paralizaría el funcionamiento de gran parte de la Administración, pues cada vez que se impugnase una adjudicación y el actor requiriese la suspensión se impediría el acceso del Estado a los materiales necesarios para proveer su prestaciones de servicios con grave perjuicio del interés público, como lo es el caso presente, en que se negaría a la entidad a cargo de la atención médica de los trabajadores, contar oportunamente con los suministros para atender a los enfermos. La interpretación se fortalece cuando se observa el interés del legislador en crear un procedimiento de control pero de plazos rápidos y regido por el principio de eficiencia, no sólo se trata de escoger la mejor oferta, sino de la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración así, en todas la etapas los actos y actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final en condiciones favorables para el interés general (artículo 4° de la Ley de Contratación Administrativa, número 7494 de 2 mayo de 1995), y es evidente que dicho interés resulta perjudicado si la ejecución de los acuerdos queda pendiente hasta la sentencia de este proceso; en el mismo sentido hay norma expresa que obliga a la anterior conclusión, los numerales 90 y 92 inciso e) ibidem, cuando disponen que, agotada la vía

*administrativa, el inconforme podrá impugnar el acto final ante esta jurisdicción "... sin efectos suspensivos..." y si la contratación ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios. Por lo que se debe declarar sin lugar la petición.*²⁹⁷

Hay que recordar que la Ley de Contratación Administrativa entró a regir partir del 1º de mayo de 1996, antes de esa fecha sí procedía la suspensión de los actos impugnados²⁹⁸ en procesos de contratación administrativa.

Sin embargo, aun después de 1996, hay ciertas resoluciones en las que no se aplicó la LCA, y se entró a analizar los daños de difícil o imposible reparación exigidos para el otorgamiento de la suspensión. Tal y como se aprecia en resolución 4-98, donde se impugna el acto de adjudicación, para prestar el servicio de cabotaje para personas, vehículos y carga, en la modalidad ferry o trasbordador en la ruta Puntarenas-Paquera:

"III.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede la suspensión de un acto

²⁹⁷ En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 50-2005 de las diez horas quince minutos del dieciséis de febrero del dos mil cinco, 147-2005 de las catorce horas cinco minutos del veintidós de abril del dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 182-2005 de las diez horas del veinticuatro de junio del dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 63-2003 de las diez horas treinta minutos del catorce de febrero del dos mil tres.

²⁹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 42-95 de las catorce horas cuarenta minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

administrativo cuando de su ejecución pudieran derivarse daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el que lo invoca. En el presente caso, los tales daños y perjuicios se fundamentan en la inversión previa que realizó la empresa accionante con anticipación a que fuera licitada y adjudicada la ruta, cuando tan solo era permisionaria de la misma. Al respecto, cabe destacar que durante todo ese período la empresa accionante era conocedora de la precariedad del título con que contaba y que ante un eventual concurso público podría no resultar seleccionada. En ese sentido, no es atendible su argumentación, puesto que la transitoriedad de su derecho la obligaba a asumir el riesgo a que tal situación la condicionaba, como es el caso del endeudamiento que pudo haber adquirido para atender el servicio de cabotaje para pasajeros y vehículos automotores que prestaba. De igual manera carece de relevancia para la resolución del presente incidente, la valoración de si su exclusión en la prestación del servicio, puede o no llevarla a la ruina económica, pues la empresa adjudicataria se encontraría en igualdad de condiciones de acordarse ahora la suspensión de los actos cuestionados, máxime si se toma en cuenta que ésta última empezó a prestar el servicio desde diciembre último, lo que razonablemente la obligó a estructurarse administrativa y financieramente, como consecuencia del acto adjudicatario. De todas maneras es un punto a resolver en la sentencia del proceso principal. (...) en autos la parte accionante no ha acreditado, mediante prueba técnica idónea, la situación de grave riesgo a que alude (...).²⁹⁹

²⁹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 4-98 de las quince horas cuarenta y

Igualmente, en resolución 187-96 se dispuso:

“(…) el hecho de que no se le haya adjudicado la licitación sobre un objeto que constituye el giro normal de su actividad no significa de por sí que se le puedan causar daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, donde además la accionante no los ha demostrado, motivo por el cual la incidencia debe ser denegada. Artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”³⁰⁰

No se concedió la suspensión como consecuencia de la prohibición legal antes mencionada, sino por que los articulantes no demostraron daños de difícil o imposible reparación.

d. 3. Inactividad de la Administración.

En la inactividad de la Administración, evidentemente no hay un acto administrativo que suspender. El administrado ante una inactividad, solo podrá encontrar la tutela judicial efectiva de sus pretensiones mediante una medida cautelar atípica, pues no es amparable por el incidente de suspensión del acto

cinco minutos del doce de enero de mil novecientos noventa y ocho. Igual situación presente en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 226-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis.

³⁰⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 187-96 de las nueve horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis.

administrativo en el que necesariamente debe haber un acto administrativo previo impugnado.

Es menester señalar, que en determinadas circunstancias “(...) *solo la actividad de la administración, puede satisfacer ciertas situaciones jurídicas del ciudadano, por lo que aquella debe ser condenada a un hacer o no hacer, e incluso a un dar para poner coto a la inactividad.*”³⁰¹

En el presente, la estructura y regulación del proceso “(...) *contencioso-administrativo no es adecuada para tutelar los derechos e intereses legítimos del administrado frente a la inactividad material de la Administración. Únicamente podría lograrse tal objetivo, si se permitiera ‘incoar la vía procesal sin la exigencia del acto administrativo, en demanda de que condenara a la Administración a realizar la actuación’ y si se instrumentaran, de iure conditio, ‘medidas cautelares eficaces para que en el momento de incoarse el proceso, el juez adoptará las necesarias para evitar los perjuicios derivantes de la inactividad’*”³⁰²

³⁰¹ Ernesto Jinesta Lobo (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 295-296.

³⁰² Opus. Cit. Pág.298-299.

Y no como en la actualidad, que puede servir para “(...) *satisfacer una pretensión de indemnización como consecuencia de una prestación incorrecta. Pero no para lograr la prestación.*”³⁰³

Circunstancia que cambiará cuando empiece a regir el Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual regula la posibilidad de obtener la conducta deseada de la Administración. Admite la posibilidad de demandar tal omisión en el proceso principal, y consecuentemente aplicarle medidas cautelares (art. 1.2 y 36.e. CPCA).³⁰⁴

Aún su regulación procesal es muy escueta, será la jurisprudencia la que moldeará el tratamiento de la figura para darle contenido a la misma, deberá asimismo aplicar analógicamente, no solo el art. 128, tal y como lo ordena el art. 20 párrafo 2º, sino también el artículo 118 y 122 inc. f), todos del CPCA.³⁰⁵

³⁰³ Ibid. Pág. 299.

³⁰⁴ En lo que interesa disponen: Artículo 36. “*La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: e) Las conductas omisivas de la Administración Pública. Artículo 1.2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*”

³⁰⁵ Artículo 118 del CPCA: “1) Cuando se trate de procesos cuya pretensión esté relacionada con conductas omisivas de la Administración, el juez tramitador, una vez evaluada interlocutoriamente la demanda, ponderado su eventual fundamento, a solicitud de parte o de oficio, podrá instar a la Administración demandada para que verifique la conducta requerida en la demanda y otorgarle un plazo de cinco días para que alegue cuanto estime oportuno.

2) Si, transcurrido dicho plazo, la Administración manifiesta su conformidad en verificar la conducta, el Tribunal, sin más trámite, dictará sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo si ello supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, dictará la sentencia que estime conforme a derecho. En casos de especial complejidad, cuando sea previsible la inexistencia de los recursos materiales necesarios para la adopción de la conducta, o los recursos financieros necesarios no estén disponibles, en la sentencia se valorará tal circunstancia para otorgar un plazo, a fin de cumplir la conducta respectiva, la cual no excederá del ejercicio presupuestario anual siguiente.

En los supuestos de inactividad, será la jurisprudencia de manera casuística y creativa, la que determinará qué medidas cautelares otorgar o no, así como sus alcances y tratamiento procesal, siguiendo el parámetro de la adecuación y necesidad de la medida, para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, tal y como lo exige el art. 19 del CPCA (para más detalle ver Sección C: Breve referencia al Código Procesal Administrativo).

Lo anterior, sin dejar de lado la obligación de analizar los presupuestos de peligro en la demora, apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses en conflicto.

En este mismo orden de ideas, para evitar abusos, será la jurisprudencia la encargada de establecer la importancia y análisis del límite de la irreversibilidad de la medida cautelar, tal y como lo hizo en el pasado con el tema de la ponderación de los intereses involucrados en el caso concreto.

3) Si, dentro del plazo indicado en el primer párrafo, la Administración no contesta o se manifiesta contraria a realizar la conducta requerida, el proceso continuará su trámite normal.”

Artículo 122 inc. f): “Cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: f) Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública.”

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 mandatos 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.”

d. 4. Medio Ambiente.

La jurisprudencia nacional toma como parámetro justificante, para la aplicación de principio precautorio, los cuerpos normativos internos como la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Biodiversidad,³⁰⁶ Ley Forestal, Ley de Aguas, entre otras, así como el artículo 50 de la Constitución Política,³⁰⁷ instrumentos jurídicos internacionales y el desarrollo del concepto de desarrollo sostenible,³⁰⁸ a través de la jurisprudencia Constitucional, todos se complementan para integrar el parámetro constitucional en materia ambiental, y de allí surgen los principios esenciales y vinculantes, tanto para los particulares como para todos los órganos públicos, en esta materia.

³⁰⁶ Artículo 11: Criterios para aplicar esta ley. Son criterios para aplicar esta ley: 1.- *Criterio preventivo*: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas. 2.- *Criterio precautorio o indubio pro natura*: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección. 3.- *Criterio de interés público ambiental*: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. 4.- *Criterio de integración*: La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad deberán incorporarse a los planes, los programas, las actividades y estrategias sectoriales e intersectoriales, para los efectos de que se integren al proceso de desarrollo.

³⁰⁷ Artículo 50: *"El Estado procurara el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, esta legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinara las responsabilidades y las sanciones correspondientes."*

³⁰⁸ La Sala Constitucional sobre el derecho sostenible, ha expresado: *"El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre éste y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro."* (Sentencia número 1763-94). Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 30-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dos de febrero dos mil uno.

Lo anterior, se tomó en consideración para el fallo, que analizó la solicitud de suspensión del Acuerdo del Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad, mediante el cual se constituyó un derecho de servidumbre, sin haber terminado los estudios de impacto ambiental que exige la ley, sobre una franja de terreno ubicada en un inmueble declarado en su totalidad Refugio de Vida Silvestre, para el paso de una línea de transmisión, cubiertas de bosque secundario y tacotal, sin conocer los resultados de dicho estudio, consecuentemente sin saber a ciencia cierta si éste analiza o no, las consecuencias de pasar la línea de transmisión por el Refugio.

Al existir duda de los daños que se podían causar al medio ambiente, se acotó:

“VI).- (...) Como ya se dijo, en esta delicada materia, es de aplicación el denominado "principio precautorio",³⁰⁹ conforme al cual, cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con éstos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección, y de allí que no es posible sostener, sin lesionar a su vez dicho principio, que como no existen estudios

³⁰⁹ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, del 7 de mayo de 1992, consagra el principio indubio pronatura o principio precautorio *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. Exige, que en la duda, se otorgue primacía a la vida y a la salud por encima de los intereses comerciales. Así entendido, este criterio puede constituir una ayuda invaluable para que las innovaciones tecnológicas se orienten hacia el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

de impacto ambiental que permitan definir los inconvenientes del trazado de la servidumbre por la propiedad de los actores, no se dan los presupuestos legales para la adopción de la medida -como se señala en la resolución recurrida- cuando es más bien la inexistencia de tales estudios, lo que obliga a imponerla. (...) debe resolverse en favor de la protección del ambiente, al menos hasta tanto no se garantice fehacientemente, que las especies protegidas no encontrarán peligro alguno, con lo que a su vez se honrarían los compromisos adquiridos por toda la colectividad, al insertarse el texto actual del artículo 50 constitucional, así como los que derivan de los instrumentos internacionales suscritos, aprobados y ratificados por Costa Rica, en esta materia. (...) opta por acoger la medida cautelar, no sólo porque sí se dan los presupuestos de ley, sino por considerar que la ejecución inmediata del acuerdo cuestionado, ocasionaría al ambiente daños mayores que los que la suspensión causaría al ICE, pues como las obras aún no se han iniciado, bien puede la Institución continuar con los trámites de constitución de servidumbres en otros inmuebles afectados, concluir los estudios de impacto ambiental e incluso, analizar si fuera del caso, otras posibles opciones de trazado de la línea de transmisión en el área en conflicto, si los estudios técnicos y científicos así lo recomiendan, especialmente en el caso concreto, en donde el área de la servidumbre es relativamente pequeña, pues tiene una longitud promedio que no excede los 73 metros.-³¹⁰

³¹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 30-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dos de febrero dos mil uno.

En resolución número 244-2004, se concedió la suspensión del acto administrativo, a pesar de que no se probó correctamente la situación económica de la accionante, que reflejara la imposibilidad de la Fundación de no poder pagar, pero a pesar de lo anterior el factor determinante para suspender el acto fue la función que desempeña en la sociedad promoviendo diversos programas de educación y supervisión de actividades de protección al ambiente y desarrollo sostenible, tanto dentro de Costa Rica como en otros países. Se determinó que:

“V.- (...). Se considera que la ejecución de los actos impugnados podría paralizar su función y afectar gravemente tales programas; es del público conocimiento que el problema del medio ambiente es de gran interés nacional y mundial, ante la perspectiva que el desarrollo industrial produzca perjuicios irreparables, por lo que se promueve el concepto de desarrollo sostenible protegiendo el entorno natural, de manera que la actividad de la actora es de gran interés público tanto nacional como internacional; los efectos de la ejecución no sólo afectarían el desarrollo de sus actividades sino su imagen mundial, su credibilidad y eficacia, lo que es un riesgo de daño de difícil reparación. Por otra parte, respecto al Estado en este caso, en su carácter de demandado, la suspensión del acto no implica un daño grave ni mucho menos al servicio público o a la hacienda nacional, el valor de las propiedades había sido donado y no estaba en las arcas del gobierno, su recuperación puede esperar sin menoscabo de su eficacia y propiedad; la accionante, como ente internacional atado a su sede y al país por tratados internacionales no puede evadirse de sus

*responsabilidades pecuniarias; todo lo cual permite considerar la procedencia de la gestión.*³¹¹

Resulta interesante analizar ampliamente la resolución 474-2005, se conoció que:

La Dirección de Geología y Minas canceló el derecho de concesión de explotación de cantera otorgado a la empresa Productos Pedregal S.A., se ordenó la inmediata suspensión de toda labor de extracción y procesamiento de material que realiza la empresa en el área objeto de concesión. En el caso de que se apruebe la propuesta de continuar con la explotación del tajo, debe de establecerse la responsabilidad y obligación de la empresa desarrolladora de elaborar informes hidrogeológicos mensuales, los que serán remitidos al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, al Departamento de Aguas del MINAE y al SENARA. También será necesario que se implemente la inspección periódica al sitio de explotación por parte de los funcionarios de esas instituciones. Debido a la posible contaminación de recursos hídricos, pues se evidenció un afloramiento del manto acuífero y que no se estaban respetando las zonas de protección del cauce del Río.

³¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 244-2004 de las once horas diez minutos del diecisiete de junio del dos mil cuatro.

Ante tal situación, las actoras dentro del proceso ordinario minero de "Productos Pedregal, Sociedad Anónima" y otras, contra el Estado, interpusieron medida cautelar con el fin de suspender los efectos de los actos impugnados que impiden la extracción de minerales no metálicos de la cantera originalmente concesionada en beneficio de Productos Pedregal S.A.

Además, propusieron que la eficacia de esta medida, quedara sujeta a las siguientes condiciones: i.- el cumplimiento del Plan de Gestión Ambiental que de forma voluntaria, diseñaron las actoras (ASTORGA 2003); ii.- el cumplimiento del Plan de Extracción minero planteado por la actora, Productos Pedregal S.A. (GARRO 2002). c. la medida decretada, no afecta la eficacia de las resoluciones adoptadas por la Secretaría Técnica Ambiental, la cual deberá ser objeto de valoración en el proceso respectivo.

El Tribunal para resolver la medida cautelar, hizo un estudio exhaustivo de la prueba aportada al analizarse el informe del contador que indicaba, las consecuencias económicas en el giro de la empresa así como la incidencia y riesgo cierto de los empleos, de la enorme cantidad de trabajadores que constituyen la planilla de éstas, la cual se acredita en autos, y el carácter "(...) *público y notorio que Productos Pedregal S.A. y sus empresas participan en múltiples contratos*

*administrativos, sobre todo para la construcción y mantenimiento de obras públicas, que podrían verse incumplidos (...).*³¹²

Unido a lo observado en la diligencia de reconocimiento judicial como al informe rendido por un perito geólogo especialista en hidrogeología, permitieron que en virtud del elenco probatorio estudiado, se analizara la posibilidad de “(...) *permitir cautelarmente, la continuación de todas o algunas de las labores extractivas en el Tajo Pedregal, o si por el contrario, con vistas a la protección de los mantos acuíferos que atraviesan el terreno y el interés público que ello encierra, debe denegarse.*”³¹³

Aparte del examen de la prueba existente en el incidente, se agregó la importancia en la resolución de los casos concernientes a materia ambiental, la aplicación del principio preventivo, el precautorio o indubio pro natura, el del interés público ambiental, y el de integración.

Al respecto se dijo: “(...) *La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar*

³¹² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 474-2005 de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

³¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 474-2005 de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente”. Posteriormente, en el Voto No. 3480-03 de las 14:02 horas del 2 de mayo del 2003, este Tribunal indicó que “Bien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente”. Para el caso de las aguas subterráneas contenidas en los mantos acuíferos y áreas de carga y descarga, el principio precautorio o de indubio pro natura, supone que cuando no existan estudios o informes efectuados conforme a las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar sobre el medio ambiente o éstos sean contradictorios entre sí, los entes y órganos de la administración central y descentralizada deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso hasta que se despeje el estado dubitativo y, paralelamente, adoptar todas las medidas tendientes a su protección y preservación con el objeto de

garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En esencia, una gestión ambiental segura de las aguas subterráneas pasa por proteger el recurso antes de su contaminación o degradación" (Sala Constitucional, sentencia 2004-1923, ya citada).³¹⁴

Posteriormente en la sentencia bajo análisis, se llegó a la conclusión de que a pesar de que los estudios realizados y analizados detalladamente, determinaban que la explotación sin riesgo para el acuífero, sólo podría darse en las zonas designadas como A, E y F, el Tribunal en uso de sus facultades, en aplicación del principio precautorio o indubio pro natura, el de interés público ambiental y el de integración, así como el interés de proteger los recursos hídricos, y la importancia constitucional de la protección de las aguas subterráneas, determinó que:

"(...) para mayor seguridad, y para los efectos de esta medida, debe tomarse en cuenta que las labores de extracción deben darse lo más lejos posible del afloramiento y de la Fuente Zamora, y además, a la mayor distancia de la margen del Río Virilla. Con lo cual, los trabajos deberán reducirse a la zona del Sector Oeste de la concesión, denominada como "F", únicamente, y de acuerdo con los Planes y estudios indicados."³¹⁵

³¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 474-2005 de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

³¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 474-2005 de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

También, se le exigió cumplir con una serie de condiciones por cuenta de la empresa, en protección del recurso hídrico a fin de prevenir cualquier riesgo de contaminación, así como permitir inspecciones a todas sus instalaciones y rendir informes para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas a fin de prevenir cualquier riesgo de contaminación.

Además, en sentencia posterior se le exigió una caución *“(...) para responder por eventuales daños a los intereses públicos o de terceros, por cincuenta millones de colones (¢50.000.000,00), mediante depósito de dinero en efectivo en la cuenta de este Tribunal, valores públicos o aval bancario, constitución que deberá acreditarse en autos, de previo a cualquier actividad extractiva en el lugar (...)”*.³¹⁶

d. 5. Planificación urbana.

En estos presupuestos de hecho, se ve involucrada la aplicación de la normativa concerniente a la planificación urbana, la cual pretende dar calidad de vida a las personas y protección al medio ambiente que los rodea, lo cual resulta ser de gran importancia para la colectividad.

³¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 579-2005 de las diez horas veinticinco minutos del treinta de noviembre del dos mil cinco. Solicitud de adición y aclaración de la resolución número 474-2005, de esta misma Sección, de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco. Así también Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 623-2005 de las diez horas con cuarenta minutos del veintitrés de diciembre del dos mil cinco. Solicitud de adición y aclaración de la resolución N° 579-2005 de esta misma Sección, de las diez horas veinticinco minutos del treinta de noviembre del dos mil cinco.

Es una materia muy delicada, confluye la protección de una diversidad de intereses públicos a la vez frente al interés del particular.

Además, de existir toda una normativa general como la ley de construcciones, esa protección a los intereses públicos se hace más exigente si hay un plan regulador emitido al efecto, el cual da una mayor seguridad jurídica al administrado.

En la denegatoria de la suspensión de la aplicación a una empresa constructora, del Plan Regulador de 1987 y su modificación de 1991 adoptados por la Municipalidad de Santa Ana, por ser totalmente nulos y carecer de toda eficacia jurídica, se evidencia la importancia mencionada:

“VI.- (...) Por otra parte y como se menciona en el fallo recurrido, los Planes Reguladores tienden a garantizar el bienestar de la colectividad en algo tan esencial como la preservación del ambiente y en general a la vida, derechos constitucionales del mayor relieve, que deben ceder en caso de conflicto como el que parece plantearse en el proceso, ante los intereses de los particulares.”³¹⁷

Criterio reforzado en otro supuesto, en el que se pretendía la suspensión de la denegatoria de patentes comerciales para un local construido sin permiso municipal,

³¹⁷ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 226-98 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y ocho.

además sin respetar la reglas de construcción establecidas en el plan regulador (en cuanto retiro frontal y área de cobertura y zona de parqueo), así como no haber cumplido con deberes municipales (pago de la multa impuesta por construir sin permiso al efecto). Se dispuso:

“(...) Además y un punto de suma importancia para la solución de la litis, es el posible perjuicio del interés público que conlleva acceder a lo pedido. La Municipalidad accionada debe velar por la seguridad de los habitantes del cantón y la debida planificación urbana, pues para ello existen las leyes dirigidas a ordenar el desarrollo del cantón y esa corporación es la obligada por ley de aplicar la normativa y hacerla cumplir para bien de todos los habitantes del sector. Si se hubiere construido violando los planes reguladores y sin contar con los permisos de construcción necesarios, se podría perjudicar la salud y la tranquilidad de los habitantes, se haría un desorden urbano y la misma entidad municipal estaría incumpliendo sus deberes, por lo que sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, se considera que la municipalidad accionada debe velar por los aspectos antes dichos, por lo que mal haría este Tribunal en suspender un acto que podría afectar el interés público, amén de que no causa daños de imposible o difícil reparación.”³¹⁸

³¹⁸ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 329-2003 de las dieciséis horas del veintinueve de agosto del dos mil tres.

Ante tales circunstancias, la jurisprudencia es clara en no otorgar el incidente de suspensión; no se puede amparar cautelarmente aquellas situaciones que contrarían el ordenamiento jurídico.

En dicho caso, el Tribunal hizo referencia a lo que se falló en recurso interpuesto por el solicitante ante la Sala Constitucional, lo que evidencia una vez más la importancia de aplicar las normas de planificación urbana.

“(...) A juicio de esta Sala el acuerdo que se impugna no lesiona los derechos fundamentales de la amparada pues no se trata de una disposición arbitraria, sino que tiene fundamento en la normativa señalada, que tiene por objeto garantizar que las actividades comerciales o lucrativas en general se lleven a cabo en inmuebles que satisfagan a cabalidad las exigencias técnicas señaladas en la ley de construcciones, el plan regulador del cantón respectivo y todas las demás leyes y reglamentos aplicables, establecidas con el objeto de garantizar la seguridad y una adecuada planificación urbana.”³¹⁹

Se rechaza el incidente si contraviene la normativa al efecto, por ejemplo, se pretende obtener permisos para que un local funcione como bar estando situado el establecimiento cerca de una escuela, hospital, iglesia, o se pretende permiso

³¹⁹ Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 329-2003 de las dieciséis horas del veintinueve de agosto del dos mil tres.

para un salón de baile, y el establecimiento no es adecuado para la realización de dicha actividad por encontrarse en una zona residencial.

Tal y como se refleja en resolución número 557-2003, orden de cierre del negocio Sport Club Discoteca, emanada del Alcalde Municipal.

“(...) No es posible anteponer los intereses privados del administrado, al interés público de proteger a nuestros menores de edad de las ataduras del alcohol; de las denuncias existentes en el expediente administrativo se deduce que el citado bar, lejos de ser un lugar de sano esparcimiento, se convirtió en un problema para la comunidad, y en especial para sus jóvenes. Es un hecho, la cercanía del bar con la escuela del lugar, lo cual atenta contra nuestro ordenamiento jurídico, pues no supera la distancia dispuesta por la legislación vigente al respecto.”³²⁰

d. 6. Profesionales Liberales.

Es necesario tener claro que la figura de los Colegios Profesionales fue creada para controlar la prestación de servicios profesionales de gran envergadura pública, *“como tal el propio Estado, ha delegado en los colegios profesionales, el control de este ejercicio. Los colegios profesionales son entes públicos no estatales cuya regulación administrativa corresponde en especial a la Ley General*

³²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 557-2003 de las once horas del veintiuno de noviembre del dos mil tres.

de la Administración Pública (a partir de sus artículos 1, 2 y siguientes) y que colaboran en funciones propias del Estado, realizando una actividad pública cuando regulan el ejercicio profesional y aplican el régimen disciplinario sancionatorio. En las demás funciones se rigen por el Derecho Privado. El Colegio de Abogados de Costa Rica además se regula con la Ley Orgánica del Colegio”

321

Tienen como objetivo resguardar “(...) el comportamiento correcto de los miembros en el ejercicio de sus labores, lo cuales, con base en los Códigos de Ética que definen las conductas sancionables disciplinariamente, proceden a la aplicación de la sanción del caso cuando se constata una trasgresión de la normativa. La finalidad es impedir lesiones que podrían ocasionar actuaciones técnicamente equivocadas o censurables desde el punto de vista ético, de sus agremiados que gozan de un grado especial de confianza en la sociedad.”³²²

El Colegio de Abogados de Costa Rica presenta la particularidad de que su incorporación es obligatoria para ejercer la profesión.

Ahora bien, analizando la jurisprudencia hallada, nos encontramos que la mayoría de los casos de suspensiones en cuanto a profesionales liberales, son contra el

³²¹ Angie Salas Monney, Rosaura Matarrita Bacá (2006) Antología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos, Colegio de Abogados de Costa Rica. Pág. 139.

³²² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 133-2002 de las diez horas quince minutos del quince de mayo del dos mil dos.

Colegio de Abogados, luego en mucha menor proporción el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos y casi ausentes en el caso del Colegio Federado de Químicos y de Ingenieros Químicos y Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica (quizás incide el número de agremiados).

De las resoluciones estudiadas en cuanto al Colegio de Abogados se obtiene que:

1).- La suspensión no va a depender del plazo de la sanción, o cuanto tiempo ha transcurrido desde que sucedieron los actos cuestionados, o el número de personas afectadas,³²³ si no del hecho tipificado³²⁴ que dio pie a la acción disciplinaria y de las particularidades del caso en concreto.

En sentencia N° 345-98 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, en cuanto a la relevancia que tiene el tiempo transcurrido desde que se dieron los hechos se dijo:

“II.- Manifiesta el recurrente que la decisión impugnada se aleja de la realidad, pues no se valoró el hecho de que las actuaciones que dieron lugar a la sanción ocurrieron hace más de cinco años y su conducta como cartulario ha sido

³²³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 422-2005 de las diez horas cincuenta minutos del veintiocho de setiembre de dos mil cinco.

³²⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 295-2005 de las diez horas del veintisiete de julio del dos mil cinco.

incuestionable. El comportamiento de un profesional a quien la ley le confiere fe pública, no debe ser intachable por un período de prueba, sino mientras ejerza la actividad y aún más allá del efectivo desempeño de ésta. Si bien los actos sancionados se dieron hace un lustro, también lo es que la resolución que en definitiva le impuso la suspensión fue dictada en enero de este año. Ciertamente la sanción aplicada le podría ocasionar daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, pero la acusación que dio lugar a ella versa sobre hechos graves: autorizar el traspaso de un inmueble de su cliente con el propósito de evitar una eventual responsabilidad civil, en un proceso penal interpuesto contra aquella, actuación que la llevó a perder la finca. Dada la fe pública a que se ha hecho mérito, en donde existe el interés público que prevalece sobre el interés privado del solicitante, procede confirmar lo resuelto por el a quo.”

2).- Se concede la suspensión cuando la conducta sancionada no perjudica el interés público, independientemente que sea considerada grave o no, así también cuando pertenezca al ámbito personal del profesional, debido a que bajo esa hipótesis se ha considerado que no pone en peligro el interés público.

Reflejo de lo anterior, la suspensión fue otorgada en cinco casos donde las causas de las sanciones fueron: no haber presentado el índice de escrituras,³²⁵ presentar

³²⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 362-98 de las nueve horas del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

ante la Fiscalía de Delitos Tributarios del Ministerio Público un escrito de un imputado, cuya firma no era auténtica ni fue puesta en presencia del hoy incidentista, el cual argumentó en vía administrativa que nunca autenticó la firma del imputado y se limitó a firmar aceptando el poder; haber emitido un cheque contra una cuenta cerrada, no honrar una deuda relacionada con el financiamiento que obtuvo el licenciado sancionado para convertirse en profesional en derecho³²⁶ (la jurisprudencia acotó que no se le sancionó por una actuación profesional sino que correspondía al ámbito de su vida personal, de tal manera que no menoscababa el interés público).³²⁷

En muchos de los casos mencionados, a pesar de que se consideraba que se habían cometido faltas graves, se confirió la suspensión por considerarse que no se ponía en riesgo el interés público, como se refleja a continuación:

“(...) Por otra parte, para cualquier persona es difícil encontrar trabajo en otra actividad por un mes. Sin embargo, para decretar la suspensión de un acto administrativo, no solo deben tomarse en cuenta los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución a los intereses privados del afectado, sino también es necesario ponderar el interés público que exista en la ejecución del acto, y si éste debe prevalecer sobre aquél. (...) La falta imputada es grave, sin embargo, a diferencia

³²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 328-2003 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de junio del dos mil tres.

³²⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 30-2003 de las diez horas cincuenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

*de Juzgado de instancia, el Tribunal considera que no se desprende la existencia de un interés público que exija la inmediata ejecución del acto impugnado en el proceso principal, y bien puede esperarse a que se resuelva en el principal su validez o invalidez. En consecuencia, procede revocar la resolución apelada, para en su lugar acoger la medida cautelar solicitada.*³²⁸

Diferente a lo que sucedió en resolución N° 307-2003 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda a las once horas diez minutos del once de junio del dos mil tres, se rechazó el incidente de suspensión, pues presenta ciertas variaciones a tomar en consideración. Se solicitaba el cese de una sanción por el término de un mes en el ejercicio profesional y el depósito de seis millones seiscientos quince mil colones, o en su defecto la ampliación de la sanción a dos años, a pesar de que el Tribunal consideró que al petente se le ocasionaban daños morales y económicos, se resolvió a favor del interés público por considerarse que:

“(…) La sanción impuesta al licenciado P. B, obedece a que según el acto administrativo impugnado, recibió de una cliente una suma considerable de dinero, sin que la hubiera utilizado para los fines solicitados. Este Tribunal no pretende prejuzgar sobre la concordancia de los actos impugnados con el ordenamiento jurídico, lo que se decidirá en sentencia, pero sí considera que la falta atribuida es

³²⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 29-2003 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

*muy grave; en vista de las delicadas funciones que desempeña un abogado y en resguardo de la confianza que su profesión implica, es preferible y prudente mantener la ejecución de los actos administrativos, por lo que ha de confirmarse lo resuelto por la señora Jueza de instancia.*³²⁹

3).- Siempre que haya ponderación de intereses, aun en caso de duda priva el interés público. Para fallar a favor del interés privado, se debe demostrar que la ejecución del acto le causa al particular, daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación,³³⁰ y que la suspensión del acto es conveniente y sirve mejor al interés público o no pone a éste en riesgo.

Se está consciente que es evidente y notorio, que el hecho de prohibirle a un profesional en derecho ejercer su profesión o el notariado por un determinado tiempo, produce sin duda *“(...) daños morales y económicos al afectado, ya que se le cierra una fuente de ingresos, lesionándose también su prestigio profesional y social, lo que se deduce de la propia experiencia humana*³³¹

³²⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 307-2003 de las once horas diez minutos del once de junio del dos mil tres.

³³⁰ *“(...) Sin embargo, para decretar la suspensión de un acto administrativo, no solo deben tomarse en cuenta los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución a los intereses privados del afectado, sino también es necesario ponderar el interés público que exista en la ejecución del acto, y si éste debe prevalecer sobre aquél (...)*” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 355-2002 de las once horas quince minutos del once de octubre del dos mil dos

³³¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 29-2003 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

Sin embargo, cuando está de por medio el interés público, no se otorga la suspensión pues en esos casos se ha considerado que la existencia de los daños causados al particular son resarcibles y cuantificables³³² en la eventualidad de que el incidentista salga victorioso en el proceso principal.³³³

Se observa en la jurisprudencia un claro resguardo del interés público que se protege, al enfrentarse éste con el interés del particular, como bien se puede seguir apreciando en los siguientes textos jurisprudenciales:

“IV.- (...) El único interés de la colectividad que existe en casos como el presente, es que la labor profesional se realice conforme a la ética que debe imperar en todas las actuaciones de un profesional en derecho y por ello, el ejercicio de la petente no puede calificar como tal sino como un interés privado. No cabe duda

³³² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 243-2005 de las diez horas quince minutos del veintidós de junio de dos mil cinco.

³³³ En Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 118-2005, a las diez horas treinta minutos del veintidós de abril del dos mil cinco, declaran con lugar el incidente, en el caso de una suspensión en el ejercicio de la profesión de un abogado que no se hizo presente a una audiencia preliminar, en la que fungía como codefensor de la imputada C. B. C y que su no comparecencia lo fue porque a la hora y fecha del hecho denunciado, estaba convocado para un juicio oral y público en otro Tribunal de Juicio, se disiente del criterio mencionado, otorgando la suspensión, por que valoran que no hay una confrontación entre el interés particular y el público:

“IV.- Tal y como lo señala la juzgadora de primera instancia, se debe actuar con riguroso cuidado en el estudio de cada caso en particular, ello por las distintas variaciones que cada caso pudiera presentar. La jurisprudencia que se transcribe en la resolución conocida en grado, se refiere en lo sustancial, a conductas que revisten la suficiente gravedad para que aún en caso de duda, se privilegie el interés público sobre el interés particular. Lo que se insiste, - sin prejuzgar sobre el fondo – en el caso de marras no se logra establecer el paralelismo que pretende dicho fallo de instancia. V.- En otro orden de cosas, resulta importante señalar que en los incidentes de suspensión como el que ahora nos ocupa, se ha aducido en no pocas oportunidades el argumento de la reparabilidad del perjuicio el cual es posible en todos los casos y de ahí que se excluya bajo ese único razonamiento la suspensión. Esta Sección del Tribunal se inclina por acoger el criterio doctrinario de la “dificultad de la reparación” aun cuando los eventuales daños y perjuicios derivados de la ejecución puedan ser cuantificados económicamente y por ende reparables. (...) En consecuencia, dado que en la especie se ofrecen los supuestos necesarios de admisibilidad, a saber: “periculum in mora” y el “fumus boni iuris”, se impone acoger la presente articulación.”

que la decisión adoptada por el Colegio de Abogados algún inconveniente causa a la petente; no obstante, tomando en consideración el interés público y dados los hechos denunciados, se determina que la ejecución de la medida, si bien lesiona intereses privados de la señora M. B, ellos son perfectamente cuantificables y resarcibles, en el eventual caso de que el proceso principal prospere. La conducta desplegada por doña A. L, es grave. Para una sana administración de justicia, debe prevalecer la honestidad no solo de los funcionarios judiciales sino también, la de los abogados litigantes, quienes deben evitar a toda costa, propiciar la perversión de los primeros. Cuando se prestan a ofrecer dinero, cohonestan la corrupción, y tan culpables son unos como los otros. Es deber de todo empleado judicial, prestar a todos los casos por igual, la misma diligencia y presteza en su resolución, y no puede permitirse que los abogados, prevaleciéndose de su posición económica, ofrezcan dinero a los que gozan de menos ingresos. Este tipo de actitudes deben ser sancionadas. No puede aceptarse, que un profesional quede impune al cometer una falta de tal seriedad que puso en entredicho, no solo su propia honestidad sino además, la del Poder Judicial. Es aquí, en donde indiscutiblemente, el interés público se ve afectado, ya que en un Estado de Derecho como el nuestro, es imprescindible que se mantenga sin ser lesionado y es más importante su resguardo que uno de características privadas, el que en todo caso, puede indemnizarse, máxime si se compara con el daño que podría

*ocasionarse a la comunidad, precisamente por las funciones que desempeña y la fe pública con que cuenta la abogada sancionada.*³³⁴

Hay una mayor necesidad de mantener el acto sancionatorio, cuando se trata de suspensiones en el ejercicio del notariado,³³⁵ por el tipo de bien jurídico involucrado, la *fe pública* la cual se pretende salvaguardar, máxime si no se logran demostrar los daños de difícil o imposible reparación por parte del incidentista,³³⁶ se considera que: *“(...) Los notarios tienen fe pública y en consecuencia, cumplen una función muy importante y delicada dentro de la vida de la sociedad. Existe un innegable interés público en proteger al usuario de los servicios notariales y la certeza o veracidad de los actos o contratos que requieren la participación del notario, interés que debe prevalecer sobre el particular. En el caso concreto, será en el principal y no en el presente incidente, que se determine si el licenciado O. R incurrió o no en un abuso de la fe pública o en falta que ameritara la sanción impuesta; sin embargo, los hechos atribuidos revisten la gravedad suficiente, para que le interese a la*

³³⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 88-2001 de las quince horas del veintinueve de marzo del dos mil uno. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 368-99, de las once horas treinta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve, en referencia a la sentencia número 441-90 de las diez horas del cuatro de julio de mil novecientos noventa. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 53-2003 de las once horas diez minutos del doce de febrero del dos mil tres: *“(IV).- (...) En la especie, no cabe duda que la sanción impuesta por el Colegio de Abogados al licenciado R. R le causa a éste inconvenientes; sin embargo, estos no pueden calificarse de graves o de reparación imposible o difícil, desde que una amonestación no cercena su derecho al trabajo, ni pone en riesgo sus posibilidades de ejercer liberalmente la profesión. (...) Por ello, este órgano colegiado arriba a la conclusión indubitable de que la ejecución de la medida, si bien lesiona intereses privados de don C, no traerá consecuencias de la gravedad que se mencionan, y en esas condiciones la apelación debe desestimarse.”*

³³⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 122-2000 de las diez horas quince minutos del cinco de mayo del año dos mil. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 50-97 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete.

³³⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 50-97 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete.

*comunidad la ejecución del acto disciplinario, por lo que procede confirmar la resolución venida en alzada, que denegó la suspensión.*³³⁷

Igualmente en el extracto sucesivo:

“III. (...) Es evidente, y sin prejuzgar sobre el fondo de este asunto, que el no mantener el acto podría atentar contra el interés de la comunidad de protegerse de personas que podrían hacer mal uso de la fe pública con que fueron investidos y dar una mala imagen de su profesión, y si bien, los daños que se podrían producir al apelante serían de diversa índole, es lo cierto que tampoco los ha demostrado. Además debe hacerse ver que los argumentos sobre los posibles daños ocasionados al articulante ya fueron conocidos en un incidente anterior y rechazados en su oportunidad, inclusive por este mismo Tribunal (...).”³³⁸

Otros ejemplos en los que se mantiene dicha postura, debido a que el abogado ha sido cesado en su función notarial por achacársele una falta grave que afecta el interés público son: otorgar testimonios de escritura falsos,³³⁹ agregar aspectos relevantes que no están en la escritura matriz u omitirlos, traspasos fraudulentos de

³³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 180-98 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho

³³⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 447-99 de las quince horas treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 110-99 de las once horas cinco minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

³³⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 368-99 de las once horas treinta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

bienes inmuebles o muebles de su cliente con el propósito de evitar bienes gananciales o una eventual responsabilidad civil,³⁴⁰ incumplir con los deberes éticos, ya sea engañado a clientes, ejercicio desleal de la profesión.³⁴¹

En otro orden de ideas, en los supuestos en que se considera que hay una *incompatibilidad de la función pública con el ejercicio del notariado*, la jurisprudencia no ha sido muy clara, pues no hay muchas resoluciones al respecto, y por un lado podemos encontrar que en resolución número 318-97, no se otorga la suspensión por considerarse que:

“(...)En aras de una sana, imparcial y objetiva función pública, lo procedente es no acceder a la suspensión de los efectos del acto impugnado por el actor, pues está de por medio el interés público, circunstancia ante la que debe ceder el interés particular del actor, además que si el acto fuese anulado, los daños y perjuicios pueden ser cuantificados. (Artículo 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).”³⁴²

Mientras que en resolución N° 318-97 se dispuso:

³⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 345-98 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

³⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 308-2003 de las once horas quince minutos del once de junio del año dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 135-2002 de las doce horas del veintiséis de abril del dos mil dos.

³⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 318-97 de las diez horas treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

“II- El incidentista fue suspendido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el ejercicio de la función notarial, mientras subsista su relación de empleo público, con cualquier órgano o entidad que le impida el ejercicio del notariado. El juzgado declaró sin lugar el incidente de suspensión de acto, porque el actor invocó la inconstitucionalidad de la norma fundamento de la resolución impugnada, más no razones de legalidad.”³⁴³

De conformidad con lo que se ha venido exponiendo, aunado a esta última sentencia se puede afirmar que si el actor hubiese alegado razones de legalidad y no de inconstitucionalidad, cabría la posibilidad de conceder la suspensión.

Con respecto a los supuestos donde el articulado es el *Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos*, encontramos cuatro resoluciones en total, en tres de ellas se discute la suspensión de un año en el ejercicio de la profesión³⁴⁴ y en la restante

³⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 318-97 de las diez horas treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

³⁴⁴ En una de ellas se sancionó por no acatar las normas de construcción: “IV. (...) En el caso que nos ocupa, el interés público que representa el demandado, es la vigilancia de los profesionales que lo integran, de manera que, ateniéndose a las normas técnicas y éticas legalmente promulgadas, su actividad profesional sea en provecho de la comunidad. Si aquéllas no son respetadas, el beneficio se transforma en peligro, inconveniente al interés público. La sanción impuesta a un profesional en arquitectura, a quien su Colegio, lo encontró responsable de una conducta sancionable con un año de suspensión, debido a la delicada naturaleza de las funciones que realiza en la colectividad, ya que la seguridad y en ocasiones la vida de ciudadanos dependen de que la normas sobre construcción sean acatadas, inclinan al Tribunal a mantener esa sanción, por entender que el interés público se encuentra mejor resguardado, manteniendo el acto disciplinario que suspendiéndolo, al existir cuestionamiento sobre la conducta profesional del recurrente. (Artículo 94 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo).” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 193-2003 de las diez horas treinta minutos del once de junio de dos mil tres. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 133-2002 de las diez horas quince minutos del quince de mayo del dos mil dos.

una suspensión de seis meses³⁴⁵, en la mayoría de ellas no se otorgó la suspensión por considerarse que priva el interés de la comunidad al ser mayor. Se tomó más en cuenta la acción sancionada como tal, y su capacidad para menoscabar el interés público, que el período por el que se sancionó.

Solo se otorgó en la resolución N° 234-2002 por considerarse que: *“III.- (...) el acogimiento de la demanda en su oportunidad, no podrá sufragar las penurias económicas y morales que pueden afectar al accionante con la ejecución de lo ordenado, pues una indemnización dineraria posterior no compensará la pérdida de prestigio y clientes, ni las congojas por el sustento diario. En cuanto al interés público, no es realmente afectado, por cuanto si el acto impugnado resulta válido, el mismo se ejecutará al declararse sin lugar la pretensión; y el objeto del acuerdo, cual es la sanción, se cumplirá sin falta ni menoscabo del Ordenamiento, pero salvaguardando los derechos individuales del actor. En tal caso el fin de proteger a la comunidad sancionando las conductas censurables se aplicará oportunamente, pues no hay elementos de juicio para determinar que el incidentista represente un peligro*

³⁴⁵ “V.- En el caso concreto, la sanción fue impuesta por dos razones: a- tramitar y firmar un proyecto de menor magnitud y proporción que el contratado y finalmente construido y b.- incumplimiento de uso y manejo de la bitácora. Si bien, las faltas atribuidas son graves, a diferencia de Juzgado de instancia, el Tribunal considera que no se desprende que exista un interés público que exija la inmediata ejecución del acto impugnado en el proceso principal, ni que se hayan realizado maniobras fraudulentas de índole tributarias como se afirma en la recurrida, y bien puede esperarse a que se resuelva en el principal su validez o invalidez.” Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 355-2002 de las once horas quince minutos del once de octubre del dos mil dos.

*activo inminente para el resto de los administrados (...). En consecuencia se estima confirmar lo recurrido.*³⁴⁶

Las solicitudes de suspensiones donde están implicados otros colegios profesionales como el Colegio Federado de Químicos y de Ingenieros Químicos y Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, encontramos solamente un caso para cada uno de los Colegios mencionados.

En cuanto al primero la resolución N° 143-97 Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera de las diez horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete, se rechaza la suspensión por tratarse de una sanción ya consumada, consecuentemente no puede producir un daño futuro, además por que las razones en las que se fundó el incidente se referían a cuestiones de fondo, las que deben ser dirimidas en el principal.

Para el segundo, la resolución N° 18-2003 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, de las once horas del treinta y uno de enero del dos mil tres, que se declaró sin lugar por falta de interés actual, pues al igual que en la anterior sentencia, la sanción ya se había producido.

³⁴⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 234-2002 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de julio de dos mil dos.

d. 7. Sanciones en función pública.

En los supuestos de sanciones disciplinarias en el sector público, el Tribunal Contencioso Administrativo ha externado el criterio que necesariamente se debe analizar cada caso en particular, por que la causa de la acción disciplinaria puede ser de diversa índole, además todos tienen sus peculiaridades, las cuales pueden influir enormemente en que se otorgue o no una medida cautelar.

La regla general ha sido que se puede otorgar la suspensión del acto sancionatorio en los supuestos que el petente logre demostrar daños de difícil o imposible reparación, y necesariamente el interés público no exija la ejecución del acto impugnado o con la suspensión no se le produzcan un daño grave al mismo. Así en resolución 336-2000:

“III.- La apelante, una Juez de más de veinte años de servicio al Poder Judicial, fue sometida a una corrección disciplinaria de una suspensión por cinco días sin goce de salario, lo cual además, se publicitó en los periódicos con otras causas de distinto origen y gravedad, (...) por una cuestión de interpretación de una ley, sin que se le atribuya en lo personal ni en lo funcional otra falta, de suyo e in re ipsa se producen daños de difícil o imposible reparación porque se tocan las cuerdas más sensibles de la jurisdicción: su independencia. De ahí que, la separación del cargo por ese motivo, independientemente del salario y de su duración afecte su vida de relación y pone en entredicho su capacidad de administrar justicia a los

*ojos de sus empleados, compañeros, superiores y usuarios, por lo que, estándose discutiendo la legalidad de la medida, procede suspender los efectos de lo impugnado, mientras se decide en sentencia firme lo que corresponda, máxime que esta medida, no afecta sensiblemente el interés público que fundamenta la naturaleza ejecutiva y ejecutoria de los actos. Artículo 91.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*³⁴⁷

Consecuentemente, la suspensión será procedente en los casos donde la balanza se inclina más por cesar la medida sancionatoria, y la suspensión a su vez no vulnera el interés público que necesariamente debe valorarse.³⁴⁸

Independientemente de que se prueben los daños de difícil o imposible reparación, si con la suspensión requerida se menoscaba el interés público, no se concede, máxime si el interés tutelado es la salud, tal y como se expresa a continuación.

“(...) En el caso de estudio, si bien se le pueden estar ocasionando daños y perjuicios de difícil e imposible reparación importantes al recurrente, al ser

³⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 336-2000 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de diciembre del dos mil. Similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 446-2002 de las once horas del once de diciembre de dos mil dos. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 337-99 de las catorce horas del doce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

³⁴⁸ Referente al tema ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 56-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintitrés de febrero del dos mil uno, 209-2003 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de abril del dos mil tres.

*despedido de su puesto como funcionario público del Hospital San Juan de Dios; lo cierto es, que los hechos que sirvieron para dictar tal despido son muy graves, en la medida en que lo que se le imputa al actor, es la sustracción de varias piezas de acero inoxidable, tales como tijeras, paletas pinzas, encontradas en su casa (...), utilizadas en la satisfacción de un fin público, cual es la salud, por lo que son bienes públicos. Así las cosas esas posibles actuaciones de un funcionario público lesionan gravemente el interés de la colectividad, al imposibilitarse la utilización de tales herramientas médicas para la atención de los ciudadanos cuando requieran acudir al hospital al encontrarse deteriorada su salud. En consecuencia, sopesa el interés público, sobre los posibles daños y perjuicios que se le puedan estar ocasionando al actor. Por otra parte, en cuanto a los alegatos del incidentista que el acto de despido dictado es absolutamente nulo, corresponderá al juez en sentencia determinar la existencia de tal nulidad, por lo que en este momento lo único que interesa es determinar si la ejecución de ese acto le ocasionan al actor daños de difícil e imposible reparación. Por todo ello, se confirma la resolución venida en alzada.*³⁴⁹

³⁴⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 327-2003 de las once horas diez minutos del día veinte de junio del año dos mil tres.

Tampoco se ha concedido cuando se considere que los daños alegados por el articulante, sean de índole moral o pecuniario son cuantificables y resarcibles³⁵⁰, máxime cuando hay un interés público que proteger.

“III.- El Tribunal comparte la decisión del Juzgado de Instancia de denegar la suspensión del acto de despido impugnado por la actora. Manteniendo un criterio que examina en particular cada caso en que se sanciona disciplinariamente a un servidor público, se estima que en el que nos ocupa, los daños y perjuicios que la destitución produce a la actora son cuantificables, en el evento en que triunfe en el juicio principal, incluyendo la reparación del moral, y entretanto, conviene más a los intereses públicos la ejecución del administrativo cuestionado (...)”³⁵¹

El interés público que la jurisprudencia mayormente a protegido, y con fundamento en el cual se ha denegado la suspensión de actos disciplinarios, es la eficiencia y honorabilidad en la prestación de servicios para la Administración Pública, con el

³⁵⁰ Sobre el tema, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 253-97 de las catorce horas cuarenta minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y siete, 329-96 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis.

³⁵¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 244-95 de las diez horas diez minutos del veintisiete de junio de mil novecientos noventa y cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 410-99 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, 65-2004 de las quince horas cuarenta minutos del veinte de febrero de dos mil cuatro. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 148-99 de las diez horas treinta minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

afán de proteger y mantener la confianza de los ciudadanos en los funcionarios que prestan los servicios³⁵² y la adecuada administración de fondos públicos:

“IV.- Que la situación del articulante es particular y delicada: ha sido sancionado por autorizar la salida de fondos de la institución para la que trabajaba para la construcción de vallas publicitarias y otros, en diversas comunidades del país. En casos como el presente, es criterio de este órgano colegiado, que debe prevalecer el interés de la colectividad, sobre todo tomando en consideración, que este caso específico, hace referencia a la eficiencia y honorabilidad en la prestación de servicios para la Administración Pública, y en virtud de que, precisamente, está en tela de juicio la conducta del servidor y sobre todo por el puesto que ocupaba - Asistente de la Presidencia Ejecutiva -, y respecto del cual, se ha producido una evidente pérdida de confianza. No se desconocen las implicaciones que esta medida tiene en la esfera personal y familiar de don Javier, mas en estas circunstancias, se es del criterio que debe dársele prevalencia al citado interés público, ya que, en todo caso, los perjuicios que puedan ocasionarse en el campo económico, laboral o moral al incidentista, serán cuantificables y por lo tanto reparables, en el eventual caso de que triunfe el proceso principal.”³⁵³

³⁵² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 131-95 de las once horas treinta y cinco minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

³⁵³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 243-99 de las quince horas del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 386-99 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, 30-2002 de las diez horas quince minutos del veinte de febrero del dos mil dos, 179-99 de las once horas treinta minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, 181-

Asimismo, en resolución 172-99 en la que se dispuso al respecto:

“(…) Existe por el contrario, un marcado interés público en la correcta y honesta gestión de los servidores de la Administración, tanto en lo que hace a su labor como a los bienes que a esta última pertenecen. De modo que, en las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, están presentes valores como la rectitud y transparencia frente a la cosa pública, además del imperativo cumplimiento del Estado de Derecho, que no sólo funge como protector de los derechos e intereses del particular, sino también, de la eficiencia, eficacia, rectitud y autotutela de la función que se encomienda al Estado y los demás entes públicos. En este sentido, será en el fallo final que se defina, si el acto administrativo impugnado violentó o no el Ordenamiento Jurídico con lesión de derechos e intereses, pero sin mengua de su ejecutividad y ejecutoriedad sancionadora, las que, bajo el estado actual de cosas, prevalecen y deben mantenerse por encima de la posible afectación del administrado.”³⁵⁴

En otro orden de ideas, a manera de ejemplo, algunos de los aspectos que se toman en consideración por la jurisprudencia para determinar la magnitud del daño alegado por el solicitante son: si tiene deudas, cuantas personas dependen de la persona sancionada, qué otros ingresos económicos percibe, la edad, posibilidad

2003 de las dieciséis horas veinticinco minutos del cuatro de abril de dos mil tres, 199-2002 de las once horas treinta minutos del veintiuno de junio del dos mil dos.

³⁵⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 172-99 de las diez horas quince minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

real de conseguir otro empleo³⁵⁵.

d. 8. Suspensión de decisiones judiciales.

Se encontraron supuestos donde el incidentista pretendía con las medidas cautelares suspender y dejar sin efecto resoluciones dictadas por Autoridades Judiciales competentes al efecto, como las dictadas por Juzgados y Tribunales. Entre los procesos y resoluciones más comunes que se intentaban suspender tenemos los siguientes:

Ejecutivos prendarios, desahucios, ejecutivos hipotecarios (todo lo que conlleva dicho proceso como remates, adjudicación de bienes y lanzamiento de los mismos, así como posible protocolización de piezas, la cancelación de gravámenes, anotaciones, la posible puesta en posesión del inmueble hipotecario) entre otros.

Incluso en voto número 473-99 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera de las quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, el articulante solicitaba que el Tribunal Contencioso Administrativo, anotara las medidas cautelares (sin ser la típica anotación ante el Registro Público) sobre la finca que se iba a rematar y sobre el crédito hipotecario de

³⁵⁵ Ver Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 393-2004 de las catorce horas cuarenta minutos del once de agosto del dos mil cuatro, 344-99 de las once horas treinta minutos del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

primer grado anotado que soportaba dicha finca, obviamente fue denegada tal petición.

Los principales argumentos para no conceder este tipo de suspensiones son:

1.-El incidente debe versar sobre un acto administrativo, se pretende dejar sin efecto provisionalmente un “(...) *acto administrativo o disposición impugnada, sea cuando se trata de acuerdos concretos o generales de la Administración Pública, regidos por el derecho administrativo (...)*”³⁵⁶ Cabe agregar, que tal razón se hace en función del incidente del acto administrativo, las siguientes resoluciones lo indican así:

*“IV.- (...) es necesario que la suspensión que se solicite sea de un acto administrativo y no de una resolución judicial, en la especie se solicita lo segundo”*³⁵⁷ *“(...) es lo cierto que no es posible suspender el dictado de resoluciones judiciales, por no ser estas propiamente actos administrativos, ya que se encuentran dentro del ámbito jurisdiccional del Estado y no dentro del administrativo (...)*”³⁵⁸

³⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 308-97 de las diez horas cincuenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

³⁵⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 446-2005 de las diez horas quince minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

³⁵⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 473-99 de las quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Se dijo en cuanto a la solicitud de prohibición de la continuación de los actos procesales dentro del juicio ejecutivo prendario, como remates, embargos o depósitos judiciales de los bienes inmuebles en discusión:

“IV.- (...) lo gestionado resulta contrario a la letra de la ley. En este caso se trata de un reclamo estrictamente patrimonial entre dos personas de derecho privado, en que ha intervenido una de derecho público en su capacidad de operar como sujeto de derecho mercantil, por lo que es materia civil de hacienda. No se trata de una suspensión de acto administrativo, sino de intervenir en un proceso judicial sumario de otro juzgado y el caso es que no es procedente que un juez intervenga por ningún medio en el proceso de otro, para lo cual carece de competencia, al efecto el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente dispone: ‘Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de las causas pendientes ante otro. En casos muy calificados, se puede pedir un expediente ad effectum videndi, por no más de diez días...’ Así rige, aunque se trate de garantizar el resultado de un juicio ordinario contra el de uno sumario, por lo que se estima que la gestión es improcedente y se debe confirmar lo impugnado.”³⁵⁹

En este mismo orden de ideas, en cuanto a la suspensión de resoluciones del Juzgado Notarial y del Tribunal de Notariado, se expresó:

³⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 363-2004 de las once horas veinte minutos del treinta de julio del dos mil cuatro. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 10-2003 de las once horas del veintiocho de enero de dos mil tres.

*“III.- El incidente de suspensión que contempla el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está previsto para la suspensión de actos emitidos por la Administración Pública; en el presente caso se pretende su aplicación a resoluciones del Juzgado y Tribunal de competencia notarial, regulados en la ley 7764 de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho; situación que escapa a los alcances de la institución invocada.”*³⁶⁰ En estas circunstancias se rechazó el incidente de suspensión del acto administrativo, simple y sencillamente por que no es un acto administrativo.

2.- El otro motivo para no conceder medidas cautelares (se hace referencia tanto a las medidas típicas como atípicas) que tengan por objetivo la paralización de decisiones judiciales es el resguardo del principio de autonomía de los procesos, de la cosa juzgada formal y de seguridad jurídica.³⁶¹ Tal motivo lo vemos reflejado en los extractos precedentes:

“IV.- (...) así de conformidad con el artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ‘todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le están señalados para ejercerla,... El juez, sólo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente

³⁶⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 391-2003 de las diez horas del quince de octubre de dos mil tres.

³⁶¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 446-2005 de las diez horas quince minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

prorrogada o delegada". Tratándose del juez contencioso y según lo establece el numeral 110 inciso 3, "los juzgados de lo contencioso administrativo y civil de hacienda conocerán:... 3- de todos los otros asuntos en que sean parte o tenga interés directo el Estado, sus bancos y demás instituciones, así como las empresas de economía mixta aunque tales juicios guarden relación con juicios universales, salvo los casos en que, por norma expresa, corresponden ser conocidos por un juzgado civil de hacienda de asuntos sumarios". Así las cosas, en el caso presente, si bien el juez contencioso tiene competencia para conocer el proceso interdictal presentado según la norma antes transcrita, no la posee para que, mediante una medida cautelar, pueda prohibir o restringir actuaciones procesales dentro del proceso ejecutivo hipotecario (...). Tal proceder en criterio de este órgano colegiado atenta contra el principio de independencia funcional del juzgador, y podría en algunos casos derivar en un verdadero entramamiento del sistema judicial, al supeditar la ejecución de un acto procesal firme a las resultas de otro proceso judicial, instaurado con el propósito de detener la ejecución de aquél, lográndose el efecto contrario en la búsqueda de una administración de justicia más ágil y eficiente. VI.- Analizada de esta forma la medida cautelar otorgada, considera el Tribunal que el juzgador de instancia sobrepasó el límite de su competencia al interferir de una forma directa en asuntos tramitados en otro despacho judicial, sin mediar un recurso de apelación que le posibilitara tal actuación.(...)-³⁶²

³⁶² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 282-2004 de las diez horas del treinta de

Criterio reforzado y explicado exhaustivamente en la resolución 287-2003, en la cual se pretendía suspender la resolución judicial emitida por el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, que ordenaba la puesta en posesión de un bien inmueble al nuevo dueño, lo cual fue consecuencia de un proceso ejecutivo hipotecario que ordenó remate de la finca:

“III).- (...) Se trataría a lo sumo de una medida cautelar atípica, de las permitidas por el Código Procesal Civil en su artículo 242, pero es evidente que aún bajo ese supuesto, lo aquí pedido resulta abiertamente improcedente.- En criterio de este Tribunal, no resulta posible enervar, dentro de un procedimiento cautelar, resoluciones firmes de los Tribunales de Justicia, dictadas dentro de un proceso sumario o de ejecución pura.- La doctrina nacional, ha señalado sobre este tema que ‘...la jurisprudencia será la encargada de delimitar con el tiempo los alcances de la potestad del juez para decretarlas[las medidas cautelares atípicas], todo de acuerdo con el caso concreto. Para los efectos de este libro, basta con excluir de esa medida la posibilidad de pedir la suspensión de una sentencia dictada en otro proceso, especialmente de naturaleza sumaria. El principio de autonomía de los procesos se vería violado si el fallo de un desahucio, de un interdicto o de una competencia desleal quede en suspenso por una medida cautelar atípica decretada en un proceso ordinario donde se pretende revisar lo debatido en el sumario. No se cuestiona el derecho de acudir a la vía declarativa, ello por cuanto

en los sumarios lo que se produce es la cosa juzgada formal, pero dejar inoperante los efectos de un fallo sumario mediante una medida cautelar atípica significa, sin lugar a dudas, dejar sin fundamento legal la existencia de los procesos sumarios en nuestro medio. De ser así, lo correcto sería entonces que todo conflicto sea resuelto en una única vía declarativa, lo que no parece factible de acuerdo con las necesidades de celeridad en la administración de justicia`. (...), argumentos que este órgano comparte plenamente. (...) acoger la medida que se pide, constituiría un claro atentado al principio constitucional de seguridad jurídica, y a la vez, abriría un peligroso portillo legal para enervar, a través de medidas cautelares atípicas, los efectos de la más variada gama de resoluciones judiciales.”³⁶³

En igual sentido, se pregonó que: *“(...) el carácter de inalterabilidad y no impugnabilidad que en determinado momento adquiere una resolución judicial y que se denomina cosa juzgada formal. Esta vincula al juez que la ha dictado y a las partes, aquél no podrá alterarla, ellas no pueden impugnarla en ese mismo proceso; se da la preclusión definitiva. Adquirida la firmeza del fallo se abre la vía para su ejecución, tal es el caso de la sentencia dictada en el proceso interdictal. (...) IV.- Las medidas cautelares contempladas en el citado artículo 242 del Código citado, las acuerda el juzgador cuando hubiere fundado temor de que una*

³⁶³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 287-2003 de las diez horas cinco minutos del cuatro de junio del dos mil tres.

*parte, antes de la sentencia, le cause, al derecho de la otra, una lesión grave y de difícil reparación; pero en la especie no ha invocado una de ellas, sino la suspensión de un fallo y esto no podrá acordarse salvo mediante otro, dictado en el proceso ordinario que disponga lo contrario a lo resuelto en el interdicto.*³⁶⁴

Sin embargo, encontramos una posición minoritaria y contraria a la anterior, la cual personalmente no comparto, por las mismas razones que ha brindado la posición de mayoría, en resolución 287-2002 donde se discute la solicitud de suspensión de un desalojo, se consideró que sí bien no procede el incidente de suspensión del acto administrativo, sí es posible paralizar un fallo de otra autoridad judicial, mediante una medida cautelar atípica, si se pide la misma y se logra demostrar que la medida cautelar es necesaria para garantizar la efectividad del fallo del proceso principal en beneficio de la parte triunfante en éste:

“III.- No comparte el Despacho la posición del a quo acerca de la improcedencia de las medidas cautelares por violación de la independencia y autonomía de los distintos procesos jurisdiccionales. Por el contrario, tal y como se ha dicho en forma reiterada, éste es un instituto que tiene como norte, la tutela judicial y efectiva de un derecho debatido, dada la tardanza con que se resuelven los diferentes procesos judiciales, sin que estén limitadas a aquellas circunstancias

³⁶⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 146-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de mayo del dos mil.

*expresamente dispuestas en una determinada norma, permitiéndose, por el contrario, la adopción de las que se estimen necesarias en resguardo de aquel derecho que se está defendiendo en estrados judiciales. Esto lleva al convencimiento de que, también pueden ser procedentes, cuando se intente paralizar una decisión tomada en otro proceso jurisdiccional.*³⁶⁵

d. 9. Tributaria o impositiva.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa No. 3667 de 12 de marzo de 1966, en su Capítulo Cuarto dispone cuáles son los Procedimientos Especiales, entre ellos en la Sección Primera se encuentran los de Materia Tributaria o Impositiva, en su artículo 82 establece: “El procedimiento se ajustará a lo dispuesto en esta Sección, cuando la impugnación tuviere por objeto 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.”

Además, respecto de la impugnación de los anteriores actos, el artículo 83. 9 ibidem, de manera expresa indica que: *“En ningún caso se accederá a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados.”*

³⁶⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 287-2002 de las once horas treinta minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

Así, la jurisprudencia ha sido clara en no permitir la suspensión cuando se trate de los supuestos mencionados, en virtud de que:

“I.- El incidente de suspensión de los efectos del acto, contemplado en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está previsto para el proceso ordinario o general contencioso administrativo, pero no para el especial tributario, en razón de que entrándose de materia impositiva hay una disposición clara y expresa que niega dar entrada a esa articulación. Al respecto, el artículo 83.9 dispone: ‘En ningún caso se accederá a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados.’ II.- Como en la especie se está en presencia de un ordinario especial de impugnación de impuestos, la incidencia promovida es improcedente y así debe declararse.”³⁶⁶ “II.- Se trata en consecuencia, de un proceso especial de impugnación, en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Siendo así, es de aplicación al caso concreto, el numeral 83.9 de la misma ley citada, que expresamente establece la imposibilidad del órgano

³⁶⁶Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 101-98 de las once horas del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, donde se discutía el “Impuesto sobre la Renta del período fiscal noventa y cuatro. “rentas públicas”, proceso especial tributario imposición a mi representada de un Impuesto por concepto de Patente Municipal. En sentido similar Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 354-98 de las diez horas quince minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 358-98 de las diez horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 367-98 de las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 352-98 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 189-96 de las catorce horas treinta minutos del tres de setiembre de mil novecientos noventa y seis, 18-98 de las nueve horas cincuenta minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y ocho, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, votos número 309-98 de las nueve horas cincuenta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 65-2005 de las diez horas treinta y cinco minutos del dieciocho de febrero del dos mil cinco.

*jurisdiccional, de suspender la ejecución del acto o disposición impugnados en esta materia, por lo que, procede denegar la articulación.*³⁶⁷

Sin embargo, es necesario acotar que actualmente se ha interpuesto una acción de inconstitucionalidad, expediente número 07-10348 (dentro del proceso tributario de Centro Industrial Manufacturero el Roble S.A. contra el Estado, exp. 06-000392-0161-CA) contra el artículo 89.9 de la LRJCA, por considerar los recurrentes que dicha normativa atenta contra la tutela judicial efectiva consagrada constitucionalmente.

d. 10. Vías de Hecho.

Nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 357 dispone:

“1. No será necesario agotar previamente la vía administrativa para accionar judicialmente, inclusive por la vía interdictal, contra las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz.

2. En tales casos, la autoridad judicial podrá inclusive detener prima facie la actuación impugnada en la forma prevista por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la suspensión del acto administrativo.

³⁶⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 275-2003 de las once horas treinta minutos del veintitrés de mayo del dos mil tres. En igual sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 216-2005 de las diez horas cinco minutos del primero de junio del dos mil cinco. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, votos número 146-2005 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinte de mayo del dos mil cinco.

3. *En los demás casos no será admisible la vía interdictal.*”

Se permite los interdictos contra actuaciones materiales de la Administración, en su inciso 2, permite además dictar una medida cautelar, inclusive prima facie, para suspender la actuación de la Administración no basada en un acto previo y eficaz.

Indudablemente, “(...) *este artículo prevé una medida cautelar sustancialmente distinta a la suspensión de la ejecución, pues no se trata de enervar la ejecutividad y ejecutoriedad de una actuación formal de la Administración -acto o disposición administrativa-, sino de detener o hacer cesar la actuación material de ésta.*”³⁶⁸

Al respecto, en voto número 338-98 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, la jurisprudencia ha enunciado que:

“II.- La facultad de accionar en la vía interdictal prevista en el ordinal 357 de la Ley General de la Administración Pública, contra las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz, requiere como presupuesto, de conformidad con la doctrina y reiterada jurisprudencia, que se esté frente a una conducta de un agente de la Administración atentatoria de la libertad o la propiedad del administrado, sin contar con el soporte de un acto administrativo, o

³⁶⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 154-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.

*bien cuando, pese a su existencia, éste adolece de vicios de tal gravedad que lo califican de absolutamente nulo.”*³⁶⁹

En cuanto a la interpretación de la remisión que hace el art. 357 de la LGAP, al art. 91 de la LRJCA, jurisprudencialmente se encuentran dos tesis al respecto.

La primera propone que la remisión es solo en cuanto al trámite³⁷⁰, que no se debe exigir la producción de daños de difícil o imposible reparación, presupuesto que sí se requiere para el incidente de suspensión regulado en el art. 91 de la LRJCA, pero no para las vías de hecho, por que el 357 de la LGAP lo que exige son *“simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz.”*

Lo anterior se refleja en el siguiente extracto:

“(…) Este Tribunal ha aceptado que en ese supuesto los daños que se puedan causar con la ejecución del acto no necesariamente tienen que revestir el carácter de difícil o imposible reparación, pero si tienen que ser graves; circunstancia que debe acreditarse, o bien puede deducirse de los mismos hechos que consten en autos, lo

³⁶⁹ En idéntico sentido Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 351-98 de las nueve horas treinta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, 435-98 de las catorce horas del once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, 66-99 de las quince horas diez minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve, 386-98 de las diez horas quince minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

³⁷⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 20-2003 de las quince horas veinte minutos del cinco de febrero de dos mil tres.

*cual no sucede en el sub lite, toda vez que por ahora no está claro que se trate de una nulidad absoluta evidente y manifiesta, en términos de equipararla con una vía de hecho (...)*³⁷¹

La segunda tesis, propone que la remisión es tanto para el trámite, como para los requisitos de fondo, de tal forma que sí se requiere demostrar la producción de daños de difícil o imposible reparación requeridos por el art. 91 de la LRJCA.

Ambas tesis concuerdan en que los actos deben adolecer de nulidad absoluta evidente y manifiesta. La línea que separa una tesis de la otra es muy delgada, si bien es cierto en la primera no se exige la producción de daños de difícil o imposible reparación, sí se exige la existencia de un daño grave.

Considero que la segunda tesis, es más adecuada para el caso específico de la suspensión, pues el art. 357 inc. 1 de la LAP sirve de parámetro para determinar en qué circunstancias no hay que agotar la vía administrativa, y en qué supuesto se puede accionar judicialmente por vía interdictal, pero en su inciso 2 regula otro presupuesto totalmente diferente como es la posibilidad de la suspensión de las simples actuaciones materiales de la Administración no fundadas en un acto administrativo eficaz, de conformidad con lo establecido por el art. 91 de la LRJCA, sin hacer distinción clara, de si es solo respecto del trámite o de los requisitos de

³⁷¹ Tribunal Contencioso Administrativo Sección Primera, voto número 323-96 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa seis.

fondo, No se restringe la procedencia de dicha suspensión a la simple constatación de las simples actuaciones materiales de la Administración no fundadas en un acto administrativo eficaz.

Consecuentemente, para el análisis de una posible suspensión de vías de hecho, se debe constatar tanto la existencia de simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz, como la constatación de daños de difícil o imposible reparación alegados por el solicitante.

En otro orden de ideas, se considera que no todo vicio de los actos administrativos da lugar a la figura de la actuación material³⁷², no es suficiente que el acto pueda estar eventualmente afectado de una nulidad absoluta, necesariamente debe ser evidente y manifiesta³⁷³, de tal manera que no se necesite un análisis profundo para llegar a tal conclusión.³⁷⁴

Al respecto se ha dicho, que se trata de: *“(...) actuaciones de la administración carentes de acto administrativo que les preste sustento, o bien para aquellas situaciones equivalentes a la ausencia de aquél, por violación evidente y manifiesta*

³⁷² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 244-96 de las nueve horas treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

³⁷³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 452-2002 de las quince horas quince minutos del dieciocho de diciembre del dos mil dos.

³⁷⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 175-98 de las diez horas cincuenta minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 46-97 de las diez horas del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete.

*del ordenamiento jurídico, ya sea en la producción o en la ejecución del acto de la administración.*³⁷⁵

De lo contrario deberá ser discutido en vía ordinaria, (artículos 1, 18 y 22 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).³⁷⁶

A manera de ejemplo, se ha rechazado la suspensión por el art. 357 de la LGAP cuando no hay actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, ya sea por que se ha corroborado que efectivamente hay un acto administrativo aparentemente eficaz³⁷⁷, por que ha sido notificado³⁷⁸, dictado por autoridad competente³⁷⁹. No se encontró ningún caso en el que se concediera la suspensión bajo estudio.

Con la entrada en vigencia del CPCA, se deroga el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública. Admite la posibilidad de demandar en el proceso

³⁷⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto número 400-97 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

³⁷⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 452-2002 de las quince horas quince minutos del dieciocho de diciembre del dos mil dos, 106-2003 de las diez horas treinta minutos del cinco de marzo de dos mil tres. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, voto número 143-2005 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del trece de mayo del año dos mil cinco.

³⁷⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 386-98 de las diez horas quince minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, 485-98 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

³⁷⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 351-98 de las nueve horas treinta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

³⁷⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, votos número 299-2000 de las dieciséis horas del cuatro de octubre del dos mil.

principal, las actuaciones materiales de la Administración constitutivas de vía de hecho, también amparables cautelarmente (art. 1.2, 36.d) y 42. 2. h) CPCA).³⁸⁰

Para desarrollar y dar contenido a las cautelares en esta materia, no solo se tendrá que aplicar el art. 128, tal y como lo ordena el art. 20 párrafo 2º, sino también el artículo 122 inc. i), todos del CPCA.³⁸¹

Además del artículo 42 del CPCA, el cual permite que en el proceso principal se permita pedir la cesación de la actuación material constitutiva de vía de hecho, así como el reconocimiento y restablecimiento o la declaración de la situación jurídica,³⁸² y en atención de las características de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares respecto del proceso principal, frente a tal actuación material, constitutiva de vía de hecho, queda claro que se le puede emplear medidas cautelares de efectos conservativos, ordenando el cese de la

³⁸⁰ En lo que interesa disponen: Artículo 36. *La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: d) Las actuaciones materiales de la Administración Pública. ARTÍCULO 1.2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

³⁸¹ Artículo 122 inc. i): *“d) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. i) Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo.”*

³⁸² Al efecto dispone: Artículo 42 del CPCA: *“1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.*

2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:

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.

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.”

misma (art. 42. 2. h) CPCA) como de efecto anticipatorio o innovativo.

A modo de ejemplo, el posible contenido de una cautelar, sería exigir a la Administración accionada, el restablecimiento provisional de la situación inicial alterada por la actuación material reclamada, aplicando medidas positivas.

En los supuestos de vía de hecho, será la jurisprudencia, de manera casuística y creativa, la que determinará qué medidas cautelares otorgar o no, así como sus alcances y tratamiento procesal, siguiendo el parámetro de la adecuación y necesidad de la medida, para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, tal y como lo exige el art. 19 del CPCA (para más detalle ver Sección C: Breve referencia al Código Procesal Administrativo).

Sección C: Breve referencia al Código Procesal Contencioso Administrativo.

De conformidad con la exposición de motivos, en este nuevo Código:” *se amplían sustancialmente las medidas cautelares, sin restricción a las medidas suspensivas o negativas, dándosele al juez apoderamientos suficientes para evitar males mayores o primeros males, sean con grado de difícil o imposible reparación, como para hacer valer el sentido y alcance de lo dictado bajo la tesitura de la*

subordinación del Estado a la Justicia y no a la inversa, en un Estado de Derecho, que es el Derecho sobre el Estado, pero no cualquier tipo de Derecho, sino aquél desde y para los Derechos Humanos.”

La gran interrogante es ¿cuál es la diferencia entre la regulación del art. 242 del CPC (aplicable supletoriamente de conformidad con el art. 103 de la LRJCA,) y el art. 91 de la LRJCA, en relación con la nueva normativa del CPCA?

Para determinar dicha diferencia es preciso tener claro que en la LRJCA, “(...) *el sistema cautelar previsto para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es de carácter mixto o numerus apertus.*”³⁸³

Esto quiere decir, que por un lado se prevé la medida típica del incidente de suspensión del acto administrativo, la cual de conformidad con el art. 91 de la LRJCA, sólo puede tener efectos conservativos, pero por otro lado se permite la aplicación de una norma numerus apertus, de carácter residual, como lo es el art. 242 del CPC, las medidas fundadas en este último artículo, pueden tener efectos de carácter conservativo, anticipativo o innovativo, según se desprende de la redacción de dicho artículo, aunado a la interpretación y reconocimiento expreso

³⁸³ Sala Constitucional, voto número 06224-2005, de las a las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco. Criterio reiterado en votos número 2006-9570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio del dos mil seis, 2006-1030 de las horas del primero de febrero del dos mil seis.

tanto de la Sala Constitucional, como de los Tribunales Contencioso Administrativos.

La disyuntiva a la que se han enfrentado los operadores de derecho, ha consistido principalmente:

a) el art. 242 del CPC, es una norma de clausura, de carácter residual o subsidiario (es posible aplicarla en aquellos casos en que no se haya solicitado la aplicación de una medida típica, como la suspensión del acto administrativo), consecuentemente si el articulante solicita la medida típica de suspensión del acto administrativo, el juez debe entrar a conocer la misma, sin posibilidad de otorgar otra medida distinta a la pedida, en virtud de los principios de congruencia, subsidiariedad, dispositivo, así como de las características de instrumentalidad y provisionalidad;

b) poca raigambre, propagación o desconocimiento en el gremio de los abogados, de la posibilidad de utilizar las medidas cautelares previstas en el art. 242 del CPCA en el proceso Contencioso Administrativo;

c) el diseño del proceso Contencioso Administrativo previsto en la LRJCA, que rige hasta el 31 de diciembre de 2007, es visto solo como revisor de actos administrativos, donde eventualmente se puede obtener la anulación de un acto,

una posible indemnización, pero no una conducta determinada por parte de la Administración;

d) al estar el objeto del proceso restringido al carácter revisor del acto administrativo y en apego a las características intrínsecas de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares, no se puede obtener mediante una cautelar, más de lo que se puede lograr en el proceso principal, lo cual restringe el abanico de medidas cautelares que se pueden otorgar mediante la aplicación del 242 del CPC, y consecuentemente se reduce el poder cautelar del juez.

Teniendo claro lo anterior, y en vista que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, (ley número 8508), en su Título III, Capítulo Único, regula en forma unificada el régimen de las medidas cautelares, las codifica de manera general, se introduce una norma *numerus apertus*, (que no se rija por los principios de subsidiaridad, congruencia, dispositivo, como lo es el 242 del CPC, ni por la medida típica de la suspensión del acto), se amplía y flexibiliza la tutela cautelar, con el afán de que se pueda tutelar, una mayor diversidad de cuadros fácticos.

Se puede determinar que la diferencia cualitativa y sustancial, entre la regulación de la LRJCA N° 3667 del 12 de marzo de 1966 y el nuevo CPCA, radica

principalmente en la ampliación del objeto (art. 1 del CPCA³⁸⁴) y pretensiones (art. 42 del CPCA³⁸⁵) del proceso Contencioso Administrativo. Se cambia la orientación revisora de actos administrativos de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, para pasar a una perspectiva más amplia de control de situaciones sustantivas, relaciones jurídico- administrativas, conductas administrativas, ya sean formales o materiales, por acción u omisión (art. 1, 36 del CPCA), las pretensiones y objeto del proceso ya no están referidas exclusivamente a la nulidad del acto y/o la responsabilidad de la administración, o una posible indemnización, consecuentemente se amplían los poderes del juez y la tutela cautelar.

³⁸⁴ Artículo 1 del CPCA, en lo que interesa dispone: “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.”

³⁸⁵ Artículo 42 del CPCA, dispone: “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.”

El hecho de se amplíe el objeto y las pretensiones posibles en el proceso Contencioso Administrativo, le permite al juez, la aplicación de una mayor gama de medidas cautelares, las mismas pueden contener la conservación del estado de las cosas (subsiste la posibilidad de seguir aplicando medidas de carácter conservativo como el incidente de suspensión del acto administrativo), así como medias cautelares positivas de efectos anticipativos o innovativos³⁸⁶, mediante obligaciones de hacer, de no hacer o de dar³⁸⁷ (art. 20 CPCA), a diferencia de lo que pasaba en el proceso revisor tradicional.

Otro factor importante, es la eliminación del incidente de suspensión del acto administrativo como única medida típica, en el nuevo CPCA, se introduce una norma *numerus apertus* (art. 19 CPCA), sin ser de clausura, lo cual era necesario, para que su aplicación no esté sometida a restricciones (como el respecto a los principios de subsidiariedad, congruencia, dispositivo, limitaciones necesarias para la aplicación del art. 242 del CPC).

³⁸⁶ Medidas positivas: pueden ser anticipativas o innovativas, aseguran la efectividad de la sentencia futura, anticipando algunos o todos los efectos de la sentencia final, confiere una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal, cuando realmente sólo la sentencia futura decidirá si procede o no tal situación. Permiten que se pueda modificar, transformar el presupuesto de hecho existente al momento de pedir la media, incluso exigirle a la otra parte, con carácter provisional realizar una conducta o abstenerse de llevarla a cabo.

³⁸⁷ Las obligaciones de *no hacer* consisten en una abstención, omisión o tolerancia. La obligación de *dar* es la encaminada a transmitir un bien mueble o inmueble, un derecho, entregar una cosa, por ejemplo el pago anticipado de una obligación dineraria de la Administración para con el administrado. La obligación de *hacer* es toda aquella cuya prestación consiste en la realización de una actividad formal o material, prestar un servicio público determinado de manera eficiente y eficaz, no solo se agota en ordenar la emisión de un acto administrativo, también se puede condenar a la realización de una conducta material que satisfaga el derecho que se pretende obtener en el proceso principal, por ejemplo ordenarle a la Caja Costarricense del Seguro Social la realización de un cirugía de urgencia.

La promulgación del nuevo CPCA, tiene el propósito de responder a las nuevas exigencias de la realidad social cambiante; hay una mayor preocupación por regular las medidas cautelares, con el afán de cumplir con el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva material y no formal.

El nuevo CPCA, viene a normar las aportaciones jurisprudenciales más relevantes, como el reconocimiento de una tutela cautelar con raigambre constitucional, la ponderación de los intereses en conflicto, medidas provisionálsimas, análisis de la apariencia de buen derecho.

Entrando de lleno en la regulación del nuevo CPCA, en el se establece para la determinación del contenido de la cautelar, que el juez tomará aquellas medidas *“(...) adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”* (art. 19. 1 CPCA). Claro sin dejar de lado las características de instrumentalidad, provisionalidad (art. 22 CPCA), así como los presupuestos de ponderación de los intereses presentes en el caso concreto (art. 22 CPCA), apariencia de buen derecho (art. 21 in fine CPCA) y especialmente el peligro en la demora (art. 21 CPCA).

El juez tiene un poder general cautelar, al extremo que no hay un principio de congruencia que respetar, pues perfectamente el juez se puede apartar de lo solicitado por el articulante, y concederle una medida completamente distinta, en

virtud de la adecuación y necesidad, en afán de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad del fallo del principal.

*Se trata de un sistema innominado de medidas o de cláusula abierta “(...)”, que permita al Juez la adopción de aquellas que estime necesarias (numerus apertus), y que mejor cumplan la función de la tutela cautelar en el caso concreto, sin que tampoco sea obstáculo infranqueable, la solicitud expresa efectuada por el propio actor, pues corresponde al Juez adoptar la que estime aconsejable, aún con la eventual separación de la requerida por el accionante. Así las cosas, no rige aquí la estricta vinculación entre lo pedido y lo resuelto, pues al Juez se le otorga una libre configuración de la medida en atención a las circunstancias particulares del caso. Y para la adopción de la que fuere necesaria, el Tribunal goza de plena competencia para hacer llegar a sus estrados: la prueba, elementos o datos que estime pertinentes. Rige aquí el principio ‘inquisitivo’ en favor del Tribunal, frente al comúnmente otorgado a las partes, como dueñas exclusivas del proceso, denominado en la tradición jurídica como ‘dispositivo’.*³⁸⁸

El principio que rige en este tipo de sistemas cautelares es el de “(...) idoneidad, que se traduce en la posibilidad de adoptar la medida adecuada y necesaria para garantizar, de manera provisional, la efectividad de la sentencia y la protección de la

³⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

*situación jurídica sustancial del promovente, no sólo actual (en conservación del status quo imperante, tal y como se han restringido), sino además, aquélla que por requerida y válida, se presenta como potencial, frente a nítidas posiciones de ventaja.*³⁸⁹

Uno de los grandes problemas que presenta el CPCA, en cuanto a la regulación de las medidas cautelares, es no haber previsto como límite sustancial la irreversibilidad de las cautelares, es necesario que la medida positiva no genere peligro de irreversibilidad de los efectos producidos por la anticipación del posible fallo estimatorio.

Se regula, de manera especial el presupuesto, del peligro en la demora (periculum in mora), se establece que: *“La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad”* (art. 21 CPCA).

Al final de dicho artículo, se hace mención de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), aspecto que ya se venía desarrollando en la jurisprudencia, mediante un juicio superficial de la situación, sin prejuzgar sobre el fondo, donde

³⁸⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto número 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

no se requiere una comprobación certera del fundamento jurídico de la pretensión, sino que se pueda desprender que la pretensión no es descabellada.

Presenta la novedad, que ya no se exige la producción de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación (como los requería el art. 91 de la LRJCA o el 242 del CPC), sólo deben ser graves, lo cual amplía las posibilidades de aplicación de la tutela cautelar.

Establece como presupuesto, para otorgar o denegar alguna medida cautelar, la ponderación de todos los intereses presentes en el caso³⁹⁰ (interés público, de terceros, particulares), sin establecerse legalmente la supremacía de ninguno de ellos, el juzgador deberá analizar “(...) *la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, (...) de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.*” (Art. 22 CPCA).

En cuanto a la tramitación de la medida cautelar, no se dice por que vía, asumimos que sigue siendo por vía incidental y legajo separado.

³⁹⁰ Ponderación que se venía estableciendo ampliamente en nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa, al punto que su valoración se equipara a la comprobación de daños de difícil o imposible reparación.

Se pueden presentar tanto en el transcurso del proceso, como en la fase de ejecución (art. 19 CPCA), sobre la solicitud de la medida, se da audiencia por tres días (art. 24 CPCA), luego de que transcurra ese periodo, se introduce la novedad de que el juez convoque facultativamente a una audiencia oral, cuando lo considere necesario para resolver la cautelar.

La interposición del primer incidente, solicitando la medida, se permite solamente a instancia de parte (art. 19. 1 CPCA).

Luego el artículo 29 del CPCA, permite que tanto de oficio como a solicitud de parte el juez podrá, otorgar, modificar o suprimir la medida cautelar si cambian *“(...) las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar” o las que sirvieron para rechazarla.* La modificación no puede sustentarse en un cambio de criterio judicial, necesariamente el cambio debe ser de las circunstancias de hecho.

Se mantiene la aplicación de la medida cautelar de manera inmediata, una vez que se haya comunicado (art. 27 CPCA). Ante el incumplimiento de la cautelar, por parte del funcionario obligado, se conserva la posibilidad de testimoniar piezas, así como la responsabilidad civil penal, administrativa del funcionario, pero se prevé la eventual imposición de sanciones y multas al funcionario que incumpla, así como

tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para el cumplimiento del fallo (artículo 158, 159, 161 CPCA).

Introduce la adopción de medidas provisionálísimas, en tanto se resuelve el propio incidente cautelar: *“una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionálísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de 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”* (art. 23 CPCA). Este tipo de medidas, en cuanto a función y efectos es equivalente a los que se obtienen con las medidas cautelares prima facie.

Mantiene la adopción de medidas cautelares *prima facie* (art. 25 CPCA), en casos de “extrema urgencia”, sin audiencia previa, solamente a solicitud de parte, ante este tipo de medidas, el juzgador podrá fijar caución o cualquier otra contracautela, en los términos del art. 28 CPCA.

El procedimiento a seguir en la adopción de medidas prima facie, es: *“(…) 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.”* (Art. 25 CPCA).

Introduce explícitamente la adopción de medidas cautelares *ante causam* (las cuales están reguladas en el art. 241 y ss. del CPC), ante el juez tramitador, una vez otorgada la medida, se debe establecer la demanda principal en el término perentorio de 15 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*” (art. 26 CPCA).

Expresamente dice que la resolución, que resuelva sobre una medida cautelar es un auto, contra el que cabrá recurso de revocatoria ante quien resuelva la cautelar, puede ser el juez tramitador, conciliador o Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (art. 132.2 CPCA) y 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*” (art. 28, 30 CPCA).

No se hace mención alguna respecto del recurso de apelación por inadmisión, ni del recurso de aclaración y adición, al respecto se tendrá que aplicar la legislación ordinaria al efecto.

Presenta la novedad, que el art. 28.1 del CPCA no sugiere como si lo hacía el art 93 de la LRJCA, la caución como única medida idónea para paliar o evitar los

posibles daños o perjuicios, que puedan derivarse de la medida cautelar otorgada, y así mantener el equilibrio de los intereses en conflicto. Se utiliza el concepto de contracautela, el que resulta ser mucho más amplio, además se ensanchan las formas de constituir la caución y garantía en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

En cuanto al tratamiento cautelar, frente a la inactividad (la cual es una forma de omisión de la Administración), el CPCA admite la posibilidad de demandar, tal omisión en el proceso principal, y consecuentemente aplicarle medidas cautelares (art. 1.2 y 36.e. CPCA).³⁹¹

En cuanto al tema el Dr. Álvaro Mora expresa: *“(...) el tratamiento procesal de la figura de la inactividad material, es todavía muy tenue en cuanto a la efectividad en una tutela judicial efectiva para obligar a la Administración a la realización de conductas que devienen en obligadas, de forma contundente, inmediata y eficiente. En este orden, habrá que estarse a lo que la jurisprudencia aplique, de lo dispuesto en el artículo 118.”*³⁹²

Su regulación procesal resultó ser muy escueta, será la jurisprudencia la que moldeará el tratamiento de la figura, para darle contenido a la misma, deberá

³⁹¹ En lo que interesa disponen: Artículo 36: *“La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: e) Las conductas omisivas de la Administración Pública.”* Artículo 1: *“2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”*

³⁹² Facultad de Derecho. (2005). <http://www.derecho.ucr.ac.cr> [Consulta: de 18 de octubre de 2007].

aplicar analógicamente, no sólo el art. 128, tal y como lo ordena el art. 20 párrafo 2º, sino también el artículo 118 y 122 inc. f), todos del CPCA.³⁹³

Por otro lado, en cuanto a la vía de hecho³⁹⁴, el CPCA admite la posibilidad de demandar, en el proceso principal las actuaciones materiales de la administración constitutivas de vía de hecho, también son amparables cautelarmente (art. 1.2, 36.d) y 42. 2. h) CPCA).³⁹⁵

³⁹³ Artículo 118 del CPCA: “1) Cuando se trate de procesos cuya pretensión esté relacionada con conductas omisivas de la Administración, el juez tramitador, una vez evaluada interlocutoriamente la demanda, ponderado su eventual fundamento, a solicitud de parte o de oficio, podrá instar a la Administración demandada para que verifique la conducta requerida en la demanda y otorgarle un plazo de cinco días para que alegue cuanto estime oportuno.

2) Si, transcurrido dicho plazo, la Administración manifiesta su conformidad en verificar la conducta, el Tribunal, sin más trámite, dictará sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo si ello supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, dictará la sentencia que estime conforme a derecho. En casos de especial complejidad, cuando sea previsible la inexistencia de los recursos materiales necesarios para la adopción de la conducta, o los recursos financieros necesarios no estén disponibles, en la sentencia se valorará tal circunstancia para otorgar un plazo, a fin de cumplir la conducta respectiva, la cual no excederá del ejercicio presupuestario anual siguiente.

3) Si, dentro del plazo indicado en el primer párrafo, la Administración no contesta o se manifiesta contraria a realizar la conducta requerida, el proceso continuará su trámite normal.”

Artículo 122 inc. f): “Cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: f) Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública.”

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 mandatos 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.”

³⁹⁴ Se deroga el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública.

³⁹⁵ En lo que interesa disponen: Artículo 36 “La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: d) Las actuaciones materiales de la Administración Pública.” Artículo 1: “2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”

Al igual que el caso de la inactividad, para desarrollar y dar contenido a las cautelares en esta materia, no sólo se tendrá que aplicar el art. 128, tal y como lo ordena el art. 20 párrafo 2º, sino también el artículo 122 inc. i), todos del CPCA.³⁹⁶

Además del artículo 42 del CPCA, el cual permite que en el proceso principal, se permita pedir la cesación de la actuación material, constitutiva de vía de hecho, así como el reconocimiento y restablecimiento o la declaración de la situación jurídica³⁹⁷, y en atención de las características de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares con respecto del proceso principal, frente a tal actuación material, constitutiva de vía de hecho, queda claro que se le puede emplear medidas cautelares de efectos conservativos, ordenando el cese de la misma (art. 42. 2. h) CPCA), como de efecto anticipatorio o innovativo.

En los supuestos de inactividad y vía de hecho, será la jurisprudencia, de manera casuística y creativa, la que determinará sus alcances y tratamiento procesal,

³⁹⁶ Artículo 122 inc. i): “d) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. i) Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo.”

³⁹⁷ Al efecto dispone: Artículo 42 del CPCA: “1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.

2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:

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.

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.”

siguiendo el parámetro de la adecuación y necesidad de la medida, para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, tal y como lo exige el art. 19 del CPCA.

Lo anterior, sin dejar de lado la obligación de analizar los presupuestos de peligro en la demora, apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses en conflicto.

A modo de ejemplo, el posible contenido de una cautelar, sería exigir a la Administración accionada, el restablecimiento provisional de la situación inicial alterada por la actuación material reclamada, aplicando medidas positivas. La aplicación de las medidas cautelares positivas, es un tema controvertido, pues en principio las mismas pueden ser exitosas para el que las solicita, en el sentido de proteger la efectividad de la sentencia final, pero, por otro lado, el afectado por el otorgamiento de la medida anticipativa, que aún no ha sido condenado, tiene que tolerar una medida que anticipa efectos de la sentencia principal, situación que le puede ocasionar un daño o perjuicio en ocasiones irreparables, o tan sólo reparables económicamente, lo cual puede resultar no ser idóneo.

Es evidente, que hay un conflicto de intereses, el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona que solicita una medida cautelar para que no vea frustrado su derecho que eventualmente puede ser reconocido en una sentencia estimatoria

futura, o por el contrario la seguridad jurídica, en el sentido de que una persona pueda verse sometida a una medida cautelar de carácter anticipatorio que en cierta forma le cause daños o perjuicios, y es perfectamente posible que en la sentencia del proceso principal se acuerde algo contrario a lo que se dispuso en la medida cautelar anticipativa y por tanto se le tenga que restablecer en su estado originario, circunstancia que en algunas ocasiones será difícil de conseguir, en algunos casos bastará una indemnización, pero en otras ocasiones puede que no, especialmente cuando son daños al ambiente, salud o vida de las personas.

Es aquí, donde juega un papel muy importante las contracautelas, entendidas como las medidas idóneas para paliar o evitar los posibles daños o perjuicios, que puedan derivarse de la medida cautelar positiva otorgada, y así mantener el equilibrio de los intereses en conflicto (art. 28 del CPCA). Pues es necesario que la medida positiva no genere peligro de irreversibilidad de los efectos producidos por la anticipación.

Por ejemplo, la Caja Costarricense del Seguro Social, institución llamada a brindar el servicio público de prevención y cura de los problemas de salud de manera eficiente y efectiva, se niega a brindarle a una persona un tratamiento para el cáncer que padece, enfermedad que se sabe de sobra que entre más rápido se trate, hay mayores posibilidades de éxito en su control y posible cura.

Ante tal situación, perfectamente el juez puede exigirle a la Caja Costarricense del Seguro Social, que le dé el tratamiento que pide el solicitante, e incluso otro tratamiento más adecuado para el cáncer que se pretende tratar. En vista de que se está adelantando efectos de la sentencia definitiva, el juez previendo que en el fallo firme se estipule que la Caja no estaba obligada a darle el tratamiento al solicitante, puede perfectamente exigirle al articulante que rinda una contracautela (por ejemplo el depósito de una suma de dinero determinada) la cual debe ser suficiente, razonable y proporcional³⁹⁸, para otorgarle la medida positiva.

Otro posible caso sería cuando a un administrado se le niega el ejercicio de una actividad comercial, ante ese acto negativo, el juez podría indicarle a la entidad correspondiente, que vuelva a dictar el acto administrativo bajo otros argumentos distintos a los utilizados para su rechazo, o puede ordenarle a la Administración correspondiente que permita el ejercicio de la actividad económica, siempre y cuando el particular cumpla con ciertas contracautelas, para evitar la producción de un eventual daño o perjuicio, o de producirse los mismos indemnizarlos.

Puede haber una combinación de contracautelas, unas orientadas a que el ejercicio de la actividad no produzca daños o perjuicios futuros, y otras dispuestas para una posible indemnización, la adopción de unas u otras dependerá de los

³⁹⁸ La contracautela debe ser suficiente, proporcional y razonable, de lo contrario puede imposibilitar el cumplimiento de una tutela judicial efectiva.

intereses en conflicto, así como de su posible afectación y posibilidad de reversibilidad de los efectos.

En la hipótesis, de que el solicitante de una medida cautelar positiva, no tenga condiciones de prestar garantía, que permita la restitución de la situación al estado anterior, no se podrá acceder a la misma, pues las contracautelas (dentro de las que se encuentra la caución) son una condición de eficacia de la medida acordada, en los casos que el juez haya requerido su cumplimiento para otorgar una medida cautelar, consecuentemente el juez debe valorar los intereses en juego y sacrificar el menos lesionado.

El juez adquiere un papel protagónico tendrá que valorar muy bien a la hora de conceder una medida cautelar de carácter anticipatorio, pues deberá determinar, mediante el análisis del *fumus boni iuris*, si la conducta que se exige por parte de la Administración le está exigida legalmente, en virtud del principio de legalidad, además tendrá que establecer prioridades en vista del presupuesto con el que cuenta la Administración a la que se compele a la acción , así como los daños graves que se puedan producir y la ponderación de los intereses en juego, claro esta sin prejuzgar sobre el fondo.

En este mismo orden de ideas, para evitar abusos, será la jurisprudencia la encargada de establecer la importancia y análisis del límite de la irreversibilidad de

la medida cautelar, tal y como lo hizo en el pasado con el tema de la ponderación de los intereses involucrados en el caso concreto.

Para finalizar, sólo el tiempo determinará, cuál va a ser el comportamiento de los jueces frente a este nuevo panorama, que tanto van a conceder los operadores de derecho, hay que tomar en cuenta que los jueces han sido formados, y han adquirido su experiencia bajo un proceso netamente revisor de actos administrativos, cuántos estarán dispuestos a un cambio radical, cuántos serán conservadores y tendrán sus reservas para la aplicación de ese poder general de cautela.

CONCLUSIONES

Evidentemente, en torno al tema de las medidas cautelares, en nuestro país la de mayor relevancia, aplicación y arraigo, es la suspensión del acto administrativo, principalmente porque es la única que regula expresamente la ley (art. 91 LRJCA), unido al hecho de que el acto administrativo por muchos años ha sido el centro del proceso contencioso administrativo, lo que ha propiciado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal enfocado hacia tal medida.

Aparece como una excepción a la regla de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto establecida en el artículo 146 a 151 de la LGAP.

Tal incidente, al ser una medida cautelar, le son aplicables las características de: instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, cognición sumaria superficial y función, además opera bajo cinco pilares fundamentales aplicables a toda medida cautelar, a saber: situación tutelable, caución, apariencia de buen derecho, y especialmente el peligro en la demora y la ponderación de los intereses en juego (incluyendo por supuesto el interés público como parte de estos últimos).

El principal presupuesto que analiza la jurisprudencia para otorgar o no una suspensión, es el *periculum in mora*. Totalmente necesario que la parte solicitante, acredite los daños alegados, pero no cualquier tipo de daños. Los mismos deben

ser de difícil o imposible reparación y no leves o meramente económicos, ante su falta no procede el cese de los efectos del acto impugnado.

Otro factor que la jurisprudencia ha considerado de suma relevancia, es la ponderación de los intereses involucrados en un caso concreto (público, de terceros y del particular), aunque la ley no lo ordene expresamente, al punto de que su importancia es equiparable con la gravedad del daño,

Lo anterior, no quiere decir que siempre va a prevalecer el interés público, eventualmente se podrá otorgar la suspensión cuando el solicitante logre acreditar los daños o perjuicios de difícil o imposible reparación alegados, pero necesariamente no debe haber un interés público o de terceros que proteger, o habiéndolo su lesión es leve. Es indispensable que el interés público o de terceros, no exija la ejecución del acto, o sea más conveniente para éste la inejecución del mismo, el daño del petente debe ser siempre mayor cualitativa como cuantitativamente que el sufrido por el interés público o de terceros, y a la vez el daño de este último no puede ser grave.

El tema de las medidas cautelares ha girado alrededor del incidente de suspensión del acto administrativo, a pesar de que el sistema cautelar previsto en la LRJCA para el proceso contencioso-administrativo, es de carácter mixto o *numerus apertus*.

Esto quiere decir, que por un lado se prevé la medida típica del incidente de suspensión del acto administrativo, la cual de conformidad con el art. 91 de la LRJCA, sólo puede tener efectos conservativos, pero por otro lado se permite la aplicación de una norma *numerus apertus*, de carácter residual, como lo es el art. 242 del CPC, las medidas fundadas en este último artículo, pueden tener efectos de carácter conservativo, anticipativo o innovativo, según se desprende de la redacción de dicho artículo, aunado a la interpretación y reconocimiento expreso tanto de la Sala Constitucional, como de los Tribunales Contencioso Administrativos.

Aún y cuando se permite la posibilidad de aplicar otras medidas atípicas, como las establecidas en el art. 242 del CPC, prácticamente no se solicitan medidas cautelares por la vía del artículo 242 de CPC, a pesar de que la jurisprudencia no niega la posibilidad de aplicar ese tipo de medidas en el proceso contencioso administrativo.

La no aplicación de las medidas atípicas, no se debe a la falta de instrumento legal, sino principalmente a las siguientes situaciones:

a) poco arraigo, propagación o desconocimiento en el gremio de los abogados, de la posibilidad de utilizar las medidas cautelares previstas en el art. 242 del CPCA en el proceso Contencioso Administrativo;

b) el art. 242 del CPC, es una norma de carácter residual o subsidiario (es posible aplicarla en aquellos casos en que no se haya solicitado la aplicación de una medida típica, como la suspensión del acto administrativo), consecuentemente si el articulante solicita la medida típica de suspensión del acto administrativo, el juez debe entrar a conocer la misma, sin posibilidad de otorgar otra medida distinta a la pedida, en virtud de los principios de congruencia, subsidiariedad, así como de las características de instrumentalidad y provisionalidad;

c) el diseño del proceso Contencioso Administrativo previsto en la LRJCA, que rige hasta el 31 de diciembre de 2007, es visto sólo como revisor de actos administrativos, donde eventualmente se puede obtener la anulación de un acto, una posible indemnización, pero no una conducta determinada por parte de la Administración;

d) al estar el objeto del proceso restringido al carácter revisor del acto administrativo y en apego a las características intrínsecas de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares, no se puede obtener mediante una cautelar, más de lo que se puede lograr en el proceso principal, lo cual restringe el abanico de medidas cautelares que se pueden otorgar mediante la aplicación del 242 del CPC, y consecuentemente el poder cautelar del juez.

Por otro lado, el hecho de que la LRJCA N° 3667 de 1966 restrinja el objeto y

pretensiones posibles en el proceso contencioso administrativo (art. 1 de la LRJCA) resulta inconstitucional, contraviene los derechos fundamentales como el de igualdad, respeto a la dignidad humana y el derecho a una administración de justicia pronta y cumplida de la tutela jurisdiccional, consagrados en los artículos 33, 41, 43, 49, 153 de nuestra Constitución Política.

Dicha regulación trasgrede el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, pues la medida se limita a propiciar efectos meramente conservativos sin una tutela cautelar adecuada, amplia y oportuna, consecuentemente no constituye un mecanismo procesal de protección adecuado a los intereses y necesidades de los Administrados.

El incidente de suspensión ha cumplido su función de conservar el objeto del proceso y asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, evitando posibles daños de difícil o imposible reparación en los casos en que la sola suspensión de un acto evita dichos daños, el problema se da en los casos en que la simple suspensión es insuficiente o no hay un acto administrativo que suspender, es en esos supuestos donde no se da una tutela judicial efectiva al no darse una adecuada tutela cautelar, pues deja un sin número de situaciones sin protección.

En otro orden de ideas, en Costa Rica, sí es posible y necesaria la instauración de un régimen cautelar innominado, que le otorgue amplios poderes cautelares al

juez, al amparo del derecho fundamental a la tutela cautelar, el cual ha sido reconocido expresamente por la Sala Constitucional, efectivamente existe una obligación constitucional de cumplir, con el derecho general a una administración de justicia pronta y cumplida (entiéndase como tutela judicial efectiva), como lo exige el artículo 41 de nuestra Carta Magna, dentro de la cual se encuentra incluida la tutela cautelar, según se desprende del análisis de la combinación de los artículos 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política.

Es de suma importancia el reconocimiento constitucional de la tutela cautelar, como una de las expresiones más significativas del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido que admite garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, para evitar un daño irreversible.

Considero que sí era necesario introducir una reforma del sistema cautelar, más acorde con las exigencias de los tiempos modernos, con el propósito de brindar efectivamente una tutela cautelar no sólo de efectos conservativos, sino también anticipativos e innovativos con amplios poderes cautelares para el juez.

Pues como bien se sabe, las medidas cautelares de efectos conservativos son insuficientes para tutelar por ejemplo el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, para los que se requiere la exigencia de obligaciones de dar o de hacer por parte del Estado. En los casos en que el administrado se vea

obligado a acudir a los tribunales para hacer cumplir esos derechos, debe contar con mecanismos necesarios y amplios para su tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva permite la existencia de un sistema de control cautelar amplio, que permita el reconocimiento no sólo legal sino constitucional del derecho de los administrados a solicitar, y la obligación de los jueces de otorgar las medidas idóneas, adecuadas y necesarias contra los actos administrativos de efectos particulares o generales, la inactividad administrativa, las actuaciones constitutivas de vías de hecho.

La promulgación del nuevo CPCA, tiene el propósito de responder a las nuevas exigencias de la realidad social cambiante; hay una mayor preocupación por regular las medidas cautelares, con el afán de cumplir con el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva material y no formal.

El nuevo CPCA, viene a normar las aportaciones jurisprudenciales más relevantes, como el reconocimiento de una tutela cautelar con raigambre constitucional, la ponderación de los intereses en conflicto, medidas provisionálsimas, análisis de la apariencia de buen derecho.

Es cierto que el CPCA, viene a resolver ciertos problemas y elimina lagunas.

El principal aporte es la apertura del objeto y las pretensiones posibles en el proceso contencioso administrativo.

Además, paralelamente introduce un régimen cautelar *numerus apertus* (que no se rige por los principios de subsidiaridad, congruencia, dispositivo, como sucedía con el 242 del CPC, ni por la medida típica de la suspensión del acto), ampliando y flexibilizando la tutela cautelar con el afán de que se pueda tutelar una mayor diversidad de cuadros fácticos, admitiéndose el reconocimiento cabal de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativa, ampliando las fronteras del remedio meramente suspensivo, para brindar así una tutela judicial efectiva, en cumplimiento de los preceptos constitucionales.

Sin embargo, sigue presentando ciertas deficiencias como la falta de regulación del principio de irreversibilidad de la medida cautelar, falta de una regulación más extensa de los alcances y tratamiento procesal de las figuras de inactividad y vía de hecho, lo cual deberá ser desarrollado por la jurisprudencia al amparo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, para evitar interpretaciones extensivas irracionales o abusos de las medidas cautelares que a la larga, más bien entorpezcan y dejen sin objeto el proceso principal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Bacigalupo Mariano (1999). La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

García de Enterría Eduardo y Ramón Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. Editorial Civitas. S.A.

González Camacho Oscar Eduardo (2002). La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas. Tomo III. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Jinesta Lobo Ernesto (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica.

Ortiz Ortiz Eduardo (1994) Tesis de Derecho Administrativo. Volumen II. San José. Imprenta LIL S.A

Ortiz Ortiz Eduardo (1990) Justicia administrativa Costarricense: cuatro estudios. San José Litografía e imprenta LIL, S.A.

Saborío Valverde Rodolfo (1994). Eficacia e invalidez del acto administrativo, Segunda Edición. San José. Ediciones SEINJUSA.

Salas Monney Angie, Matarrita Bacá Rosaura (2006) Antología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos, Colegio de Abogados de Costa Rica.

Sayagues Laso Enrique (1959). Tratado de Derecho Administrativo. Vol.II. Montevideo. Editorial Martín Branchi Altuna.

NORMATIVA NACIONAL

Costa Rica (2002). Código Procesal Civil. Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2002). Código Civil. Publicaciones Jurídicas.

Costa Rica (1999). Constitución Política de la República de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (1999). Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Actualizado por Jorge E. Estrada Ramírez. Sexta Edición. Instituto de Estudios Tributarios Contables S.A.

Costa Rica (2000). Ley General de la Administración Pública y Decretos N° 8979-P/ N° 9469-P. Cuarta Edición. EDITEC EDITORES S.A.

Saborío Valverde Rodolfo (2002). Normas Básicas de Derecho Público. 8ed. San José, Costa Rica. Centro de Estudios Superiores de Derecho Público.

Costa Rica (2000). Ley Orgánica del Poder Judicial. Sexta Edición. Investigaciones Jurídicas S.A.

Costa Rica (2002). Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Sexta Edición. Investigaciones Jurídicas S.A.

CONGRESOS, SEMINARIOS, SIMPOSIOS, TALLERES

Brenes Esquivel Ana Lorena (2000) Seminario sobre procedimientos administrativos. II Tema: Aspectos prácticos del procedimiento administrativo: Introducción general, investigación preliminar, intimación. Seminario sobre procedimientos administrativos. . PGR.

PÁGINAS WEBB

Noticias Jurídicas. (2006) <http://noticias.juridicas.com> [Consulta: 7 de enero de 2006].

Pórtico Legal. (2001). [http: www.poticolegal.com](http://www.poticolegal.com) [Consulta: de 18 de octubre de 2007].

Facultad de Derecho. (2005). [http: www.derecho.ac.cr](http://www.derecho.ac.cr) [Consulta: de 18 de octubre de 2007].

JURISPRUDENCIA

SALA CONSTITUCIONAL

-Resolución N° 2000-4530 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos.

-Resolución N° 2005-6224 de las quince horas con dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco.

-Resolución N° 2006-9570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio del dos mil seis.

-Resolución N° 2006-1030 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de febrero del dos mil seis.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SECCIÓN PRIMERA

-Resolución N° 42-95 de las catorce horas cuarenta minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 111-95 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 131-95 de las once horas treinta y cinco minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 148-95 de las quince horas cuarenta minutos del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 216-95 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del seis de junio de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 244-95 de Las diez horas diez minutos del veintisiete de junio de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 292-95 de l quince horas cincuenta minutos del primero de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 343-95 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 402-95 de las quince horas del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

-Resolución N° 154-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 171-96 de las once horas diez minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 187-96 de las nueve horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 227-96 de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 244-96 de las nueve horas treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 323-96 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa seis.

-Resolución N° 340-96 de las once horas veinte minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

-Resolución N° 24-97 de las diez horas del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 50-97 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución 77-97 de las diez horas del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 143-97 de las diez horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 144-97 de las diez horas quince minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 189-97 de las diez horas veinte minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 226-97 de las nueve horas cuarenta minutos del cuatro de julio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 234-97 de las once horas diez minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N°241-97 de las quince horas diez minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N°253-97 de las catorce horas cuarenta minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 258-97 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 265-97 de las quince horas cincuenta minutos del veinticuatro de julio mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 273-97 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 307-97 de las diez horas cuarenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 308-97 de las diez horas cincuenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 315-97 de las dieciséis horas diez minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 318-97 de las diez horas treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 319-97 de las diez horas del diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N°400-97 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 4-98 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del doce de enero de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 75-98 de las quince horas cincuenta minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 146-98 de las nueve horas del doce de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 163-98 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 175-98 de las, diez horas cincuenta minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 180-98 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 193-98 de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 217-98 de las quince horas treinta minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 221-98 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 226-98 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 285-98 de las catorce horas treinta y cinco minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 349-98 de las once horas del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución 78-99 de las once horas veinte minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 90-99 de las catorce horas quince minutos del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 107-99 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 110-99 de las once horas cinco minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 129-99 de las quince horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 189-99 de las diez horas treinta minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 193-99 de las catorce horas treinta minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 218-99 de las quince horas treinta minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 346-99 de las once horas cuarenta minutos del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N°447-99 de las quince horas treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 473-99 de las quince horas diez minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 70-2000 de las trece horas quince minutos del veinticuatro de marzo del dos mil.

-Resolución N° 117-2000 de las once horas del diecisiete de mayo del dos mil.

-Resolución N° 212-2000 de las diez horas veinte minutos del nueve de agosto del año dos mil.

-Resolución N° 326-2000 de las dieciséis horas diez minutos del veintinueve de noviembre del dos mil.

-Resolución N° 336-2000 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de diciembre del dos mil.

-Resolución N° 30-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dos de febrero dos mil uno.

-Resolución N° 49-2001 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de febrero del dos mil uno.

-Resolución N° 88-2001 de las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de marzo del dos mil uno.

-Resolución N° 91-2001 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del dieciséis de marzo del dos mil uno.

-Resolución N° 96-2001 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de marzo del dos mil uno.

-Resolución N° 145-2001 de las once horas treinta minutos del veintidós de mayo del dos mil uno.

-Resolución N° 206-2001 de las diez horas veinticinco minutos del dieciocho de junio del dos mil uno.

-Resolución N° 216-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio del dos mil uno.

-Resolución N° 264-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto del dos mil uno.

-Resolución N° 298-2001 de las diez horas veinte minutos del veintiuno de setiembre de dos mil uno.

-Resolución N° 306-2001 de las once horas del veintiséis de setiembre del dos mil dos.

-Resolución N° 321-2001 de las diez horas del diecinueve de octubre de dos mil uno.

-Resolución N° 348-2001 de las diez horas veinte minutos del dieciséis de noviembre del

-Resolución N° 83-2002 de las diez horas cuarenta y cinco del trece de marzo del dos mil dos.

-Resolución N° 188-2002 de las diez horas cuarenta minutos del cinco de junio del dos mil dos.

-Resolución N° 196-2002 de las dieciséis horas del trece de junio de dos mil dos.

-Resolución N° 326-2002 de las trece horas treinta y cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos.

-Resolución N° 355-2002 de las once horas quince minutos del once de octubre del dos mil dos.

-Resolución N° 360-2002 de las dieciséis horas diez minutos del once de octubre del dos mil dos.

-Resolución N° 5-2003 de las diez horas con treinta minutos del veintidós de enero del dos mil tres.

-Resolución N° 11-2003 de las once horas quince minutos del veintiocho de enero de dos mil tres.

-Resolución N° 16-2003 de as diez horas cuarenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

-Resolución N° 18-2003 de las once horas del treinta y uno de enero del dos mil tres

-Resolución N° 20-2003 de las quince horas veinte minutos del cinco de febrero de dos mil tres.

-Resolución N° 22-2003 de las diez horas quince minutos del doce de febrero del dos mil tres.

-Resolución N° 78-2003 de las once horas veinte minutos del veintiuno de marzo de dos mil tres.

-Resolución N° 112-2003 de las quince horas cincuenta minutos del diez de abril del dos mil tres.

-Resolución N° 115-2003 de las dieciséis horas veinte minutos del diez de abril del dos mil tres.

-Resolución N° 145-2003 de las dieciséis horas del veintiuno de mayo de dos mil tres.

-Resolución N° 188-2003 de las diez horas cuarenta minutos del diez de junio de dos mil tres.

-Resolución N° 193-2003 de las diez horas treinta minutos del once de junio de dos mil tres.

-Resolución N° 211-2003 de las once horas quince minutos del dieciocho de junio del dos mil tres.

-Resolución N° 314-2003 de las dieciséis horas diez minutos del trece de agosto del dos mil tres.

-Resolución N° 329-2003 de las dieciséis horas del veintinueve de agosto del dos mil tres.

-Resolución N° 378-2003 de las once horas diez minutos del tres de octubre del dos mil tres.

-Resolución N° 391-2003 de las diez horas del quince de octubre de dos mil tres.

-Resolución N° 431-2003 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil tres.

-Resolución N° 480-2003 de las once horas del tres de diciembre de dos mil tres.

-Resolución N° 194-2004 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de mayo del dos mil cuatro.

-Resolución N° 201-2004 de las diez horas veinte minutos del veintiséis de mayo de dos mil cuatro.

-Resolución N° 204-2004 de las diez horas cinco minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro.

-Resolución N° 210-2004 de las diez horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro.

-Resolución N° 244-2004 de las once horas diez minutos del diecisiete de junio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 272-2004 de las once horas cinco minutos del veintitrés de junio de dos mil cuatro.

-Resolución N° 282-2004 de las diez horas del treinta de junio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 293-2004 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del treinta de junio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 303-2004 de las diez horas treinta y cinco minutos del nueve de julio de dos mil cuatro.

-Resolución N° 309-2004 de las diez horas cuarenta minutos del catorce julio de dos mil cuatro.

-Resolución N° 363-2004 de las once horas veinte minutos del treinta de julio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 512-2004 de las diez horas cuarenta minutos del trece de octubre del dos mil cuatro.

-Resolución N° 632-2004 las once horas cinco minutos del veinticuatro de diciembre del dos mil cuatro.

-Resolución N° 3 -2005 de las quince horas cinco minutos del veinticinco de enero del dos mil cinco.

-Resolución N° 153-2005 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veintidós de abril de dos mil cinco.

-Resolución N° 243-2005 de las diez horas quince minutos del veintidós de junio de dos mil cinco.

-Resolución N° 295-2005 de las diez horas del veintisiete de julio del dos mil cinco.

-Resolución N° 356-2005 de las diez horas cinco minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cinco.

-Resolución N° 422-2005 de las diez horas cincuenta minutos del veintiocho de setiembre de dos mil cinco.

-Resolución N° 446-2005 de las diez horas quince minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

-Resolución N° 533-2005 de las diez horas cinco minutos del siete de diciembre del dos mil cinco.

SECCIÓN SEGUNDA

-Resolución N° 166-97 de las once horas cincuenta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 196-97 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

-Resolución N° 27-98 de las doce horas del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 39-98 de las catorce horas del treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N°101-98 de las once horas del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 316-98 de las diez horas del catorce de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 326-98 de las nueve del dos de setiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

-Resolución N° 338-98 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 345-98 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 351-98 de las nueve horas treinta minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 362-98 de las nueve horas del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 364-98 de las nueve horas veinte minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 386-98 de las diez horas quince minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 450-98 de las nueve horas diez minutos del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 485-98 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 503-98 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

-Resolución N° 148-99 a las diez horas treinta minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 165-99 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 167-99 de las diez horas quince minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 172-99 de las diez horas quince minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 205-99 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 243-99 de las quince horas del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 343-99 de las once horas treinta minutos del veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 346-99 de las diez horas quince minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 386-99 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

-Resolución N° 42-2000 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de febrero del dos mil.

-Resolución N° 47-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero del dos mil.

-Resolución N° 79-2000 de las dieciséis horas veinte minutos del veintisiete de marzo del año dos mil del dos mil.

-Resolución N° 88-2000 de las once horas del treinta y uno de marzo del dos mil.

-Resolución N° 119-2000 de las dieciséis horas del tres de mayo del dos mil.

-Resolución N° 122-2000 de las diez horas quince minutos del cinco de mayo del año dos mil.

-Resolución N° 126-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del diez de mayo del año dos mil.

-Resolución N° 146- 2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de mayo del dos mil.

-Resolución N° 272-2000 de las doce horas del trece de setiembre del dos mil.

-Resolución N° 299-2000 de las dieciséis horas del cuatro de octubre del dos mil.

-Resolución N° 55-2001 de las dieciséis horas quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil uno.

-Resolución N° 56-2001 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintitrés de febrero del dos mil uno.

-Resolución N° 88-2001 de las quince horas del veintinueve de marzo del dos mil uno.

-Resolución N° 109-2001 de las once horas treinta minutos del veintisiete de abril del año dos mil uno.

-Resolución N° 118-2001 de las once horas cuarenta y cinco minutos del nueve de mayo del dos mil uno.

-Resolución N° 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil uno.

-Resolución N° 190-2001 de las quince horas del veintinueve de junio del dos mil uno.

-Resolución N° 199-2001 de las diez horas treinta minutos del cuatro de julio del dos mil uno.

-Resolución N° 225-2001 de las diez horas quince minutos del veinticuatro de julio del dos mil uno.

-Resolución N° 385-2001 de las once horas quince minutos del veintitrés de noviembre del dos mil uno.

-Resolución N° 20-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del ocho de febrero del dos mil dos.

-Resolución N° 133-2002 de las diez horas quince minutos del quince de mayo del dos mil dos.

-Resolución N° 167-2002 de las once horas diez minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos.

-Resolución N° 199-2002 de las once horas treinta minutos del veintiuno de junio del dos mil dos.

-Resolución N° 223-2002 de las catorce horas treinta minutos del cinco de julio del dos mil dos.

-Resolución N° 234-2002 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de julio de dos mil dos.

-Resolución N° 287-2002 de las once horas treinta minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

-Resolución N° 344-2002 de las diez horas cinco minutos del cuatro de octubre del dos mil dos.

-Resolución N° 345-2002 de las diez horas veinte minutos del cuatro de octubre de dos mil dos.

-Resolución N° 385-2002 de las diez horas quince minutos del veintinueve de octubre del dos mil dos.

-Resolución N° 432-2002 de las diez horas treinta minutos del veintinueve de noviembre de dos mil dos

-Resolución N° 446-2002 de las once horas del once de diciembre de dos mil dos.

-Resolución N° 452-2002 las quince horas quince minutos del dieciocho de diciembre del dos mil dos.

-Resolución N° 29-2003 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

-Resolución N° 30-2003 de las diez horas cincuenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil tres.

-Resolución N° 41-2003 de las diez horas treinta y cinco minutos del siete de febrero de dos mil tres.

-Resolución N° 46-2003 de las diez horas del doce de febrero de dos mil tres.

-Resolución N° 53-2003 de las once horas diez minutos del doce de febrero del dos mil tres.

-Resolución N° 105-2003 de las diez horas veinte minutos del cinco de marzo del dos mil tres.

-Resolución N° 204-2003 de las diez horas cuarenta minutos del veinticinco de abril de dos mil tres.

-Resolución N° 209-2003 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de abril del dos mil tres.

-Resolución N° 275-2003 de las once horas treinta minutos del veintitrés de mayo del dos mil tres.

-Resolución N° 280-2003 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de mayo del dos mil tres.

-Resolución N° 283-2003 de las once horas del treinta de mayo del dos mil tres.

-Resolución N° 287-2003 de las diez horas cinco minutos del cuatro de junio del dos mil tres.

-Resolución N° 297-2003 de las quince horas cinco minutos del cinco de junio del dos mil tres.

-Resolución N° 307-2003 de las once horas diez minutos del once de junio del dos mil tres.

-Resolución N° 308-2003 de las once horas quince minutos del once de junio del año dos mil tres.

-Resolución N° 327-2003 de las once horas diez minutos del día veinte de junio del año dos mil tres.

-Resolución N° 362-2003 de las once horas veinte minutos del cuatro de julio del dos mil tres.

-Resolución N° 363-2003 de las once horas veinticinco minutos del cuatro de julio del dos mil tres.

-Resolución N° 482-2003 de las once horas del ocho de octubre del dos mil tres.

-Resolución N° 543 -2003 de las once horas del catorce de noviembre del dos mil tres.

-Resolución N° 557-2003 de las once horas del veintiuno de noviembre del dos mil tres.

-Resolución N° 605-2003 de las once horas treinta minutos del diecisiete de diciembre del dos mil tres.

-Resolución N° 29-2004 de las once horas cincuenta minutos del veintiocho de enero del dos mil cuatro.

-Resolución N° 474-2005 de las once horas veinte minutos del doce de octubre del dos mil cinco.

-Resolución N° 526-2005 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del once de noviembre del dos mil cinco.

-Resolución N° 579-2005 de las diez horas veinticinco minutos del treinta de noviembre del dos mil cinco.

SECCIÓN TERCERA

-Resolución N° 157-2004 de las diez horas veinticinco minutos del quince de junio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 184-2004 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de junio del dos mil cuatro.

-Resolución N° 267-2004 de las nueve horas diez minutos del once de agosto del año dos mil cuatro.

-Resolución N° 273-2004 de las diez horas quince minutos del veintiséis de agosto del dos mil cinco.

-Resolución N° 118-2005 de las diez horas treinta minutos del veintidós de abril del dos mil cinco.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y OTROS TRIBUNALES ESPAÑOLES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

-Auto N° 43-2001 del veintiséis de febrero de dos mil uno.

-Auto N° 193-2000 del veinticuatro de julio del dos mil.

-Auto N° 123-2000 del dieciséis de mayo del dos mil.

-Sentencia N° 222-2003 del quince de diciembre del dos mil tres.

