

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ESPECIAL REFERENCIA A LAS
MEDIDAS INNOVATIVAS EN EL PERIODO 2014-2018”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**ARAGÓN BARRERA, DANIEL ERNESTO
AREVALO MARROQUIN, CLARA MABEL
GUIDOS VISCARRA, DIANA VERONICA**

DOCENTE ASESOR:

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ

(PRESIDENTE)

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA

(SECRETARIO)

DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Lic. Digna Reina Contreras de Cornejo
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS

INDICE

RESUMEN.....	i
INTRODUCCIÓN.....	iii
ABREVIATURAS.....	vii
CAPITULO I.....	1
EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA CAUTELAR.....	1
1. Preliminar.....	1
1.1. Periodos históricos de la regulación de la tutela cautelar.....	3
1.1.1. Época de los orígenes en Roma.....	3
1.1.2. Época de la responsabilidad siglo XIX.....	4
1.1.3. Época del control judicial siglo XX.....	5
1.1.4. En el ámbito nacional.....	6
1.2. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el derecho sustantivo.....	8
1.2.1. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el derecho privado.....	10
1.2.2. Antecedentes de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo de Costa Rica.....	12
1.2.3. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en España.....	13
1.2.3.1. El sistema de justicia cautelar establecido en la LJCA de 1956.....	14
1.2.3.2. La progresiva recuperación de la justicia cautelar tras la Constitución de 1978.....	16
1.2.3.3. El proyecto de la “Ley Non Nato” de 1995.....	17
1.2.4. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en Argentina.....	19
1.3. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo de El Salvador.....	21
1.3.1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de El Salvador.....	24

1.4. Fundamento de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo	25
1.5. Diferencias de las medidas cautelares innovativas con otros tipos de medidas cautelares.....	26
CAPITULO II.....	29
LA TUTELA CAUTELAR COMO MANIFESTACION DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	29
2. La tutela judicial efectiva desde una concepción finalista de la Constitución de República.....	29
2.1. Fundamento constitucional de la tutela cautelar en el sistema normativosalvadorenño	32
2.2. Delimitación conceptual de las medidas cautelares en el sistema normativo salvadoreño.....	35
2.3. La Suspensión del acto administrativo como única medida cautelar reconocida por la anterior LJCA de 1979	39
2.4. Función de la tutela cautelar	40
2.5. La evolución en la aplicación de las medidas cautelares por la Sala de lo contencioso administrativo.....	41
CAPITULO III.....	45
FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO.....	45
3. Delimitación conceptual	45
3.1. Naturaleza de la tutela cautelar	46
3.1.1. Elementos que conforman la definición de la tutela cautelar .	48
3.2. Características.....	49
3.3. Clasificación de la tutela cautelar	53
3.4. Finalidad de la tutela cautelar.....	61
3.5. Presupuestos procesales de la tutela cautelar	64
3.5.1. Apariencia de buen derecho o fomis boni iuris	65
3.5.2. Peligro en la demora o periculum in mora.....	66
3.6. La tutela cautelar como garantía de la tutela judicial efectiva.....	68
3.6.1. Fundamento de la aplicación de la medida cautelar	72

3.6.2. La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo ..	73
3.6.2.1. Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa	77
CAPITULO IV.....	81
APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	81
4. La medida innovativa como nueva concepción de las medidas cautelares	81
4.1. Finalidad de la medida cautelar innovativa.....	82
4.1.1. Delimitación conceptual de medida cautelar innovativa.....	83
4.1.2. Denominaciones de la medida cautelar innovativa	84
4.1.3. Características de la medida cautelar innovativa.....	86
4.1.3.1. Efecto retroactivo.....	87
4.1.3.2. Modificación de hecho o de Derecho de una situación preexiste o no al momento de su dictado	89
4.1.3.3. Puede presentarse como tutela anticipada.....	90
4.1.4. Diferencia entre la suspensión del acto reclamado y la medida cautelar innovativa	91
4.1.5. Presupuestos procesales de la medida cautelar innovativa...	92
4.1.5.1. Apariencia de derecho invocado (“fomus boni iuris”).....	92
4.1.5.2. Peligro en la demora (“periculum in mora”).....	93
4.1.5.3. Contracautela	93
4.1.5.4. Irreparabilidad del perjuicio.....	94
4.1.5.5. Excepcionalidad de la medida	95
4.2. Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo contencioso administrativo para la aplicación de las medidas cautelares innovativas.....	95
4.3. Análisis de la eficacia de las medidas cautelares innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el periodo de 2014-2018	101
4.3.1. Caso contra el Concejo Municipal de Santo Domingo de Guzmán, Departamento de Sonsonate.....	101

4.3.2. Caso contra el Concejo Municipal de Turín del Departamento de Ahuachapán	106
4.3.3. Caso contra el Concejo Municipal de Mejicanos, del Departamento de San Salvador	112
4.3.4. Caso contra el Concejo Municipal de Santa Tecla, del Departamento de La Libertad	115
4.3.5. Caso contra el Concejo Municipal de la Alcaldía de San Salvador, del Departamento de San Salvador	118
4.3.6. Caso contra el Concejo Municipal del municipio de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango	122
4.3.7. Caso contra la Alcaldía municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate.....	126
4.3.8. Caso contra Uno El Salvador, Sociedad Anónima.....	130
4.3.9. Caso contra el Ministro de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano.....	137
CAPITULO V.....	141
ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS INNOVATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO	141
5. Estudio de las medidas cautelares innovativas en Costa Rica	142
5.1. Preliminar	142
5.1.1. Fundamento jurídico	144
5.1.2. Presupuestos	147
5.1.2.1. Periculum in mora.....	147
5.1.2.2. Fomus boni iuris	148
5.1.3. Aspectos procesales de las medidas cautelares	149
5.2. Estudio de las medidas cautelares innovativas en Argentina	157
5.2.1. Procedencia de las medidas cautelares según el nuevo Código	161
5.2.1.1. Algunas características de las medidas cautelares en Argentina	161
5.2.2. Requisitos para la medida cautelar	162
5.3. Estudio de las medidas cautelares innovativas en España	163

5.4. Cuadro comparativo de las medidas cautelares innovativas	169
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	180
Conclusiones	180
Recomendaciones	183
BIBLIOGRAFIA.....	185

RESUMEN

El presente trabajo de grado se ha desarrollado bajo el tema “Eficacia de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en especial referencia a las medidas innovativas en el periodo 2014-2018”, está enfocado en desarrollar un estudio de las medidas innovativas aplicadas al proceso contencioso administrativo.

El contenido de esta investigación se encuentra estructurada en seis capítulos en los cuales se desarrollan los contenidos necesarios para una mejor comprensión del tema abordado las teorías que explican el fenómeno así también se desarrolla la evolución de la tutela cautelar, sus antecedentes históricos, en el derecho privado, derecho sustantivo, en el derecho español y por supuesto en el ámbito nacional; en relación al proceso contenciosos administrativo.

En el trabajo se presenta los fundamentos teóricos de la tutela cautelar, definición naturaleza, elementos, características, clasificación, finalidad y presupuestos procesales. Así como también abordamos la tutela cautelar como garantía de la tutela judicial efectiva ya que es lo que se pretende garantizar al usuario.

La función de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo consistente en evitar posibles daños y perjuicios irreparables derivados de una lenta administración de justicia durante la sustanciación del proceso, asimismo evitar que los efectos de la ejecución del acto reclamado en el prolongado proceso, puedan convertirse en realidad afectando la esfera jurídica del administrado.

Se realizó un análisis de las medidas innovativas decretadas por la Sala de lo contencioso administrativo en el período de 2014 a 2018, en las que se analizan algunas sentencias y autos interlocutorios donde la Sala ha evolucionado y ha decretado medidas de carácter innovativo. Que con la nueva ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; ya da pase para aplicar cualquier medida que sea necesaria sin embargo la Sala antes de esta entrada en vigencia de la ley ya lo aplicaba.

Se realizó un estudio de las medidas cautelares en el derecho comparado en los países como Costa Rica, Argentina y España, en lo que se observa las diferencias o similitudes entre esos países y El Salvador.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación, Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en especial referencia a las medidas innovativas, se hace necesario investigar ampliamente su aplicación en los diversos casos vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Tiene como finalidad optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, el objetivo principal de la investigación es presentar un estudio de carácter socio-jurídico, referente a la eficacia de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativos en especial referencia a las medidas innovativas en el periodo 2014-2018.

Es necesario el análisis de los antecedentes que conllevan la aplicación de las medidas cautelares, con especial referencia las innovativas, dentro del marco jurisprudencial, doctrinario y jurídico en el país a lo largo del tiempo, con el propósito de observar y analizar cómo ha venido aplicándose este tipo de medida cautelar con los diferentes cambios sociales, económicos y culturales que conllevan a cambiar, modificar o reinterpretar el precedente jurisprudencial según los cambios suscitados en el grupo social dándole una distinta aplicación e interpretación a las medidas cautelares innovativas, y así ayudar a comprender sus fundamentos jurídicos y doctrinarios de aplicación.

También se hace referencia a las características de las medidas cautelares para poder identificar y diferenciar los distintos tipos de medidas cautelares reconocidas en distintos cuerpos normativos del país, tal sea el caso para las medidas cautelares innovativas.

Se realiza una investigación de carácter doctrinal, jurisprudencial y método comparado que será desarrollado por técnicas documentales, puesto que se realizará un estudio por medio de las diferentes teorías y presupuestos que los autores proponen sobre las medidas cautelares, para poder explicar si la naturaleza de esta, está dentro de la ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa puede considerarse como innovativa o nominativa.

Los objetivos que se plantean en el presente trabajo, de manera general identificar las consecuencias que trae para el administrado la ausencia de regulación de las medidas cautelares innovativas en el ordenamiento jurídico salvadoreño; a pesar de estar reconocidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo; en cuanto a los objetivos específicos es de analizar la eficacia, con la que se decretan medidas cautelares innovativas por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, exponer el avance que ha tenido la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en la aplicación de medidas cautelares innovativas y considerar las circunstancias de los casos en específicos para así determinar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger los derechos del administrado.

El contenido del presente trabajo de investigación, es el siguiente: En el capítulo uno, se desarrolla la “Evolución Histórica de la Tutela Cautelar”, se estudian los periodos de regulación de la tutela cautelar en general, así como los antecedentes históricos de las medidas cautelares del derecho sustantivo, derecho privado y antecedentes de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativos de los países Costa Rica, Argentina y España; con énfasis a los antecedentes históricos de las medidas cautelares en proceso contencioso administrativo salvadoreño y su fundamentación.

En el capítulo dos, se desarrolla la “Tutela Cautelar como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva”, observando la tutela judicial desde una concepción finalista de la Constitución de la Republica, el fundamento constitucional de la tutela cautelar en el sistema normativo salvadoreño, así como su delimitación conceptual y su función dentro del ordenamiento jurídico y los efectos que esta produce en la esfera jurídica del administrado; se analizará la única medida cautelar reconocida en la antigua ley de la jurisdicción contenciosa administrativa y su evolución en la aplicación de las medidas cautelares.

En el capítulo tres, se aborda los fundamentos jurídicos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo salvadoreño, en el que se encuentran su delimitación conceptual, naturaleza, características, clasificación, finalidad y los presupuestos procesales de la tutela cautelar, se estudia la tutela cautelar como garantía de la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y lo que establece de ella la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En el capítulo cuatro, se estudia la aplicabilidad y eficacia de las medidas cautelares innovativas en el proceso contencioso administrativo, en el que se plasma la medida innovativa como nueva concepción de las medidas cautelares, la finalidad, delimitación conceptual, sus denominaciones, sus características, sus presupuestos procesales, con mayor énfasis se analizan los criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo para la aplicación de medidas cautelares innovativas, así como también el análisis de la eficacia de las medidas innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los periodos de 2014-2018.

En el capítulo cinco, se analiza las medidas cautelares innovativas en el derecho comparado, estudiando las medidas cautelares en los países Costa Rica, Argentina y España, se realiza un cuadro comparativo de las medidas cautelares regulados en sus cuerpos normativos según cada país estudiado y de esa forma se observa los avances o retrasos en las medidas cautelares con mayor énfasis en las de carácter innovativo.

Como último apartado se realizan las conclusiones acerca del trabajo de investigación de todo lo expuesto y analizado, así como también las recomendaciones realizadas a las entidades correspondientes para así lograr una mejoría en la administración de justicia por parte de la nueva jurisdicción contenciosa administrativa.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.:	Artículo
Cn.:	Constitución
CPCM.:	Código Procesal Civil y Mercantil
CPrPn.:	Código Procesal Penal
Inc.:	Inciso
DLJCA.:	Derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
NLJCA:	Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LPA.:	Ley de Procedimientos Administrativos
SCA.:	Sala de lo Contencioso Administrativo

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA CAUTELAR

En el presente capítulo, se pretende desarrollar la evolución histórica de la tutela cautelar, para que el lector pueda comprender los cambios de carácter jurídico que ha presentado la tutela cautelar y los efectos jurídicos que esta ha generado a lo largo de la historia nacional e internacional, estudiando los periodos de regulación de la tutela cautelar en general, así como los antecedentes históricos de las medidas cautelares del derecho sustantivo, derecho privado y antecedentes de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativos de los países Costa Rica, Argentina y España; con énfasis a los antecedentes históricos de las medidas cautelares en proceso contencioso administrativo salvadoreño y su fundamentación.

1. Preliminar

El termino cautelar proviene del latín “*cautela*” es un verbo transitivo, que significa prevenir, precaver. Y del “*catus cauto*”, “precaución y reserva con que se procede. Cautelar, adjetivo derivado de preventivo, precautorio.

Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo¹. A su vez el término “precaver, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y

¹ Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed., Real Académia Española, (Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992), 444

evitarlo”. Y también proviene del latín “*Medida*” (de medir) “Acción y efecto de medir”.²

Del análisis de las definiciones de los diccionarios, las Medidas Cautelares podrán entenderse como “adoptar las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”.

La palabra “Medida” en la acepción que interesa el presente estudio significa: prevención, disposición, la palabra prevención también atiende al conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo, en el ámbito jurídico son entendidas como disposiciones que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Se observa a continuación diferentes pensamientos de autores dadas por la doctrina del derecho cautelar: Según Eduardo Gutiérrez de Cabiedez establece que para conceptuar una medida cautelar como tal, debe contener según su experiencia y conocimiento, el carácter conservativo de la medida, la medida cautelar debe estar pre ordenada en la ley; de estos elementos dados por el procesalista español, al entender común y para la definición de este concepto.³

Según Piero Calamandrei⁴ dice que las medidas cautelares constituyen la anticipación provisoria de ciertos efectos de la decisión decisiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la

² Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 16ª ed. (Buenos Aires, ed. Heliasta), 368.

³ Eduardo Gutiérrez de Cabiedez, *Estudios de Derecho Procesal*. eds. (Universidad de Navarra. España 1974), 388-392.

⁴ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de la Providencias Cautelares*, trad. de Santiago Sentis Melendo, (Buenos Aires, Bibliografía Argentina 1945), 44

misma. Esto viene a significar que las medidas cautelares vienen hacer las que puede adoptar el juez para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso actual o futuro.

1.1. Periodos históricos de la regulación de la tutela cautelar

La institución de la tutela cautelar ha sido conocida desde la antigüedad, su regulación y configuración doctrinaria ha seguido evolucionado y consolidándose a lo largo de los siglos en función de las necesidades prácticas, los conflictos con relevancia jurídica y los requerimientos económico-sociales. En su recorrido histórico, pueden distinguirse tres grandes momentos: Época de los orígenes en Roma, época de la responsabilidad y la época del control judicial.

1.1.1. Época de los orígenes en Roma

Como en muchas áreas del derecho, las medidas cautelares han estado vinculadas en el pasado a instituciones de orden sustantivo, es importante el estudio de esta figura que representa parte de las raíces en el Derecho Romano. Para muchos doctrinarios la figura del *interdictum*⁵ es uno de los antecedentes más remotos de las medidas cautelares, este podía ser dictado en tres sentidos como interdicto exhibitorio o prohibitorio, dependiendo si el mandato del pretor ordenaba la exhibición, la restitución o la prohibición de cierta cosa, y se otorgaba con base a una solicitud, con la finalidad de que una de las partes, en un futuro litigio, guardara el bien

⁵ Sciajola Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, (Argentina: EJE, 1954), citado en Antonio, Pérez, *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 25, 315-316.

litigioso hasta la sentencia en los cuales el magistrado popular disponía la prohibición de innovar sobre una situación controvertida.

Estudiosos del Derecho Romano han constatado la existencia de otras instituciones que jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se le conoce hoy en día. En criterio de Rangel Romberg *la cautio, la operis novinuntiatio, la missio in possessionem, restitutio ad integrum, el nexum* y la *pignoris capio* constituyeron diversos medios de asegurar los derechos, que se llevaban a efecto a través de estipulaciones pretorias y ha dado origen a las medidas preventivas del derecho moderno, estipuladas en los diversos sistemas positivos. Esta etapa corresponde al proceso romano y al Derecho medieval en los que la tutela cautelar era una institución circunstancial y accesoria en el litigio y tenía una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas: representa la infancia de la tutela cautelar.

El profesor Ramos Romeu llama a este momento, época de marginalidad se trata de un momento de desarrollo incipiente y limitado a determinadas instituciones jurídicas, con un tratamiento marcadamente sustantivo.⁶

1.1.2. Época de la responsabilidad siglo XIX

Se ingresa a esta época en el siglo XIX cuando la sanción de nulidad sobre la transmisión de los bienes litigiosos es derogada por no responder a las necesidades de la incipiente económica de mercado. En este momento de evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito

⁶ Francisco Ramos Romeu, *Las medidas cautelares civiles*, (Barcelona: Atelier, 2006), 54-63

de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal. La construcción de las bases de la teoría cautelar es obra y mérito de la doctrina italiana, en este estadio se desarrollan importantes estudios sobre las figuras cautelares, por los procesalistas civiles, como Mortara y Mattiolo, posteriormente, hasta su desarrollo en la mejor época de la doctrina procesal, con estudios como los de Chiovenda, Calamandrei y Carnelutti. La tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática; las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecientan en especie y se permite su aplicación en un mayor número de casos.

1.1.3. Época del control judicial siglo XX

En el siglo XX se produjo una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar; este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad, de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir, por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar. La ley generaliza las circunstancias que hacen deseable la tutelar y lo deja a la decisión del juez a la vez que incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse y unifica el procedimiento para su adopción, todo esto se produce en el contexto de una economía de mercado que se consolida y requiere de los Órganos Jurisdiccionales cada vez respuestas más rápidas y efectivas, lo que lleva a la doctrina a centrar su atención en la institución. Acertadamente señalaba Ramos Romeu, hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y en control judicial de los presupuestos de la cautela.

1.1.4. En el ámbito nacional

En la evolución de la jurisdicción de lo Contencioso – Administrativa, es el caso de la tutela cautelar, se aplica la suspensión provisional de la ejecución del acto administrativo como única medida cautelar.

La ley de la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativa establece dos requisitos para la adopción de medidas cautelares, según el artículo 17 de este cuerpo legal cabe decretar medidas cautelares cuando el acto pueda producir perjuicio irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, esto es, la causa que técnicamente conocemos como *periculum in mora*: pero la ley establece una restricción en el artículo dieciocho, que no se concederá la medida cautelar cuando esta ocasionare perjuicio a bienes de interés social u ocasionare un peligro o trastorno grave al orden público.

Los aspectos a que hace referencia son el perjuicio irreparable o de difícil reparación, y que la medida cautelar no derive perjuicio sobre el interés social y no ocasione directa o potencialmente un peligro al orden público.⁷

Como puede observarse, los presupuestos para la adopción de medidas cautelares se establecen mediante conceptos jurídicos indeterminados, que impiden una relación previa de presupuestos incluidos en el ámbito de aplicación y exigen un análisis singularizado de cada asunto. Hay que estarse al caso concreto, debido a lo general de los conceptos jurídicos indeterminados, para poder determinar si procede o no la adopción de la medida cautelar mediante un juicio Ad – Hoc.

⁷José Rodríguez Pontón, “*Pluralidad de intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso Administrativo*”, Cede Cn, (Barcelona, España, 1999), 102

De cualquier modo, en la práctica debería admitirse la suspensión en los casos siguientes, que con carácter general son susceptibles de producir perjuicios de reparación imposible, y a priori no deberían perjudicar sobre el interés social ni ocasionan trastornos del orden público.⁸

- A. Materia urbanística
- B. Suspensión o retirada de autorizaciones
- C. Denegación o anulación del permiso de residencia de extranjeros
- D. Multas de privación de libertad.

En cambio, no parece posible admitir la medida cautelar cuando se trate pura y simplemente de embargo de deudas líquidas, salvo que se demuestre un grave deterioro económico del sujeto pasivo que puedan determinar la imposibilidad de mantenerse en niveles mínimos de supervivencia. En tales casos puede articularse la cautela de suspensión automática mediante caución del demandante.

La denominada apariencia del buen derecho o “Fomus Boni Iuris” que vienen a sumarse al periculum in mora como motivo independiente de establecimiento de la medida cautelar, consiste en razonar sobre algunos asuntos en los que la simple vista de la demanda, sin gran esfuerzo intelectual, puede decidirse que el demandante tiene cierta razón o hay un alto grado de verosimilitud en su pretensión, circunstancias que acreditarían el fomus boni iuris y el periculum in mora. Ejemplo de ello sería una multa impuesta de plano, sin tramitación alguna del expediente sancionador, acto que es nulo de pleno derecho.

⁸Eduardo Gamero Casado, “*Derecho Administrativo Monografías*”, La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, CNJ, (El Salvador, 2001), 99 - 103.

Existen tres momentos diferentes en los que puede procederse a la adopción de medidas cautelares, según Eduardo Gamero Casado, 1) con ocasión de auto de admisión de la demanda, 2) en un momento posterior a ese trámite, e incluso, 3) antes de la interposición de la demanda. Es de mencionar que la ley solo entiende que puede proceder a la petición y adopción de la medida en razón de los dos primeros.

1.2. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el derecho sustantivo

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas, que fueron los primeros antecedentes de las medidas cautelares que conllevo a través del tiempo a la concepción de medida cautelar que conocemos hoy en día, no obstante, no ser consideradas como medida cautelar, estas cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La "*Pignoris Capio*", era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la *legis actiones*, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su *imperium*⁹ para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las *legis actiones* fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.¹⁰

En lo que se refiere a la anotación preventiva en la demanda se refiere, sus orígenes en el Derecho Romano como la intervención judicial, juntamente con el depósito judicial¹¹ en la que debía de concurrir ciertos elementos o sucesos para decretarlas y que esencialmente, se encontraba regulada en la Ley Primaria, Título IX, Partida II, para ciertos supuestos de forma taxativa:

- A. Cuando se sospeche del demandado, de que la cosa la altere, la empeore o maltrate;

⁹Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. ed. Heliasta. 26ª ed. actualizado. (Argentina, Buenos Aires, 1999). En la antigua Roma, el *imperium* consistía en el derecho otorgado por el pueblo a los magistrados superiores, para ejercer los supremos poderes judicial, ejecutivo y militar, 97.

¹⁰Einstein Alejandro Morales Galito, *Medidas Cautelares*, en Caracas, Venezuela, <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

¹¹ La finalidad principal de la anotación de la demanda es la búsqueda de la eficacia de lo resuelto en el proceso principal, la anotación de demanda hace posible el acceso al Registro del fallo final que la misma de lugar, al margen de ulteriores inscripciones que pudieran haberse producido. En El Salvador la anotación preventiva de la demanda se encuentra en la categoría de medidas cautelares y está regulada en el código civil en los artículos del 719 al 730.

B. Cuando el poseedor de un bien litigioso apeló la sentencia dada contra él y se teme que empeore la cosa o disipe los frutos¹².

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la *litis* con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

1.2.1. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el derecho privado

Como las garantías conocidas en el derecho privado se ubican tanto en el derecho sustantivo como en el derecho procesal es importante el estudio de esta figura que representa parte de las raíces de la institución que se estudia; se trata de la caución que proviene de “*cautio cuatium*”, de guardarse, precaverse, es decir, garantizarse ante la posibilidad de un hecho futuro que afecte el ejercicio de un derecho, la cual tiene su raíz en el Derecho Romano.¹³

Como en muchas áreas del derecho, las medidas cautelares han estado vinculadas en el pasado a instituciones de orden sustantivo, de ahí

¹² Luís Amparo Abarca, y otros, *Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia*, (trabajo de grado Universidad de El Salvador, 2000), 4.

¹³ Edwin Ernesto Ayala Urrutia, *Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia*, (trabajo de grado, Universidad de El Salvador, 1999), 1 y ss.

que se hable de cauciones en el caso de los contratos y cauciones de tipo procesal.

El contenido teleológico de ambas instituciones es el de garantizar los derechos de los sujetos que se involucran en el contrato o proceso, por medio de una modalidad accesoria que se constituye en el soporte del derecho principal. Esto no es más que un ejemplo de la clara tendencia que ha tenido el desarrollo del derecho, pues muchas instituciones han surgido en la parte sustantiva y luego se apropiaron de lo procesal, de ahí que se les ha clasificado en cauciones contractuales y cauciones procesales.

Una antigua institución es la "*rato et grato*", o sea la fianza que ha de dar el procurador de que su futuro mandante habrá de tener por valedero lo hecho. Esta es una institución de Derecho Romano, "*Petit*" se refiere a ella planteando que la *rato* o "*ratamrem dominium habiturum*" es exigida al procurador o al defensor que figura en el pleito por cuenta de otro. Ese tipo de caución pasó al Código de las Siete Partidas.

Otra caución ha sido la Juratoria, que es una especie dentro del género de garantías exigidas fundamentalmente para obtener la libertad, pero como más adelante veremos su aplicación ha trascendido el campo del derecho penal, siendo el acto por medio del cual un procesado promete ante el juez de la causa, en forma de juramento legal, de que cumplirá con las sujeciones procesales que impone con motivo de una excarcelación provisional.

En el derecho procesal español se conocen la "*cautio in judicis*", que tiende a asegurar que la persona citada comparezca ante tribunal, quedando eventualmente bajo custodia; la caución juratoria que debe dar

quien tiene auxilioria la pobreza, comprometiéndose a restituir la mejor fortuna; las cauciones requeridas provisoria de la sentencia; para la suspensión de la subasta." Como claramente se ve el origen y tendencia de las garantías procesales se ha ubicado en el orden de los derechos patrimoniales.

El Derecho Privado ha recogido en esta materia algunas instituciones que verdaderamente pertenecen al derecho civil y modernamente también al derecho mercantil, tal es el caso del embargo, el secuestro preventivo o la anotación preventiva de la demanda. En un sentido específico no se ha regulado una rama especializada del derecho cautelar, siempre ha sido en el proceso ejecutivo por excelencia en el cual se ha hecho uso de las medidas cautelares, y en materia mercantil por ejemplo en los casos de competencia desleal, de uso indebido de marcas o distintivos; la administración judicial por medio de interventora, etc., por eso instituciones que revisten carácter cautelar han sido utilizadas mayormente para tutelar derechos eminentemente patrimoniales.

1.2.2. Antecedentes de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo de Costa Rica

En la Constitución Política de 1949 se otorgó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para resolver las acciones de inconstitucionalidad, así como la resolución de los Habeas Corpus, y se creó el reconocimiento de Amparo sin atribuirle su conocimiento a ningún órgano específico. En 1950 se dictó la Ley de Amparo¹⁴, la cual confirió a los Tribunales penales la competencia para resolverlos en Primera Instancia y a las antiguas Leyes

¹⁴La primer Ley de Amparo fue decretada el 21 de Agosto de 1886, en el cumplimiento de los artículos 37 y 149 incisos primero de la Constitución de ese año.

penales, su resolución en alzada, posteriormente por una reforma a la Ley de Tribunales dicha atribución paso a la Sala de Casación.

En mayo de 1989 se reformaron los artículos 10 y 48 de la Constitución con el fin de crear un órgano especializado en materia de Jurisdicción Constitucional de esa forma se creó la Sala de lo Constitucional conocida popularmente en Costa Rica como la Sala Cuarta el 18 de octubre de 1989 se promulgo la Ley número 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional, que es el texto vigente y que otorga a la Sala de lo Constitucional competencia en el Habeas Corpus, en el Recurso de Amparo y desarrolla a estos dos recursos de manera amplia y precisa.

Esta Ley en su artículo 41, menciona “*la suspensión opera de pleno derecho y se debe notificar sin demora al órgano o servidor contra quien se dirija el amparo, por la vía más expedita posible.*” La interposición del Recurso de Amparo no suspende los efectos de las Leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero si la aplicación de las mismas al recurrente, así como de los actos concretos impugnados.

1.2.3. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en España

En el derecho español a medida que han ido evolucionando las nuevas concepciones del derecho procesal administrativo y con el fin de proteger la esfera jurídica del administrado ante posibles vulneraciones de los derechos, la tutela cautelar ha sufrido ciertos cambios progresistas en busca de la denominada tutela judicial efectiva, evolucionando desde una concepción simplista hasta una concepción garantistas, desarrollándose desde los siguientes extremos:

1.2.3.1. El sistema de justicia cautelar establecido en la LJCA de 1956

Las medidas cautelares establecidas por la legislación procedimental de 1958 (art.116) y por la ley jurisdiccional de 1956 (arts. 122, 125) partían de dos supuestos: de un lado, que la actividad de control de la administración había de reducirse exclusivamente a la suspensión que se posibilitara era, en cierto modo, algo excepcional una mera posibilidad que solo debería ser acordado cuando se acreditase fehacientemente que la ejecución del acto podría ocasionar perjuicios de imposible o de difícil reparación. Las rigideces de esa concepción partían en esencia, como se ha dicho, de su no consideración de medida cautelar en autentico sentido del término, sino más bien, de una mera excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos; y exigían como reiteradamente la doctrina ponía de manifiesto en el concreto ordenamiento, una necesaria actualización.¹⁵

Básicamente las características del modelo que ha sido modificado se centran en las siguientes:

- A. El modelo está presidido por la búsqueda del necesario equilibrio entre el principio de efectividad de la tutela judicial y los principios de auto tutela administrativa (y derivado del mismo la ejecutividad de los actos administrativos) y el de eficacia y legitimidad de la acción de la Administración del que se derivaba que, con carácter general, sólo se considerase una excepción, la suspensión acordada judicialmente en

¹⁵ Así lo exponía Eduardo García de Enterría, "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas", Red. nº 60/1988 en que el autor alaba los reflejos del sistema francés para acoger los cambios y criticaba la inadaptación del sistema español en esos momentos por no acoger las transformaciones deducidas del artículo 24 del texto constitucional.

los supuestos de imposible o de difícil reparación de los daños causados por la ejecución inmediata (*periculum in mora*) del acto.

- B. La interposición del recurso contencioso-administrativo no implicaba de forma automática la suspensión del acto, aunque ciertamente si podía solicitarse en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia, como una forma de tutelar efectivamente los derechos del administrado.
- C. La decisión del órgano judicial era adoptada obviando los contenidos sustantivos de la acción ejercitada y del fondo del asunto que no eran tenidos en cuenta para resolver la pieza separada de suspensión establecida. A diferencia de lo que ocurría en el proceso judicial, en la vía del recurso administrativo, dichos motivos si podían ser apreciados, pero restringidos a aquellos supuestos incardinados en la nulidad de pleno derecho.
- D. La decisión judicial a adoptar debía tener en cuenta un equilibrio entre, de un lado, el interés público y el de terceros, y, de otro, el alegado por el recurrente, evitando afectar en lo más mínimo las esferas jurídicas de los administrados. Frecuentemente resultaba el alegato jurisprudencial consistente en denegar la suspensión cuando dichos perjuicios eran de carácter económico, ya que se presumía la solvencia de la administración para enfrentarlos.
- E. Asimismo, la decisión a adoptar era provisional con una absoluta dependencia del proceso principal y susceptible de modificación en la medida en que nuevos datos y circunstancias aconsejasen al tribunal dicha decisión.

1.2.3.2. La progresiva recuperación de la justicia cautelar tras la Constitución de 1978

La progresiva mutación en la consideración de las medidas cautelares era evidente y se manifestaba tanto en la legislación, como en la propia jurisprudencia posterior a la Constitución que, aunque lentamente, superaba, tras la entrada en vigor de ésta, el que se puede calificar como “pobre criterio” consistente en que la suspensión era denegada cuando los daños y perjuicios podían ser compensados económicamente. Se distinguen los siguientes criterios utilizados por la jurisprudencia del tribunal supremo en torno a la suspensión del acto administrativo en sede jurisdiccional:

- A. Criterios Materiales: con carácter general era concebida en órdenes de demolición, suspensión del ejercicio profesional, cierres de establecimientos al público, expulsión de extranjeros, destajos de viviendas y denegación de prórroga de incorporación al servicio militar. La suspensión, sin embargo, no era concedida en determinadas materias urbanísticas (como la aprobación de planos) o la expropiación forzosa, donde el criterio del interés público prevalecía sobre el acuerdo de ésta. Aún existía otro grupo de supuestos en que el pronunciamiento era indistinto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, como eran los supuestos de licencias de auto-taxi, liquidaciones tributarias y sanciones de carácter pecuniario.

- B. Criterios formales: en los que se señalan los siguientes lineamientos de la jurisprudencia: durante la tramitación de un incidente de suspensión; cuando la colisión se produce entre dos intereses privados o dos públicos en que la solución, con carácter general, será la no suspensión; en el supuesto de que esté suspendida la norma

que habilita la emisión del acto procede la suspensión; y por último, el supuesto de personación tardía de la administración, una vez dictado el auto de suspensión, no tiene relevancia aunque ésta no haya realizado alegación alguna.

- C. Criterios atendiendo al fondo del proceso: en este sentido, aun cuando en ciertas resoluciones judiciales se negaba la aplicabilidad de los criterios que establecía el artículo 116 LPA (Ley de Procedimientos Administrativos), en base a ello constituiría un juicio anticipado sobre el fondo, la mayoría de las resoluciones judiciales afirmaron que la eventual concurrencia de motivos, ostensibles y evidentes de nulidad radical en la resolución recurrida, justificaban la adopción de la medida, en tanto que una notoria incompetencia del órgano autor de la resolución recurrida, la inobservancia total del procedimiento o la existencia de indicios racionales de delito dificultarían la reparación de los perjuicios causados. En esta etapa se configura ya así la famosa doctrina de la apariencia del buen Derecho concepto característico del proceso cautelar civil definido por el tribunal Constitucional Español.

Asimismo, la jurisprudencia sobre este punto irá abriendo nuevas posibilidades para la adopción de medidas cautelares ya fueran estas provisionalísimas o positivas que sería una novedosa introducción en el ordenamiento jurídico dado en España.

1.2.3.3. El proyecto de la “Ley Non Nato” de 1995

Fue el producto de la necesidad de renovar la jurisdicción contenciosa administrativa española, tarea que ya la doctrina había dedicado notables esfuerzos, en 1995 se observaba la luz de un proyecto de Ley de la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que, con la disolución de las Cortes Generales acontecida a lo largo de 1996, no llegaría a convertirse finalmente en el marco legal de justicia administrativa española.

El proyecto, que al menos parcialmente, es tributaria la actual regulación, acometía dicha materia referida a las medidas cautelares como una disposición común, cualquiera que fuera la naturaleza de la medida a adoptar.

El objetivo, como declaraba su propia exposición de motivos, era configurar, en toda la extensión del término, la justicia cautelar como una parte del derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente con ello, partir de la consideración de que la adopción de medidas provisionales no debía contemplarse como una excepción, sino como una facultad a adoptar por el órgano judicial, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la adopción de éstas pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o de difícil reparación y, en el caso de inactividad, vía de hecho o urgencia, también se podía prever la adopción de dichas medidas, las indispensables y adecuadas para preservar la integridad de bienes y derechos, a fin de asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, pusiera fin al recurso.

La regulación de las mismas venía apuntada en los artículos 128 a 132, y como se ha dicho, las mismas constituían una disposición común a los procedimientos ordinarios y especiales que recibirán, por su parte, la oportuna normativización, y ya en el mismo se apuntaban las cuestiones que luego recibirían su definitiva redacción en la actual LJCA de 1998. Sus aspectos más sobresalientes se centran en los siguientes aspectos:

- A. Variedad de las medidas cautelares a adoptar, lo que habilitaba a solicitar, junto a la suspensión del acto o la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados en el caso de una disposición general, en aquellos supuestos de urgencia, inactividad o vía de hecho en que resultase afectada la integridad de bienes o derechos controvertidos, que el órgano judicial adoptase las medidas provisionales indispensables y adecuadas que se solicitasen a instancia de parte, para preservar aquellos y asegurar la efectividad de la sentencia que en su caso recayera en el proceso.

- B. Los presupuestos para la adopción de dicha decisión se basaban en que la ejecución del acto o la aplicación hiciesen perder su finalidad legítima al recurso o causar a los recurrentes perjuicios de imposible o difícil reparación.

- C. Como presupuesto de la admisibilidad de las mismas se establecía la necesaria ponderación de todos los intereses en conflicto y, también de forma motivada o circunstanciada, podía procederse a su denegación en el caso de que el acuerdo de la misma pudiera comportar perjuicio grave de los intereses generales o de tercero.

1.2.4. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en Argentina

Dado el sistema de fuentes de Derecho en la República Argentina se pueden evidenciar dos direcciones tanto en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación sobre la aplicabilidad de la tutela cautelar. Efectivamente las Provincias argentinas que han seguido el modelo de justicia del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las provincias que han tomado

distintos orientadores, han seguido su propio laboreo en las tres del sistema de fuentes del Derecho.

De ahí una de estas corrientes niega la posibilidad de otorgar autonomía científica a una de las instituciones que ha servido para instaurar en ese sistema la medida innovativa la corriente pregona la autonomía de tutela cautelar, para convertirla en un “*tertius genus*”.

Uno de los teóricos que se inscribe en esta postura es el administrativista Ramiro Simón Padros quien no obstante admitir que la doctrina dominante en el sistema argentino se inscribe la instrumentalidad de las medidas cautelares, niega en toda la exposición de la obra base de su pensamiento, la autonomía de la medida innovativa de la tutela cautelar; no obstante la descripción que hace la obra citada,¹⁶ efectivamente el prestigioso administrativista niega la posibilidad en el Derecho Argentino de tutela satisfactiva autónoma, y en la versión Argentina de esta, la medida autosatisfactiva para remediar las conductas de hecho de la administración.¹⁷

Es necesario exponer que en el derecho argentino existe discusión teórica de la aplicabilidad de la prohibición de innovar con efectos retroactivos del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial a todas las situaciones que regulan los códigos procesales provinciales regulan como causa de procedencia de la medida innovativa.

Esta discusión teórica basada en el derecho procesal “privado” argentino y la postura de Prados es transportar esta polémica al campo

¹⁶ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Lexis Neris, (Buenos Aires, Argentina, 2004), 202

¹⁷ *Ibidem*, 203

teórico de Derecho Procesal Administrativo argentino lo cual no parece una propuesta de todo acertada.

Esto se dice que existe porque en el Derecho Argentino una ley procesal de carácter nacional o federal que abarque los supuestos de la pretendida omnicompreensiva tutela cautelar, cuestión que es distinta en el proceso civil y comercial.

El código procesal federal deja abierta la discusión del efecto retroactivo anómalo de la prohibición de innovar; pero en ningún caso, puede pretenderse la aplicabilidad de este al proceso administrativo y mucho menos la identidad de esta con la suspensión del acto que regula las distintas leyes provinciales administrativas; lo que lleva al autor citado a predicar la aplicabilidad de la ley Nacional de Procedimientos administrativos, al proceso argentino.

Pero el autor olvida que la suspensión del acto no tiene efectos retroactivos y la prohibición de innovar si los tiene. Entonces si la prohibición de innovar y la suspensión de los efectos del acto.

1.3. Antecedentes históricos de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo de El Salvador

En El Salvador, las medidas cautelares dentro de la jurisdicción contencioso administrativa consiguió relevancia relativamente tarde, aunque es la Constitución del Estado de El Salvador de 1824 en su Art. 51 la que da vida al Estado Salvadoreño, ésta mencionaba la creación de ciertos tribunales administrativos, pero no se les dio aplicación a tales disposiciones. Es hasta la Constitución de 1939, que se promulgó en la dictadura militar del

General Maximiliano Hernández Martínez, que estableció en el Art. 77 numeral 17, como atribución de la asamblea nacional, erigir jurisdicciones y establecer funcionarios que, a nombre de la república conozcan, juzguen y sentencien en toda clase de asuntos administrativos.¹⁸

Después se promulgaron las siguientes Constituciones en las cuales se hacía alusión a la competencia que debía tener el poder judicial en asuntos administrativos. Es así que la Constitución de 1950 establecía la posibilidad de la creación de un tribunal de esa naturaleza. Y dado el contexto en el cual se estaba viviendo existía la urgente necesidad de tener un tribunal contencioso administrativo, ya que las actividades de la administración cada día estaban expuestas a arbitrariedades en razón de los regímenes dictatoriales militares de la época, encontrándonos con frecuentes quebrantamientos a la ley, y la imposibilidad de concebir un verdadero Estado de Derecho.

Se crean propuestas de iniciativas de ley, siendo así que en el mes de agosto de 1978, por iniciativa del Presidente de la República, y la Corte Suprema de Justicia a través del Ministro de Justicia, con fundamento en el artículo 47 ordinal 13^o de la Constitución Política de 1962, presentó un proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁹ y proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Secretaría de la Asamblea Legislativa, constituyéndose expediente de formación de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la referencia 202-8-78, y es la Asamblea Legislativa la que se consagra a estudiar las propuestas, dictando

¹⁸Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Cuscatleca, (El Salvador, 2014), 13

¹⁹ Se crea la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de esta figura jurídica la cual conoce de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, otorgando así competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

el catorce de noviembre de 1978, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual entró en vigencia el uno de enero de 1979, instituyéndose la Sala de lo Contencioso Administrativo, adscrita a la Corte Suprema de Justicia, mediante Decretos Legislativos números 81 y 82, con la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial llámese actualmente Ley Orgánica Judicial.²⁰

Con la vigencia de la Constitución de 1983, se estableció como potestad del Órgano Judicial, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia de lo contencioso administrativa, manifestado en el artículo 172 de la Constitución de la República: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial.

Corresponde, exclusivamente, a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”, y como resultado de los acuerdos de paz que se realizaron posteriormente en 1992, que se dio por terminado la guerra civil y se reformo la Ley Orgánica Judicial, aumentándole el número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de catorce a quince, contando la Sala de lo Contencioso Administrativo, con cuatro Magistrados, un presidente y tres vocales, modificando con ello la anterior estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia que solo estaba conformada por una Sala de lo Constitucional, una Sala de lo Civil y una Sala de lo Penal, asimismo esto conlleva a incrementar el número magistrados en Corte Plena.

²⁰Corte Suprema De Justicia, *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, en <http://www.csj.gob.sv/contencioso/historia.htm>.

1.3.1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de El Salvador

Se ha establecido el derecho administrativo, el proceso contencioso en cuanto a sus antecedentes, definiciones y regulaciones del ordenamiento jurídico, sin embargo, es necesario hacer mención específicamente de las medidas cautelares aplicables en el ordenamiento jurídico.

La existencia de la medida cautelar es el cumplimiento de la tutela judicial efectiva que para el caso es el derecho del demandante de acceder a los órganos jurisdiccionales, a tener la oportunidad de presentar su reclamo, a alegar su defensa y proponer pruebas y obtener resoluciones motivadas.

Según el artículo 97 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo las partes podrán solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución de la Sentencia, la adopción de cuantas medidas fuere necesaria para asegurar la efectividad de la Sentencia.²¹ Dejando el legislador a criterio del juez la elección de la medida que mejor se adecue al caso en concreto, no limitando a una lista taxativa.

La suspensión del acto administrativo impugnado responde a la necesidad actual de alejar el temor o el peligro a un daño, manteniendo el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en que se solicita la medida: en el que no se puede decidir si el derecho en conflicto existe y por ello el sujeto activo lo defiende ante el sujeto pasivo, todo ello recogido en la sentencia definitiva.

²¹Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D. L. N° 760, del 28 de agosto de 2017 publicado en el D. O. No. 209, Tomo 417, del 9 de noviembre de 2017.

El autor Manuel Osorio en su diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales expone definiciones de medida y medidas cautelares, la primera expresa que *“es la resolución adoptada para remediar un mal o daño”*; mientras que en la segunda la definición manifiesta que medida cautelar *“es cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso a instancia de parte o de oficio, tendientes a hacer efectiva la resolución”*.²²

La medida cautelar forma parte de una de las características del proceso contencioso administrativo que como ya se dijo en el ordenamiento jurídico es la suspensión del acto, en este caso debe repararse en que la jurisdicción contencioso administrativa se perfila como el mecanismo garante del sometimiento pleno de las actividades de la administración pública a la legalidad.

1.4. Fundamento de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

El Código Procesal Civil y Mercantil puede servir de guía ilustrativa o analógica, sin embargo, el fundamento principal para el otorgamiento de medida atípicas en el Proceso Contencioso Administrativo es mediante la aplicación inmediata y directa por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Constitución en virtud que los artículos 2 y 11 que establecen el derecho a la protección jurisdiccional, el cual no tiene una verdadera eficacia sin una medida cautelar adecuada, esto es sin necesidad de acudir a la supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo cual el juez en virtud del fundamento Constitucional puede decretarla sin necesidad de recurrir al denominado derecho común.

²²Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 613.

Enrique Mena Castro, sostiene que para el problema actual de la regulación de la suspensión cautelar, se debe reflexionar sobre el fundamento constitucional que el instituto cautelar puede encontrar en el derecho a la protección jurisdiccional consagrado en el artículo 2 de la Constitución, así como también dejar cuando menos planteadas las exigencias que ese derecho constitucional impone a una hipotética regulación de las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo.²³

Este es el fundamento constitucional utilizado por la Sala de lo Constitucional al señalar que el *periculum in mora*, entendido como el peligro en la demora, importa el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional, tal como se manifestó en el Auto del 14-I-2002.

1.5. Diferencias de las medidas cautelares innovativas con otros tipos de medidas cautelares

Es procedente, teniendo conocimiento de las características de las medidas cautelares, realizar la diferenciación entre estas dos medidas cautelares, así tenemos que la suspensión de acto es la única tutela cautelar que aparece regulada en la Derogada Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y es una medida que tiende a paralizar la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado siempre y cuando este produzca o

²³Enrique, Mena Castro, “El derecho a la protección jurisdiccional como fundamento de la tutela cautelar: su incidencia ante una posible reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Revista de Ciencias Jurídicas DE LEGIBUS No. 2, El Salvador, (2008), 78.

pueda producir una modificación en la esfera jurídica del destinatario de la actividad de la administración.

Lo primero que surge en esta definición reconstruida de la jurisprudencia y la Derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es que solo hace alusión a la actividad más representativa de la administración pública, pero omite manifestarse sobre las actuaciones de hecho o incluso de las omisiones de la misma.

Este es el argumento para que el doctor Gamero Casado atribuya el carácter tradicional de jurisdicción de revisión al contencioso administrativo, el hecho de solo estar regulada esta medida cautelar, al contrario con la medida cautelar innovativa según *Peyrano*²⁴, considera *“que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho. Su partida de nacimiento, justamente, fue la respuesta a una situación donde resultaba inidónea la prohibición de innovar porque se debían revertir las cosas a un estado anterior.*

Respecto a la *prohibición de innovar* significa evitar que se altere la situación de hecho o derecho existente al momento en que el sujeto resulta lesionado por el acto, en cambio la medida innovativa a diferencia de la prohibición de innovar, no tiende a mantener el status existente, sino que, precisamente busca alterar el estado de hecho o de derecho vigente antes de que la misma sea decretada²⁵.

²⁴ Emilio Porras Hernández, “Medidas Cautelares” (Argentina: *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, 2005), 35-36.

²⁵ Jorge W. Peyrano, *La palpitante de Medida Innovativa, En medida Innovativa*, Editorial Rubinzal – Culzoni, (Santa fe, 2009), 15.

En la orden que “*prohíbe innovar*” parece claro y lógico que lo mandado por el juzgador exige del obligado una conducta “omisiva”. *Eduardo Lázzari* explica que “la prohibición de innovar tiende a inmovilizar una determinada situación fáctica y jurídica. Procura el mantenimiento del statu quo, impidiendo cualquier alteración que a la postre haga de cumplimiento imposible la sentencia a dictarse o ilusoria el derecho que ella reconozca”

En cambio, en la providencia innovativa la exigencia dirigida al obligado es un comportamiento diferente al observado “hasta ese momento”: hacer “algo” para “restituir” un estado anterior o aceptar un “nuevo estado”. Asimismo, la innovativa puede determinar que la administración deba hacer algo distinto a lo que hizo o estaba haciendo, en miras de asegurar los derechos del peticionante de la diligencia.

CAPITULO II

LA TUTELA CAUTELAR COMO MANIFESTACION DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Este capítulo desarrolla la tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva, observando la tutela judicial desde una concepción finalista de la Constitución de la Republica en la que la persona humana es el origen y fin del Estado; el fundamento constitucional de la tutela cautelar en el sistema normativo salvadoreño, así como su delimitación conceptual y su función dentro del ordenamiento jurídico y los efectos que esta produce en la esfera jurídica del administrado; analizando la única medida cautelar reconocida en la antigua ley de la jurisdicción contenciosa administrativa y su evolución a lo largo de los cambios en la realidad normada, cambios en la conformación subjetiva del tribunal y errores interpretativos producidos en la aplicación de las medidas cautelares.

2. La tutela judicial efectiva desde una concepción finalista de la Constitución de República

Dentro de las manifestaciones dadas por el ordenamiento jurídico salvadoreño en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos, se plasma en una visión filosófica de los Constituyentes al momento de crear la Constitución de 1983, Constitución de la República que determina como origen y fin de la actividad del Estado a la persona humana.

Esta finalidad como todo ordenamiento jurídico primario, hace reconocer que para el Estado los intereses a defender y las actuaciones que como mismo realice, deben estar encaminadas a la satisfacción de las necesidades que requiera la población en general como sus ciudadanos para la consecución de sus fines.

Esta concepción personalista que contiene la constitución hace referencia a que el Estado deberá estar al servicio de la persona humana, así como también servirá de herramienta propia para la realización de los fines de las mismas; lo que representa una forma de Estado en la cual reconoce al Derecho como una obra misma del ser humano y otra; que el mismo ser humano ha creado sus reglas y leyes para que de ellas mismas pueda servirse; así como lo hiciera Moisés cuando Dios le plasmo las leyes que regirían la tierra desde aquella época, así también como se adoptara la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 en la Revolución Francesa, es así como ahora el hombre crea sus códigos y leyes las cuales las utiliza para servirse luego de ellas, es así como el Artículo 1 de la Constitución plasma uno de los fines a los cuales se debe el Estado Salvadoreño en cuanto a la adopción del texto que incluye y toma como único fin la persona humana y sus intereses.

El Estado constituye aquel ente que a través de la actividad intelectual y lógica del ser humano consigue darse a conocer ante las demás personas ficticias y que reconocen dicha personificación, respecto a que las actuaciones del Estado son realizadas por órganos personas que el mismo hombre crea para el adecuado funcionamiento del mismo; el mismo Estado es un ente que no tiene un agotamiento en el tiempo, sino más bien tiende a fortalecerse conforme se va evolucionando, siendo la persona humana, la que con el tiempo tiende a deteriorarse, y no trasciende en el tiempo, siendo

así el hombre el creador de una de las importantes personas ficticia que el mundo conociera, que aun no teniendo una voluntad propia, no teniendo manifestación física alguna, etc.

Pero que a través de las personas que lo componen lleva a la consecución los fines para los cuales ha sido creado; es esta alguna de las razones por las cuales consideramos que el Artículo 1 de la Constitución de la República contenga como origen y fin la actividad del Estado.

La dignidad humana es un elemento integrante de la base en la cual se establecen los argumentos de la convivencia nacional así como también, uno de los bienes jurídicos protegidos Constitucionalmente y regulado dentro del capítulo único de la Constitución el cual refiere a que es la figura que el Derecho ha tomado para garantizar la libertad de cada individuo para que pueda llevar a cabo sus fines, mientras que es el Estado el que tiene como finalidad la de la organización y la puesta en marcha de todos aquellos fines para los cuales ha sido creado, dando cumplimiento al mandato Constitucional que la disposición antes mencionada establece.

Una de las manifestaciones que se da de la tutela judicial efectiva en relación a la concepción personalista de la constitución es la de prestar a los ciudadanos cada una de las herramientas que tienen los mismos para poder ejercer sus derechos la tutela judicial efectiva, es amplia en cuanto refiere a cuestiones como económicas, sociales, jurídicas, y culturales, cada una de ellas tiene una íntima relación, de manera integrada con varios derechos contenidos en la constitución, ya que en el orden jurídico no se encuentra expresamente lo que es la tutela judicial efectiva, al hacer este análisis sistemático se encuentran elementos que constituyen la totalidad de una verdadera tutela al ciudadano.

2.1. Fundamento constitucional de la tutela cautelar en el sistema normativo salvadoreño

El fundamento de las medidas cautelares va referido al surgimiento, principios rectores, como también la base jurídica de la institución a tratar en este apartado todo proveniente de la Constitución de la República como base fundamental de todo el ordenamiento jurídico, en la constitución se plasman los más significativos textos rectores de un debido proceso a seguirse en las diferentes sedes judiciales y administrativas protegiendo al administrado, como las leyes, los reglamentos, y demás disposiciones jurídicas que se vuelven dependientes del máximo texto jurídico, como lo es la Constitución de la República siendo así la declaración del pueblo, plasmado en el texto constitucional.

El artículo 1 de la Constitución de la República establece que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado, esta concepción atiende a que la persona humana como fin primordial de la actividad del Estado, deben garantizarse los derechos que en el texto se presentan, ya que es a través de ellos que la sociedad debe desarrollar principios de convivencia social, respetando debidamente las actuaciones de cada individuo en el entorno en que viven, para llevar a cabo los fines que la misma prevé; aun desde el momento de la concepción.

Es así como, siendo una función esencial la de la corte suprema de justicia se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptara las medidas que estime necesarias” principio consagrado como “tutela legal y efectiva”, que en sentido amplio significa garantizar el debido proceso a las

partes en litigio, a través de la aplicación de los mecanismos procesales que impliquen un rápido cumplimiento y eficaz de las providencias judiciales; es por ello que el legislador tuvo la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico vigente, determinados instrumentos procesales, conocidos por la doctrina contemporánea como medidas cautelares, permitiéndole al juzgador hacer ejecutar lo juzgado, artículo 182 ordinal 5° y 172 inciso 1° de la Constitución.

Existen otros principios, tales como “Nadie puede ser privado al derecho de propiedad sin ser previamente oído y vencido en juicio” así también el derecho que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones ante los Órganos de la administración de justicia y que se le haga saber lo resuelto, siendo este el derecho de respuesta, ya sea que resuelva favorable o no a su petición artículos 2, 11, 18 y 22 de la Constitución.

El artículo 11 de la Constitución es la base jurídica y constituye la garantía de audiencia, siendo este artículo una de las manifestaciones de la tutela efectiva, ya que el artículo mismo plantea que no puede ser privada ninguna persona de su vida, su libertad, y posesión sin ser previamente oída y vencida en juicio conforme a las leyes, las cuales deben estar dictadas con anticipación, este derecho consagrado en el inciso primero de este artículo se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos, es decir que es a través de este derecho que se manifiestan las garantías mínimas con las que deberá contar un individuo al momento de ser procesado por cualquier causa que fuere.

El artículo 15 de la carta magna, dispone que nadie puede ser juzgado sino con leyes promulgadas con anterioridad, siendo esta otra manifestación

de las garantías que sirven como fundamento de la tutela efectiva, en virtud de lo anterior, el principio en cuestión se ve vulnerado cuando la administración o tribunales realizan actos que no tienen fundamento legal o cuando no actúan conforme a la ley de la materia establece.²⁶

Otras de las disposiciones que sirven como fundamento de rango Constitucional es el artículo 18 de ésta. La cual establece que “toda persona tiene derecho a pedir de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelva, y a que se le haga saber lo resuelto”.

Este derecho puede ser incoado ante las autoridades por cualquier persona sea esta nacional o extranjera, persona natural o jurídica, ante cualquier autoridad legalmente constituida, las cuales tienen la obligación de resolver en un plazo razonable y congruente de acuerdo a las peticiones que ante ellas se haga, conforme a las atribuciones legalmente conferidas.

El ejercicio de este derecho constitucional, implica la obligación de los funcionarios estatales contestar o responder las solicitudes que ante ellos se hagan, puesto que por orden constitucional todos los funcionarios están obligados a servir a la comunidad no con ello se exige que la respuesta que deban dar los funcionarios sea la favorable a las peticiones que se hacen ante ellos, sino más bien a la prontitud con la que estos deben resolver dichas peticiones para no caer así en dilaciones indebidas, dándole trascendental importancia los derechos de carácter constitucional.

²⁶ Sentencia del 21-X-98. Ref. Amparo 148-97 considerando IV. 1. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia: “dicho principio hace relación que a los destinatarios de la ley, que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley, dictada y promulgada con anterioridad al hecho constitutivo de infracción”.

2.2. Delimitación conceptual de las medidas cautelares en el sistema normativo salvadoreño

En el sistema normativo salvadoreño, antes en el Código de procedimientos civiles ahora derogado se contemplaba el embargo y la anotación preventiva como medidas cautelares en el proceso ejecutivo ahora con el actual Código Procesal Civil y Mercantil en sus disposiciones se contemplan el embargo preventivo de bienes, la anotación preventiva, el secuestro de la cosa mueble, entre otras, elaborando una lista ejemplificativa, no taxativa; estas son algunas de las garantías ahora exigibles en la mayor parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, se contempla también el debido proceso y una efectiva acción de defensa entre las partes.

En el derecho salvadoreño existen diversas figuras cautelares dentro de lo que es el derecho privado, algunas de ellas como lo son el embargo, la anotación preventiva de la demandada y el secuestro de la cosa mueble, etc. Por mencionar algunas, en la historia del derecho salvadoreño, se muestra la legislación procesal que se enmarca aproximadamente por el año 1843, por medio del decreto de las cámaras legislativas que tuvo a cargo al presbítero y doctor Isidro Menéndez, quien redactó el primero proyecto del código de procedimientos civiles.²⁷ El apareamiento de las medidas cautelares por primera vez fue en el código civil, ya que en reformas que data del año 1904, se encuentra lo que es la figura del secuestro²⁸ en la actualidad se regula en el artículo 2006 del mismo.

²⁷ Juan José Sánchez, *Apunte sobre derecho procesal civil*. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Ediciones Último Decenio; (El Salvador 1992), 57.

²⁸ Código Civil de la República de El Salvador, D.L. del 30 de Abril de 1860. D.O. DEL 19 DE Mayo de 1860.

En el Código Procesal Civil y Mercantil se establece que las medidas cautelares serán adoptadas cuando sean necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria. Para poder adoptarse deben de ser indispensables para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso.

Esto quiere decir que, aunque no se establezca una de definición se puede interpretar que las medidas cautelares son aquellas que buscan la protección del derecho ya que pueden existir peligro de lesión o frustración a causa de la demora del proceso, con el fin de asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia.

En el Derecho penal se expone que las medidas cautelares, son en esencia medidas de coerción, para los imputados es decir para los particulares que han infringido la ley, las cuales fundamentalmente se dividen en medidas de coerción personales y reales. Las primeras, están vinculadas con el derecho a la libertad de las personas que se ven sometidas a un proceso penal, es decir que afectan el derecho de movilidad de los individuos. Las segundas, afectan el derecho al patrimonio de tales personas o de los resuelven eventualmente responsables civiles subsidiarios.

Algunas medidas cautelares que contempla el proceso penal, son: a) la detención provisional; es la más grave de las medidas de coerción personal, pues consiste en privarle la libertad a una persona artículo 292 y 293 anterior C. Pr. Pn. Existen otras medidas las cuales son sustitutivas de la detención provisional algunas son: a) arresto domiciliario en la residencia del imputado o en custodia de otra persona de otra persona, con o sin vigilancia,

de conformidad a lo ordenado por el juez, b) obligación de someterse a cuidado o vigilancia de personas o institución determinada quienes deben informar periódicamente al juez sobre tal situación. Entre otras.

Las Medidas Cautelares en el Proceso de Familia se encuentran en la mayoría de legislación de familia y en algunos países, como España, Argentina, Costa Rica entre otro, y El Salvador están diseminadas en diferentes preceptos de la legislación sustantiva y Procesal, entendiéndose que son taxativas.

Así ocurre en el Derecho de Familia, donde se deja al Juez la facultad de decretar aquellas medidas cautelares establecidas en las leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia ya sea de oficio o a petición de partes; es decir que se dicten en virtud de la índole de los intereses en juego y en el momento oportuno en que el juzgador considere la necesidad de proveerle.

En primer lugar se recuerda que las medidas cautelares están previstas en el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia y aun que no se definen, de los respectivos preceptos legales se colige que son aquellas medidas de carácter jurisdiccional, provisorios, dirigidas a proteger a los miembros de la familia, cuyo objeto principal es garantizar los resultados del proceso para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes involucrados en los conflictos de familia, antes de pronunciarse la sentencia definitiva y para asegurar provisionalmente sus efectos.

Para decretar los jueces de familia no están obligados a notificar a la parte a quien va dirigida y cuando lo consideran de urgencia y por

circunstancias graves deberán decretarla provisionalmente y hacerla ejecutar sin más trámite. Tampoco es requisito el elemento probatorio de lo manifestado en la demanda. Todo lo anterior está fundamentado en el artículo 6 literal d), 37, 75,76, 77, 80, 81, 129, 130 literal b) y 214 todos de la Ley Procesal de Familia.

Se debe concluir señalando que el hecho de haber mencionado las medidas cautelares en materia penal y de familia es para confirmar la importancia de estas medidas cautelares en todo proceso y que de estas depende la efectividad de la sentencia y la evidente diferencia en cuanto a la cantidad de medidas que se pueden aplicar en los diferentes juicios.

Es así como va evolucionando la figura de las medidas cautelares en el derecho Procesal Salvadoreño, el proceso jurídico en el cual se establece y repara el derecho infringido, o se soluciona el litigio entre los particulares y los justiciables, está determinado en diversas etapas ya sea igual, menor o mayor brevedad entre ellas, llevan aparejadas un desgaste de tiempo, pues su duración puede significar días, meses u años en algunos casos, para llegar a su finalización por medio de una sentencia.

Como es de notorio conocimiento en el mundo jurídico, el único ente facultado para administrar justicia es el Órgano Jurisdiccional, faculta y a la vez obligación que es anterior pues su fundamento proviene de mandato constitucional , este deber es contemplado en el artículo 172 Inc. 3 de la Constitución de la República, en tal sentido, el realizador del derecho a la Protección Jurisdiccional, el proceso es el instrumento, de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en el cumplimiento de administrar justicia, o desde la perspectiva de los sujetos pasivos; siempre que se adecue al texto constitucional, privar a uno o

algunos de los derechos consagrados a favor de las partes por lo dicho es que se toma en relevancia el estudio y el establecimiento de las medidas cautelares como una institución sistemática y sobre todo que vuelva eficaz el derecho reclamado, ayuda al Estado hacer prevalecer su función como administración de justicia y de manera inmediata del proceso.²⁹

De un análisis sistemático de Derogada Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se puede decir que la Medida Cautelar es la suspensión provisional del acto administrativo que se impugna, que procede en todos aquellos actos administrativos que produzcan o puedan producir efecto positivos; siendo procedente en los casos en que la ejecución del acto administrativo pueda producir un daño irreparable o de difícil relación por la sentencia definitiva, siempre y cuando no ocasione un perjuicio evidente al interés social o un peligro de trastorno grave al orden público. Las medidas cautelares que se adoptan, cuando así sea procedente, han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica del demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, esto es devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraba.³⁰

2.3. La Suspensión del acto administrativo como única medida cautelar reconocida por la anterior LJCA de 1979

En la legislación contenciosa administrativo salvadoreño no existe una regulación exhaustiva sobre las medidas que pueden adoptarse para

²⁹ Líneas y criterios jurisprudenciales. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2005. Amparo: referencia 497-2004 del día seis de abril de dos mil cinco.

³⁰ Líneas y criterios jurisprudenciales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. 2013. Referencia 30-2010 del día cinco de febrero de dos mil trece.

asegurar la efectividad de la sentencia que ha de recaer en el juicio contencioso, así como no existen hasta el momento disposiciones claras y suficientes sobre los presupuestos para su procedencia, ni las modalidades que las mismas pueden adoptar.

Pero ha sido a través de jurisprudencia emanada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, que se han ido perfilando los requisitos y alcances de las medidas cautelares. Sin embargo, la DLJCA, no emplea el término “Medidas Cautelares”, solamente hace referencia a “la suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado” de conformidad al artículo 16 de dicho cuerpo normativo.³¹

La Derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece ciertos presupuestos para la adopción de la Suspensión de los Efectos del acto impugnado, los que se desarrollan a continuación, así como una muestra del desarrollo de los mismos en la jurisprudencia de la SCA.

2.4. Función de la tutela cautelar

La función de la tutela cautelar consiste en evitar que posibles daños y perjuicios derivados de la duración del proceso, o de la ejecución del acto reclamado en el prolongado proceso, puedan convertirse en realidad, de modo que hagan perder la efectividad de la sentencia definitiva.

Es por ello que las medidas cautelares como es sabido, constituyen una cuestión fundamental en el proceso contencioso administrativo, por

³¹José María Ayala, y otros, *Manual de Justicia Administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial, (El Salvador; 2003), 266.

cuanto sirven para hacer práctica y efectiva la defensa de los derechos e interés legítimos a la que el proceso debe servir. *“En la práctica debido a la inevitable lentitud del proceso, solo mediante una medida cautelar puede en muchos casos garantizarse el derecho a la defensa de los administrados, o el respeto a la legalidad que la justicia administrativa debe perseguir”*.³²

Son las medidas cautelares aquellas que el Juez puede adoptar para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso, en razón de ello la tutela cautelar constituye un componente esencialísimo del proceso contencioso administrativos y las singularidades que representa frente al régimen común son considerables como ya se agotó previamente. La razón principal por la cual se le otorga una especial importancia a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, *es derivada del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos*, que pueden determinar su llevada a término antes de que recaiga la correspondiente resolución judicial sobre el fondo, frustrando eventualmente la finalidad legítima perseguida por el demandante.³³

2.5. La evolución en la aplicación de las medidas cautelares por la Sala de lo contencioso administrativo

Al afirmar que uno de los principales problemas a los que se enfrentaba el sistema contencioso administrativo, es la ineludible des actualización de la Derogada LJCA con respecto a la evolución de la sociedad salvadoreña y las influencias del Derecho Comparado en materia administrativa, habiendo afirmado anteriormente que el principal obstáculo es

³² Resolución Interlocutoria del 31-VIII-2005. Referencia 116-2005. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

³³ Gamero, *Derecho Administrativo Monografía*, 95.

que la DLJCA establecía y reconocía como única medida cautelar la suspensión del acto administrativo impugnado³⁴, considerando que esto era contrario al derecho de protección jurisdiccional³⁵, ya que sin duda alguna pueden presentarse otras circunstancias que no implique la suspensión del acto, y que se debe por lo tanto adoptar otras medidas cautelares como el reconocimiento de un derecho subjetivo provisionalmente.

El Derecho procesal administrativo en el sistema salvadoreño tiene aún graves y serios obstáculos en el derecho de acceso a la jurisdicción. Y es aquí donde conviene exponer el obstáculo externo que se tenía por excelencia en la justicia administrativa salvadoreña, la existencia de la suspensión de los efectos del acto como única medida cautelar.

La tutela debe presentarse de una manera continua y en el momento procesal oportuno³⁶, en el procedimiento administrativo, por la particularidad del Derecho Administrativo ello con un solo objetivo: dar cumplimiento a los valores, normas y principios consagrados en el bloque de legalidad, y los fines de la administración pública en la satisfacción del bien común de una forma eficaz y eficiente.

Sin embargo, se denotaba en el sistema la flaqueza que deviene de la falta de argumentación en los autos interlocutorios donde se han receptado esas medidas, lo que hace que no puedan plantearse las medidas

³⁴ Según la jurisprudencia de la SCA son tres los requisitos o presupuestos que deben examinarse para resolver la procedencia de la suspensión del acto impugnado: a. que sea un acto de producir efectos positivos, b. que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia, c. que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social.

³⁵ Las medidas cautelares son una parte fundamental del derecho de protección jurisdiccional o derecho a la tutela judicial efectiva, el cual es reconocido por la Constitución de 1983. Y es que mediante las medidas precautorias podemos garantizar los resultados efectivos de una eventual sentencia estimatoria. Sin ellas, no puede hablarse de una verdadera justicia.

³⁶ Augusto Morello. *La Tutela Anticipada*. ed. Librería Platense. (1996), 9.

adecuadas para ejercer adecuadamente el derecho de defensa, y es muy probable que la efectividad de la sentencia o de la resolución administrativa se vea comprometida por haber desaparecido el objeto procesal.

Es de vital importancia, señalar con énfasis el problema que se advierte, la teoría cautelar ortodoxa en lo que respeta a la Derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no había podido dar respuestas adecuadas a los requerimientos y exigencias que las partes en un proceso de esta naturaleza demandan, por el solo hecho de considerar como única medida cautelar³⁷ y exclusiva la suspensión del acto administrativo impugnado”, sobre la base de los artículos 16,17 y 18 de la DLJCA vigente en el momento de la investigación.

Del estudio de la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se ha observado que existe un capítulo de las medidas cautelares se salvaguarda los derechos de los administrados ya que tomaran medidas que sean necesarias para la eficacia de la sentencia.

Ahora bien, al respecto la SCA adoptaba una postura a veces restrictiva frente a la interpretación, aplicación, y consecuente ampliación de las medidas cautelares, en la actualidad se rompen esos criterios por la SCA adoptando medidas innovativas en algunos casos como por ejemplo el auto interlocutorio del 22 de enero de 2014 de la referencia 293-2013, pero ¿se harán eficaz esas medidas innovativas? Eso se desarrollara en este trabajo de grado.

³⁷ En la LJCA, vigente en el momento de la investigación, no se prescribía el termino de tutela cautelar, ni medida cautelar, solamente la “Suspensión del acto”, aunque es la jurisprudencia la que se ha referido a ella con tal denominación.

La tutela judicial efectiva hace nacer el concepto de tutela judicial cautelar, por medio de la cual, el proceso contencioso administrativo se convierte en un proceso de tutela de los derechos de los particulares y en el caso de las medidas cautelares, las mismas deben contribuir a no lesionar la situación jurídica de los particulares.

CAPITULO III

FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO

En el capítulo cuatro, se estudia la aplicabilidad y eficacia de las medidas cautelares innovativas en el proceso contencioso administrativo, en el que se plasma la medida innovativa como nueva concepción de las medidas cautelares, la finalidad, delimitación conceptual, denominaciones, características, presupuestos procesales; Con mayor énfasis se analizan los criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo para la aplicación de medidas cautelares innovativas, así como también el análisis de la eficacia de las medidas innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los periodos de 2014-2018.

3. Delimitación conceptual

El insigne procesalista Italiano Piero Calamandrei en su célebre obra *“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”*, establece que la consideración más adecuada, es la de *“Providencia Cautelar, porque se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales”*, y que un carácter distintivo de las providencias cautelares es su provisoriedad, *ósea la limitación de la duración de los efectos, propios de estas providencias*. Las mismas difieren de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos”.

Couture dice que: *“las cauciones son actos procesales que nacen con ocasión de un proceso acuden a este subsisten mientras subsisten la razón que las justifico. No estarán a merced de las partes como los contratos si no a merced de los que los jueces determinen, con arreglo a la ley.”*³⁸

3.1. Naturaleza de la tutela cautelar

Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta.

Calamandrei en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, que hoy por hoy es la sistematización más completa y más profunda sobre la materia, analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el juez a lo largo del proceso.

No estriba ese criterio en el aspecto subjetivo porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia. "Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el

³⁸Milagro Gómez Evora, y otros, Cita a Eduardo Couture en *“Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Contra Ley en El Salvador.”* (monografía de grado, Universidad Francisco Gavidia, julio 2003), 21.

sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "*declarativo-ejecutiva*" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertiumgenus* frente a los otros tipos de tutela jurídica.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativas cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido se habla de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia del proceso de cognición ni del de ejecución.

Calamandrei piensa que a las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en

un criterio ideológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están pre ordenados.

Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad, en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, en este caso podemos decir que la instrumentalidad es genérica.

3.1.1. Elementos que conforman la definición de la tutela cautelar

- A. Anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior;
- B. Satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y
- C. Sus efectos están pre-ordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

Se entiende como tutela cautelar a los mecanismo auxiliares por medio de los cuales el Estado despliega una serie de actuaciones encaminadas a salvaguardar o soslayar una situación cierta o potencial, que afecta el objeto de la pretensión que se debate en un proceso actual o ulterior, aplicable como acto previo a una demanda.³⁹ Entendiendo esta definición como los medios y decisiones jurisdiccionales que pueden tomarse

³⁹Cristian Palacios, “*Las Medidas Cautelares*”, El Salvador: revista jurídica Digital “Enfoque Jurídico”, (2016), 41.

por parte de la administración de justicia para salvaguardar eficazmente un derecho que se vulnera.

Por lo que la definición anterior integra elementos constitucionales, tal como se consagra en el artículo dos de la Constitución, el cual manifiesta que toda persona tiene derecho a la protección, conservación y defensa de sus derechos conllevando la efectiva protección jurisdiccional frente a las actuaciones y decisiones de la administración pública que lesionen sus derechos.

En ese sentido la definición de tutela cautelar destaca principalmente como elemento el efecto de la eficacia práctica, entendiendo ésta como la capacidad para producir el efecto deseado o de ir bien para determinada cosa, además se anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior, también se encuentra la necesidad de satisfacer la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, ya que la idea principal es la de salvaguardar un derecho que se está, o puede llegar a vulnerarse. Las decisiones jurisdiccionales y sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

3.2. Características

Todo estudio que se haga sobre las medidas cautelares debe partir de un análisis individualizado y de las características que las diferencian de otros instrumentos procesales, pero el análisis de las características de la tutela cautelar es un trabajo constante y numeroso la doctrina señala un amplio catálogo de características; según las enseñanzas de Calamandrei,

consideran a la “*instrumentalidad*” como una de las notas más sobresalientes de toda medida cautelar.

Respecto a la demás característica la doctrina no posee una similitud, como se demuestra en las innumerables clasificaciones que se encuentran, en algunas ocasiones se presentan características novedosas y en otras pareciera que se fusionaran unas con otras. No obstante, lo anterior, se puede afirmar que las características de mayor adopción para la doctrina son: instrumentalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad.

A. Instrumentalidad: La idea de instrumentalidad responde a que las medidas cautelares no tienen sustantividad propia y se justifican en razón de la existencia de un proceso principal; en tal sentido, las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente pre ordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente.

Entendida la instrumentalidad como la relación de dependencia o subordinación que une a las medidas cautelares con la sentencia que ponga fin al proceso principal, cuya efectividad práctica tratan de asegurar preventivamente, parece lógico deducir de dicha nota la exigencia de que las medidas cautelares sólo puedan adoptarse estando pendiente un proceso principal, ya que dicho aseguramiento únicamente cobra sentido una vez que el proceso correspondiente ha sido incoado y es previsible su finalización mediante sentencia.

La nota de instrumentalidad que concurre en toda medida cautelar exige la pendencia del proceso principal, pues a diferencia del enjuiciamiento sobre la cuestión principal el cautelar no puede ser autónomo, sino que

necesita del primero, ya que según manifiesta *Carnelutti* “*el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo*”; si bien, dicha dependencia no precisa ser actual, bastando con que resulte efectiva en un futuro inmediato.

En definitiva, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, siendo instrumentales del proceso principal y de su posterior ejecución. Es por ello que se les configura como instrumentos del instrumento.

B. Provisionalidad: La provisionalidad de las medidas cautelares hace referencia a que solo se mantendrán mientras cumplan con su función de aseguramiento, es decir, que la medida cautelar solo puede durar mientras subsista el peligro y se pone en resguardo del riesgo invocado y que se trata de impedir, por lo que se deberá levantar la medida decretada, en cualquier estado del juicio, si el demandado prestare caución o garantía suficiente.

En otro orden de ideas, el carácter provisorio de las medidas cautelares se traduce en que estas no son definitivas pues fenecen perdiendo toda su eficacia cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción. La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas terminan, perdiendo toda eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción y, en todo caso, cuando finaliza el mencionado proceso principal.

Según *Serra Domínguez* “*la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración*

limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho"; de tal modo que la misma perderá *ipso iure* (por virtud del derecho) toda su eficacia, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque, cuando tenga la conclusión del proceso principal por sentencia firme o por cualquier otro medio anormal, como el desistimiento o la caducidad. Independientemente del resultado favorable o adverso a la pretensión contenido en la sentencia, una vez emanada ésta y, en todo caso, concluido el proceso principal, las medidas cautelares deben, pues, extinguirse porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados.

Ahora bien, el hecho de que todas las medidas cautelares sean provisionales no implica necesariamente que los efectos que las mismas producen mientras depende el proceso también lo sean. En ciertos casos, y principalmente tratándose de medidas anticipatorias, todos o algunos de los efectos desplegados por ellas desde su concesión hasta su extinción podrán convertirse en definitivos, de modo tal que la sentencia que finalmente declare la existencia del derecho alegado por el autor consolidará los efectos producidos por la medida cautelar, que a partir de entonces encontrarán la justificación de su permanencia no en la medida cautelar sino en la sentencia que viniendo a sustituirlos ponga fin al proceso principal.

C. Temporalidad: Las medidas cautelares tienen una duración limitada, se adoptan por tiempo limitado, que dependerá, en todo caso, de la duración del proceso principal.

Otro aspecto importante y que no debe obviarse es el hecho de no confundir lo que es la provisionalidad de las medidas cautelares con la temporalidad que se encuentra presente, con carácter eventual. La diferencia

radica, en que mientras temporal es simplemente aquello que no dura siempre, sino que independientemente del sobrevenir de otro evento tiene por sí mismo una duración limitada, provisional es, por el contrario, aquello que está destinado a durar mientras no sobrevenga un evento sucesivo; que, tratándose de medidas cautelares, no es otro que la resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso principal. Esta diferencia repercute en el ámbito cautelar, de tal manera que, la provisionalidad es común a toda medida cautelar, no puede decirse lo mismo de la temporalidad que, tan sólo concurre en algunas de ellas.

D. Variabilidad: Las medidas cautelares son susceptibles de modificación y alzamiento, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas.

3.3. Clasificación de la tutela cautelar

En la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación. Unos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

En el primer grupo se inscribe⁴⁰, la clasificación de *Gutiérrez de Cabiedes*, la cual tiene importancia práctica para discernir el tipo de ejecución que ameritaba la medida precautelativa: “Desde un punto de vista

⁴⁰ Krislia Eunice Alvarenga Claros, y otros, “Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño”, (trabajo de grado, Universidad de El Salvador, 2008), 137.

teórico dice se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea: De dar cosa genérica (dinero); De dar cosa específica, sea este mueble o inmueble; De hacer; De no hacer”.

Cuando se trata de garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero, pues es necesario sacar a remate los bienes aprehendidos, a menos que lo embargado sea una suma de dinero. Cuando se trata de dar una cosa especificada, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa quien tiene derecho sobre ella.

Couture las clasifica en seis tipos:

- A. Nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto es tan solo declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas pre constituidas;
- B. Medidas de conocimiento sumario. Con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción de deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad;
- C. Medidas de tutela de la propiedad o del crédito: probada prima facie la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando según dice no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción;

- D. Medidas de ejecución anticipada, la cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento.⁴¹ Su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colocación, supeditada a lo que decida la sentencia;

- E. Medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existentes para evitar el daño que implica la modificación; no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva;

- F. Medidas de contra cautela: ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretales en favor del deudor, y no (a diferencia de las restantes según su opinión) del acreedor; este concepto no encuadra dentro del ordenamiento procesal porque las medidas de contra cautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

La división sobre la tutela cautelar que hace *Alsina* consta de cuatro grupos; a saber:

- A. Las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario, la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse.⁴² Son las medidas de puro conocimiento de que habla Couture;

⁴¹ *Ibíd*, 137-138.

⁴² Hugo Alsina, *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2^a ed. (Argentina, Ediar S.A., 1943), 450.

- B. Las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa (embargo preventivo, inhibición, es decir, proclivión general de enajenar y gravar, anotación, registro de la Litis, intervención judicial, nombramiento de depositario judicial o interventor;

- C. Comprende aquellas a las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar. La prohibición de innovar nace del Derecho Romano que establecía la indisponibilidad de la cosa litigiosa, no pudiendo enajenarse, destruirse o deteriorarla. La definición en este grupo es eficiente, aunque en realidad no es otra que la del peligro en el retardo, característica de las medidas cautelares en general;

- D. La caución que se exige para obtener la ejecución provisorias de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para constitución de embargo.

La clasificación sobre la tutela cautelar de *Golschmidt* comprende cuatro especies:

- A. El embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos en metálico o susceptible de ser reducidos a metálico, pero no con fines de pago inmediato, sino de aseguramiento, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de ejecución.

- B. Las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura de cualquier exhibición o devolución de cosas, cesión de inmuebles, constitución de hipoteca, entrega de menor.

- C. Medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables, como es el caso de posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención, separación provisional de los cónyuges en divorcio.

- D. Las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, Litis-expensas, gastos de atención médica.

Podetti, al comentar el código mendocino adopto una clasificación tripartita: medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa; medida que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados (Medidas para asegurar la paz); y, medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes. La primera especie coincide con las dos primeras de *Goldschmidt*, la segunda con la tercera y con las medidas negativas de Couture; la tercera con el cuarto tipo de la clasificación de *Goldschmidt*.

No obstante, con posterioridad, el autor ha alterado su división anterior, proponiendo la siguiente: “podemos ahora formular una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares (materia y finalidad), en tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies:

- A. Medidas para asegurar bienes:
 - a) Para asegurar la ejecución forzosa, y
 - b) Para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas;

B. Medidas para asegurar elementos de prueba;

C. Medidas para asegurar personas,

a) Guarda provisoria de personas, y

b) Satisfacción de sus necesidades urgentes.

La clasificación que hace Calamandrei en su citada obra Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, comprende cuatro grupos a saber que encierran en mayor o menor medida los citados anteriormente.

A. El primer grupo es el de las “providencias instructorias anticipadas”, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias anticipadas se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente. Este es el grupo que admitese en todas las divisiones traídas a colocación. Así por ejemplo, los casos de justificativo para perpetua memoria y el reconocimiento judicial pre constituido, presentan las dos notas características: preservación de una prueba y relación directa al juicio de conocimiento.

B. El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son las medidas preventivas.

- C. Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

- D. Como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contra cautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente).

En el Derecho Contencioso Administrativo las medidas cautelares se pueden dividir en dos clases, dependiendo de la naturaleza “positiva o negativa del acto administrativo”⁴³:

- A. Medidas cautelares de carácter positivo (en virtud de un acto administrativo negativo): aquéllas donde la medida cautelar exige una acción que evite perjuicios al demandado. Si estamos en presencia de estas medidas positivas deben de acreditarse los supuestos de inactividad o de la vía de hecho, caso contrario la medida cautelar no se concederá.

⁴³ Jorge Luis Carmona Tinoco: *“Algunas notas comparativas entre las Medidas Cautelares en el Derecho Administrativo español y mexicano”*. (México. 2005), 30.

Asimismo, en este caso también se revisará si la concesión de la medida cautelar perturba o no los intereses generales o de un tercero. Esto conduce a que, si bien la presunción de buen derecho es el principio rector en las medidas cautelares positivas, también debe acreditarse que no se perturben intereses generales o de un tercero que lleven a concluir la inexistencia de una finalidad legítima del recurso.

B. Medidas cautelares de carácter negativo (en virtud de un acto administrativo positivo): éstas se denominan como la “suspensión” de la ejecución del acto reclamado o suspensión de los efectos del acto reclamado. En este caso, las medidas cautelares fueron diseñadas para proteger los intereses en conflicto dentro del proceso, esto haciendo una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, concurriendo así que la medida cautelar puede acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

La finalidad legítima del recurso justifica la imposición de una medida cautelar de carácter negativo como la suspensión, por lo que en caso de que dicha finalidad legítima no se acredite durante la sustanciación del incidente, la medida cautelar de carácter negativo no se concederá.

Por otra parte, la decisión de conceder o no la medida cautelar negativa o positiva deberá ser tomada por el juez o el tribunal a través de una “ponderación de intereses” en forma circunstanciada. Dicha ponderación tendrá el objeto de revisar si existe o no la finalidad legítima del recurso o comprobar la actualización de los supuestos de inactividad o de la vía de hecho, pero sin que en la resolución del incidente se revise el fondo de la materia en conflicto.

El fundamento de esto es que, si el juez entra en el fondo del conflicto al resolver el recurso, podrá vulnerar el derecho fundamental del debido proceso al prejuzgar el conflicto sin tomar en cuenta todos los elementos necesarios. Por otro lado, existe una excepción a esta ponderación de intereses que el juez hace para otorgar la medida cautelar negativa, consistente en la suspensión del acto reclamado. Dicha excepción es la concesión de la suspensión provisional en los casos en que, a juicio del juez, concurren circunstancias de especial urgencia. En este caso se concede la suspensión de la ejecución del acto reclamado sin oír a la otra parte o a tercero con interés legítimo.

3.4. Finalidad de la tutela cautelar

Los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que está difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional y eviten el proceso entero a través de la resolución anticipada en audiencia convocada por un juez.

El principio de la Tutela Cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva, se presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, con lo cual “las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales, sino que se convierten en instrumento de la tutela judicial.”⁴⁴

⁴⁴Jaime Rodríguez Arana, “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en España”, Universidad de Coruña, Revista de la Facultad de Derecho, España, vol. 20, (2005), 303.

El derecho a la tutela cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del Derecho a la tutela judicial efectiva, adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: “Asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, la del derecho sustantivo, y mantener el equilibrio entre las partes durante la sustanciación de este” procurando no afectar la esfera jurídica de los administrados.

Además, la Tutela Cautelar se inserta en todos los cuerpos normativos legales que enmarcan el proceso administrativo, como reflejo de la Tutela Judicial Efectiva y Acceso a la Justicia consagrados además Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como son, entre muchos otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera, las medidas cautelares pueden conceptualizarse dentro del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que junto al Amparo representarían medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, la Constitución o las Leyes.⁴⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se desprende del propio texto, garantiza a toda persona el Acceso a la Justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre el Estado, en este caso sobre la justicia, el deber de prevenir los posibles actos que imposibiliten, torne ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho.

⁴⁵Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake. Guatemala, 101.

“La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto deja de ser justicia”.⁴⁶

Con la expresión “Tutela Cautelar”, se denominan tanto las medidas destinadas a asegurar provisionalmente no solo el buen fin de un proceso, sino también todas aquellas otras que tienden a garantizar preventivamente lo que puede ser necesario para defender esos derechos o intereses legítimos, aun generales; ellos aun cuando no se haya iniciado un proceso.

Para García de Enterría, existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, cuyo contenido será toda la acción por parte del juzgador que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección y no solo suspensiones de actos administrativos.⁴⁷

Para Couture, la finalidad de las medidas cautelares es de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

Para Guasp afirma que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial.⁴⁸

⁴⁶ Irma Pastor de Periotti, y María Inés Ortiz de Gallador, “*Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa: fundamentos y alcances*”, Estudios de Derecho Administrativo X. El proceso Administrativo en la República de Argentina, (Buenos Aires, ed. Dike, 2004), 433.

⁴⁷ Eduardo García de Enterría, “*La Batalla por las Medidas Cautelares*”, ed. civitas, 2ª ed. (Madrid, 1995), 15.

⁴⁸ Raul Martínez Botos, “*Medidas Cautelares*”, ed. civitas, (Argentina, Universidad Buenos Aires, 1990), 65.

3.5. Presupuestos procesales de la tutela cautelar

En este apartado corresponde el estudio de los presupuestos y condiciones que, genéricamente deben concurrir en un supuesto concreto para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar la medida cautelar solicitada por la parte actora del proceso principal.

Los presupuestos procesales consisten en aquellos requisitos y circunstancias relativos al proceso, o más depuradamente supuestos previos que necesariamente ha de darse para construir una relación jurídica procesal, regular o válida. Las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la efectividad de la sentencia, pudiendo acordarse únicamente cuando, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Pese a ellos puede denegarse, cuando la adopción de la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o terceros, que el juez o tribunal debe ponderar de forma circunstanciada.

El *periculum in mora*, los intereses en conflicto, el *fumus boni iuris* y la *contracautela* son los presupuestos que hay que tener presente para pronunciarse sobre la adopción de una medida cautelar respecto de la resolución administrativa impugnada jurisdiccionalmente.

En razón de las características de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo, el mismo debe ejecutarse inmediatamente. Esta regla general de ejecución del acto administrativo puede ser modificada en razón de que la ejecución sea suspendida a través de mecanismos procesales dirigidos a proteger el derecho de tutela judicial del administrado, evitando que se cause

un daño o perjuicio, estos mecanismos son los que llamamos medidas cautelares.⁴⁹

Las medidas cautelares están pre ordenadas para evitar los efectos perniciosos que puedan producir los procesos judiciales, su casi inevitable lentitud. Sirven para que el juez en cada caso concreto utilice los medios que considere necesarios, para que el objeto de la pretensión sea factible.⁵⁰

El *fomus boni iuris* y el *periculum in mora* son los dos presupuestos que han de darse para que proceda la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Estos presupuestos son independientes respecto de la concesión de un pedido cautelar.

3.5.1. Apariencia de buen derecho o *fomus boni iuris*

Este es un presupuesto procesal que consiste en que existía verosimilitud entre el derecho pretendido. Este principio general de derecho significa Buena Fe o la seriedad de los hechos, el derecho y la pretensión deducidas en el proceso principal, es decir, se debe comprobar los motivos Factico-jurídicos en que descansa la pretensión.

Por otra parte, se advierte, que, tratándose de medidas cautelares contra actos de la administración pública, como ésta goza del principio de presunción de legalidad de sus actos, la verosimilitud del derecho invocado debe comprender la acreditación de las arbitrariedades o irregularidades del

⁴⁹ José Enrique Rojas Franco, *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*. ed. Mundo Gráfico, (San José, Costa Rica. 1999), 88.

⁵⁰ Carmen Chinchilla Marín, “*Los criterios de adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, (Madrid 1999), 134.

mismo. Es motivar, razonar, e indicar cuáles son los argumentos fundamentales para solicitar la suspensión del acto.

García de Enterría, sostiene que el *Fomus Boni iuris* es “*un presupuesto esencial en el ámbito del proceso administrativo de la tutela cautelar...*”, para él constituye “*el concepto central de la institución cautelar*”, fundamentándose en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad partiendo de la verosimilitud, no de la certeza, es decir de buen fundamento de la pretensión principal.⁵¹

Se fundamenta en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad, se parte de la verosimilitud, no de la certeza, de buen fundamento de la pretensión principal.⁵² Los aspectos de admisibilidad de la demanda, tanto formales como de fondo muestran que existe la probabilidad de que la demanda sea acogida. La apreciación del *fomus* debe tener en consideración la posición asumida por las partes, para lo que es necesario conocer sus pretensiones, y el expediente administrativo.

3.5.2. Peligro en la demora o *periculum in mora*

Supone la existencia de un peligro inminente de que se cause daño de imposible o muy difícil reparación. Lo de imposible o difícil reparación del

⁵¹ Citado por Ernesto Jinesta Lobo, en “*La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*”. (Colegio de Abogados de Costa Rica, Costa Rica), 138.

⁵² Rojas, *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*, 91.

daño es sinónimo de irreversibilidad,⁵³ es decir, que no se pueda restituir el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad.

El Acto Administrativo debe ejecutarse inmediatamente, sin embargo, esta razón puede ser modificada a través de mecanismos procesales dirigidos a proteger el derecho de tutela judicial del administrado, evitando que se cause un daño. La suspensión de los efectos del acto administrativo, está dirigida a poner fin, o evitar los daños y perjuicio de difícil o imposible reparación que con la medida administrativa pueden ocasionarle al afectado.

El Doctor *Henry Alexander Mejía* manifiesta que: “*Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia*”.⁵⁴

El autor *Jinesta Lobo*, define el *Periculum in mora* así: “*el periculum in mora, consiste en el temor fundado que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal. El perjuicio o peligro que la tutela cautelar neutraliza es el derivado de la mora del proceso de cognición plena (tiempo fisiológico y patológico), o en el dictado de la sentencia principal para el actor que tiene probablemente la razón*”.⁵⁵

⁵³Vicenc Aguado, “*La reciente Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*”, ed. civitas, vol. II, (Madrid, 1993), 1699.

⁵⁴Mejía, manual de Derecho Administrativo, 358.

⁵⁵Ernesto, Jinesta Lobo, *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*, ed. jurídica continental tomo I, (Costa Rica, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2008), 127-128.

La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, carezca de sentido, he ahí la importancia de las medidas, pues estas aseguran los efectos de la sentencia. Esa es la importancia de la instrumentalidad y carácter accesorio de las medidas respecto de otro proceso al que se atribuye el carácter principal.

3.6. La tutela cautelar como garantía de la tutela judicial efectiva

Estos actos procesales de aseguramiento, encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva⁵⁶, la tutela judicial efectiva es uno de los derechos reconocidos con el rango de fundamental por el artículo 18 de la constitución bajo la figura del derecho de petición⁵⁷.

Es también característica propia de la tutela judicial efectiva, que implique el derecho de todo actor o demandante a obtener una resolución sobre el fondo del proceso, jurídicamente motivada, a través de su formulación en los fundamentos de derecho de la resolución. En consecuencia, supondrá una violación de este derecho aquella resolución que revele una evidente contradicción interna entre los fundamentos jurídicos, o entres estos y el fallo; la tutela judicial efectiva comprende igualmente el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios que

⁵⁶ El derecho a la Tutela Judicial Efectiva comprende el derecho de toda persona a ser parte de un proceso, ya a poder promover en su marco a la actividad jurisdiccional a que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/1984)

⁵⁷ En relación con el contenido del derecho de petición, la SC ha dicho que “el ejercicio de este derecho constitucional implica la correlativa obligación de los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les eleven, pues el gobierno de la República esta instituido para servir a la comunidad. Se hace necesario señalar, que la contestación que se ha hecho referencia, no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla” Sentencia de 4-VI-199, Amp. 41-M-96, considerando II 2.

el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos.

Necesariamente, la tutela judicial efectiva implica una exigencia de que el fallo judicial se cumpla y que en consecuencia el actor sea repuestos en su derecho y, en su caso, compensando, ya que difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguran el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, que sean protectores de derechos fundamentales⁵⁸ vulnerados por una norma en específico, o incluso que tutela judicial efectiva comprende en un triple e irrevocable enfoque:

- A. La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
- B. De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del cierto de dicha decisión.
- C. Que esa sentencia se cumpla, ósea a la ejecutoriedad del fallo.

El principio de la tutela cautelar, es una derivación de la tutela judicial efectiva, se presenta como límite infranqueable a la potestad jurisdiccional, pues el juzgador debe realizar un examen antes de adoptar alguna medida cautelar ya que es sus manos están puestas las esperanzas de que sea un buen y efectivo administrador de la justicia.

⁵⁸ La SC ha explicitado que con el concepto de derechos fundamentales “se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidas a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad , su libertad y su igual inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivadas, desarrollando una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la constitución” . Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1.

Las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales, sino que se convierten en instrumento de la tutela judicial ordinaria, pues son necesarias al juzgador para la aplicación de la justicia, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho constitucional. El derecho a la tutela cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la tutela judicial efectiva, y adquiere una transcendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, el del derecho sustantivo.⁵⁹

Los efectos negativos que trae la demora de la resolución oportuna de las causas judiciales pueden ser disminuidos, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado y excepcionalmente innovativas dependiendo el caso particular, que les devuelva a los particulares la confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, y brindarles la seguridad jurídica que necesitan, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir. Así, la Tutela Judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia que en su día declare derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la administración de justicia, el derecho cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento constitucional, puedan hacerse efectivos y de esta forma preserve la seguridad jurídica.

⁵⁹ El Tribunal ha señalado que la seguridad jurídica es una condición para la garantía de los derechos fundamentales: la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Sentencia de 19- III-2001, Amp. 305-99, Considerando II2.

Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica. De allí la importancia que revisten las garantías, tendientes a la efectividad de los derechos sustanciales, pero fundamentalmente también la organización del poder a través de una serie de potestades que se atribuyen a las magistraturas públicas, las que constituyen garantías políticas de control de las libertades.

Del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos o intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la demora en la resolución de las causas judiciales, no escapa la tramitación de los procesos que se plantean ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, por el contrario, esa eventualidad resulta ser gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones.

Ello resulta así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconocía como medida cautelar la suspensión del acto reclamado, pero no contemplan ningún otro tipo de protección cautelar o prohíben el desarrollo de alguna actividad. La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, pos supuesto deja de ser justicia. Ello no quiere decir que el juzgador no pueda adoptar otras medidas cautelares que le ayuden a garantizar la aplicación justa y efectiva de la justicia. Como es en el caso de que la SCA reconoce las medidas innovativas.⁶⁰

⁶⁰ En el auto interlocutorio del 22 de enero de 2014 de la referencia 293-2013.

3.6.1. Fundamento de la aplicación de la medida cautelar

El derecho a obtener tutela cautelar, se enmarca dentro de un derecho de tutela judicial efectiva, cuyo contenido comprende el de acceso a la tutela Judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, y el de obtener la ejecución de la sentencia. Aun cuando no es lo mismo tutela cautelar que tutela judicial efectiva, la primera es un instrumento de la segunda, en tanto contribuye a su consecución, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada, no solo en el plano jurídico, sino también en el plano fático, y eso se logra precisamente a través de la medida cautelar, que se constituye en el instrumento por excelencia para darle eficacia a la decisión final del proceso.

La tutela cautelar un papel central al momento de constatar el logro de los fines del proceso, los cuales no podrían conseguirse si al momento de obtener una decisión definitiva sobre el fondo, han desaparecido parcial o totalmente las condiciones que permitan el cumplimiento de lo ordenado. El derecho a la tutela judicial efectiva reclama la existencia de una tutela cautelar, y en concreto la posibilidad de que la ejecutividad del acto pueda someterse al control judicial.

En tal sentido, se pueden solicitar cuantas medidas cautelares sean necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, lo cual implica que para que exista una tutela judicial efectiva en el proceso, la Sala deberá conceder las medidas cautelares pertinentes, idóneas y proporcionales para que el actor no quede en el estado de indefensión. Por lo tanto, el fundamento de las medidas cautelares es la tutela judicial efectiva de la jurisdicción, garantizando así la efectividad de la sentencia.

3.6.2. La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo

En primer lugar, en la derogada LJCA⁶¹ se establecía el reconocimiento de la suspensión del acto como única medida cautelar y se establecía que al admitir la demanda, la Sala en el mismo auto podrá resolver sobre la suspensión provisional del acto administrativo que se impugna. La suspensión sólo procedería respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos.

Se establecía también que sería procedente ordenar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva. No se otorgaría la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, si al concederse se siguiera perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público.

Siempre que se ordenare la suspensión, se notificaría inmediatamente a la autoridad o funcionario demandado, y si no la cumple, se procederá en la forma indicada en los artículos 36 y 37 de la misma Ley. Para ordenar la suspensión podrá usarse la vía telegráfica o cualquier medio de comunicación análogo, con aviso de recepción.

Cuando se ordenaba o no la suspensión provisional, se pedía informe a la autoridad o funcionario demandado, acompañando una de las copias que se refiere el artículo 10 de la misma ley. Este informe deberá rendirse

⁶¹ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, del 19 de diciembre de 1978.

por la vía telegráfica o por cualquier medio de comunicación análogo dentro de cuarenta y ocho horas.

El hecho de haber recibido el demandado la petición de informe a que se refiere este artículo, se podrá establecer por cualquier medio razonable que conste en el proceso. En el informe, la autoridad o funcionario demandado, se concretará a expresar si son ciertos o no los actos que se le atribuyen. La falta de informe dentro del plazo expresado, hará presumir la existencia del acto administrativo impugnado, para los efectos de la suspensión.

Recibido el informe o transcurrido el plazo sin que el demandado lo rindiere, la Sala resolverá sobre la suspensión: decretándola, declarándola sin lugar, o, en su caso, confirmando o revocando la provisional. Esta resolución se notificaría al Fiscal General de la República, para los efectos prescritos en el artículo 13 de la misma ley. La resolución que se pronunciaba sobre la suspensión del acto administrativo no causaba estado y podía revocarse siempre que la Sala lo estime procedente.

Según lo establecido en la nueva LJCA⁶² en el proceso contencioso administrativo cuando se requiere de una medida cautelar, las partes podrán solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución de la sentencia, la adopción de cuantas medidas fuere necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.

Las medidas cautelares se solicitarán ordinariamente junto con la demanda. No obstante, también podrán solicitarse antes de la presentación

⁶² Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, D.L. N° 760, del 28 de agosto de 2017, publicada en el D.O. N° 209, Tomo 417, del 9 de noviembre de 2017.

de la demanda siempre que se alegue y acredite razones de urgencia y necesidad. En este caso, dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los plazos regulados para la interposición de la demanda.

Para la adopción de cualquier medida cautelar se necesitan presupuestos y el tribunal para decidir deberá valorar: a) Si la actuación u omisión impugnada produce o puede producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. b) Si de la pretensión puede establecerse, mediante un juicio provisional, la apariencia favorable a derecho. c) Todos los intereses en conflicto; la medida podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave a los intereses generales o de terceros, que el Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

En cuanto al trámite de la medida cautelar solicitada, la petición cautelar no va a suspender la tramitación del proceso y de la petición cautelar se dará audiencia a la parte contraria por el término de tres días para ejercer oposición. Transcurrido dicho término, el Tribunal dictará resolución motivada dentro de los tres días siguientes, otorgando o denegando la medida cautelar.

No obstante, cuando existan circunstancias de especial urgencia y necesidad que concurran en el caso y que puedan comprometer la eficacia de la medida, el Tribunal podrá acordar la medida cautelar sin oír a la parte contraria. Esta resolución no admitirá recurso alguno. En la misma resolución que acuerde la medida, el Tribunal convocará a las partes a una audiencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

En cuanto a la ejecución de la medida cautelar acordada y, en su caso, cumplida la contracautela que se explicará a continuación, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de la sentencia. Las contracautelas del párrafo anterior, se explicaran de la siguiente manera: cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, el Tribunal podrá acordar las medidas que sean necesarias para evitar o paliar dichos perjuicios. La contracautela podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas por la ley.

La medida cautelar no podrá llevarse a efecto hasta que la contracautela hubiera sido cumplida. Para la fijación del monto de la caución o garantía en que consista, en su caso, la contracautela exigida al solicitante de la correspondiente medida cautelar, el Tribunal deberá considerar los posibles perjuicios concretos que se deriven de la adopción de dicha medida, para lo cual podrá auxiliarse de peritos idóneos.

Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración Pública, o la persona que pretendiere tener derecho a la indemnización de los daños producidos, podrán solicitar esta, ante el propio Tribunal que acordó la medida dentro del año siguiente a su levantamiento.

En cuanto a la duración o modificación de la medida cautelar, se entiende que las medidas cautelares estarán en vigor hasta que se presente algunas de las siguientes situaciones: que recaiga sentencia firme que ponga fin al proceso en el que hayan sido acordadas, el proceso finalice por cualquiera de las otras formas de terminación previstas en esta ley, o hasta la ejecución total de la sentencia, en caso que se hubieren adoptado en esta fase del proceso.

No obstante, las medidas podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del proceso, a petición de parte o de oficio, si se alegan y prueban hechos o circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su adopción. Asimismo, con iguales requisitos podrá presentarse nueva petición sobre la medida previamente denegada, todo lo expuesto para mayor comprensión y explicación de la evolución de la jurisdicción contencioso administrativo.

3.6.2.1. Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa

Con el surgimiento de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1978, se pretendía que con la introducción de la Jurisdicción “contencioso Administrativa” en el sistema de justicia, se designará la potestad para conocer y dirimir controversias suscitadas en relación con la legalidad de la actividad de la administración pública.

La creación de la Jurisdicción contencioso administrativo en El Salvador se remonta al año 1978, año en que la Asamblea Legislativa emitió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuya creación en el sistema jurídico salvadoreño representaría un gran avance, al encarnar un eficaz instrumento para garantizar al administrado la tutela de sus derechos subjetivos e interese legítimos frente a la actividad de la administración pública y, por ende, una importante herramienta para el aseguramiento de la legalidad y certeza del derecho.

La instauración de dicho régimen llenaría un vacío existente en la legislación salvadoreña, ya que, mediante la ley mencionada, se garantizan tanto los derechos reconocidos a los administrados, como los derechos de la administración pública.

Este ordenamiento concibe y estructura la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia y en el contexto de la organización de esta, como potestad de la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye una norma secundaria de disposiciones sencillas y de fácil aplicación, inspirada en principios rectores del derecho administrativo y en normas sobre esta materia, procedentes de códigos y leyes de otros Estados.

Instauración de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, el control judicial de la Administración pública se configuro en El Salvador desde 1978, en los albores de una guerra civil. El conflicto armado y sus nefastas consecuencias explican los reiterados esfuerzos de la ciudadanía y, además, del gobierno por hacer llegar la justicia a toda la población y garantizar a los particulares sus derechos.⁶³

Los avances que se han dado en la historia administrativa de El Salvador se pueden catalogar como significativos, ya que han ocurrido desde que imperaba el sistema de justicia retenida, bajo el cual el contencioso administrativo se concebido como un control interno de la Administración sobre su propio aparato; En la actualidad con la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que la Asamblea Legislativa emitió se pretende responder a los principios y tendencias modernas del Derecho Administrativo y que deberá constituir una verdadera garantía de justicia frente a las decisiones y actuaciones de la Administración Pública.

⁶³ Sara E. Ventura, “Breve Aproximación a la Jurisdicción Contencioso Administrativo en El Salvador: Aspectos Esenciales y Elementos Contrastantes con el Modelo Español”, ed. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia, El Salvador: Revista Aragonesa de Administraciones Públicas N°32. junio, (2008), 628.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares en el capítulo VI, específicamente en los artículos 97 al 102, esta regula los momentos procesales oportunos para solicitar las medidas cautelares y establece que se tomaran las medidas necesarias para el aseguramiento de la efectividad de la sentencia, en ese sentido cabe la posibilidad de decretar medidas que sean de carácter innovativo, así como los presupuestos procesales para decretarlas, su trámite y ejecución de estas así como su duración y modificación.

Otro avance que se puede observar en la nueva ley es que se regula la contracautela, porque cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, el tribunal podrá acordar las medidas que sean necesarias para evitar o paliar dichos perjuicios.

Se podrá constituir la contracautela en cualquiera de las formas que sean admitidas por la ley. Y la medida cautelar no podrá llevarse a efecto hasta que la contracautela hubiera sido cumplida. Ahora bien, para la fijación del monto de la caución o garantía en que consista, en su caso, la contracautela exigida al solicitante de la correspondiente medida cautelar, el tribunal deberá considerar los posibles perjuicios concretos que se deriven de la adopción de dicha medida, para lo cual podrá auxiliarse de peritos idóneos, y una vez levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración Pública, o la persona que pretendiere tener derecho a la indemnización de los daños producidos, podrán solicitar esta, ante el propio tribunal que acordó la medida dentro del año siguiente a su levantamiento; Otro avance en beneficio al administrado y para una efectiva protección jurisdiccional frente a los actos y decisiones de la administración se crearon los juzgados de lo contencioso administrativo los cuales desarrollaran su función jurisdiccional según lo establecido en la Constitución

de la República y la nueva LJCA⁶⁴, con el fin de brindar una pronta y cumplida justicia.

⁶⁴ Decreto 761 de fecha 28 de agosto de 2017, publicado en el D. O. N° 174, Tomo 416, de fecha 20 de septiembre de 2017.

CAPITULO IV

APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el capítulo cuatro, se estudia la aplicabilidad y eficacia de las medidas cautelares innovativas en el proceso contencioso administrativo, en el que se plasma la medida innovativa como nueva concepción de las medidas cautelares, la finalidad, delimitación conceptual, sus denominaciones, sus características, sus presupuestos procesales, con mayor énfasis se analizan los criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo para la aplicación de medidas cautelares innovativas, así como también el análisis de la eficacia de las medidas innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los periodos de 2014-2018.

4. La medida innovativa como nueva concepción de las medidas cautelares

Dado el sustento en la doctrina y jurisprudencia comparada para pronunciar la tutela anticipada y las medidas innovativas; así como la demostración que en el sistema normativo salvadoreño cuando no se haya hecho como la denominación científica correcta, ya se le ha dado carta de ciudadanía bajo el ropaje de las medidas cautelares a la tutela anticipada, es preciso exponer los posibles supuestos teóricos de procedencia de la tutela

anticipada en el Derecho procesal administrativo, con especial referencia a las características vernáculas de la materia. En efecto, lo primero que salta como evidente es el hecho que siendo la base teoría de la *tutela anticipada* aplicable a todas las parcelas del Derecho Procesal, no podemos dejar de advertir ciertas particularidades con respecto a la disciplina del Derecho procesal administrativo.

Pero además, esta concepción doctrinal surgida al amparo de los citados preceptos legales parece encontrar apoyo actualmente en la propia jurisprudencia del tribunal constitucional, conforme a la cual, el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien comprende el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, no alcanza a cubrir las distintas modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, porque “ *tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estudiado en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación*”.

4.1. Finalidad de la medida cautelar innovativa

En la clasificación de los procesos judiciales se emplean diversos criterios. Atendiendo al criterio de función o finalidad los procesos son de cognición, ejecución y cautelar, según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia.

No obstante, en doctrina aún se discute si el proceso cautelar es efectivamente un proceso o un procedimiento, sosteniéndose que no es proceso porque en él no se resuelve un conflicto de intereses ni se elimina

una incertidumbre jurídica, sino que solo se garantiza el cumplimiento de una pretensión que corre en el proceso principal de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses. En el sistema el proceso cautelar se rige por la finalidad del proceso principal, teniéndose a sí que toda medida cautelar, solicitada dentro o fuera de un proceso, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Se trata de que la autoridad administrativa haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Al peticionar una innovativa el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud, es decir, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la administración.

4.1.1. Delimitación conceptual de medida cautelar innovativa

El doctrinario argentino *Peyrano*, define a la medida innovativa como *“aquella medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor”*⁶⁵

Se advierte así la calidad excepcional de esta medida cautelar, y esta radica en que a diferencia de las demás medidas, esta no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables, ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis, ordenando

⁶⁵ Peyrano, *La palpitante de la Medida Innovativa*, 15.

sin que medie sentencia firme del mérito que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Esta institución tiene sus orígenes actuales en la formulación de *Jorge W. Peyrano* en la República de Argentina, el cual a través de su obra titulada “*La Medida Cautelar Innovativa*” fue el primero en teorizar sobre su aplicación al proceso civil argentino.⁶⁶

4.1.2. Denominaciones de la medida cautelar innovativa

Como primera denominación que ha recibido las medidas innovativas es la de *medidas cautelares positivas*, esta denominación es utilizada en España⁶⁷, y hace referencia a la característica, del contenido del mandato judicial (*de hacer*); también se ha utilizado el nombre de *medidas cautelares innominadas*, haciendo referencia a su no previsión por la legislación⁶⁸ asimismo también se le ha denominado *medida cautelar atípica* aludiendo al poder cautelar genérico de la jurisdicción.

Las anteriores denominaciones pueden no ser las más acertadas. En cuando al nombre de *medida cautelar positiva* se tiene que decir que efectivamente el contenido de la medida innovativa es el de requerir al demandado (en el caso de la autoridad demanda) *una conducta de carácter*

⁶⁶Víctor Humberto Álvarez Hernández, y otros, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo”, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2008), 213.

⁶⁷ Así el doctor Peyrano: “Igualmente, cabe apuntar que en España donde mucho se ha tenido que bregar sobre la cuestión—solo un puñado de decisiones judiciales se han atrevido a decretar lo que en ese país se denomina “medida cautelar positiva”, cuyas características y consecuencias están muy próximas a las correspondientes a la medida cautelar innovativa.”, Peyrano, W, Jorge, *La batalla por la medida cautelar innovativa*, en: *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, (Santa Fe, 2000), 294.

⁶⁸Gamero Casado, Derecho Administrativo Monografía, 104.

positivo en contraposición a la de no hacer, contenido típico de la suspensión del acto reclamado, es decir, una obligación de hacer, en la nomenclatura de obligaciones; pero no se agota en ese contenido sino también podrá ser que se ordene un no hacer, pero con la posibilidad de retrotraer los resultados de la actividad que se controvierte como ilegal, es decir, “*ex nunc*”, o mejor aún, *la medida innovativa puede ser positiva y negativa*.

El problema se ve que al utilizar la denominación de medida cautelar positiva se hace una identificación con la *teoría cautelar ortodoxa*, en la cual los presupuestos para la medida innovativa no son totalmente aplicables. Así por ejemplo el *fomus boni iuris* es de plena aplicación en las medidas cautelares; pero en *la medida innovativa* este tiene un plus valor, pues se requiere más que una apariencia; en este punto la doctrina habla de *certeza suficiente*⁶⁹ o *fuerte probabilidad*. Y como dice el doctor Carbone, *la certeza suficiente supera la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, y está dado por la fuerte probabilidad de existencia del derecho pero que no alcanza el grado de certeza definitiva por lo acotado del debate procesal mientras se despacha*⁷⁰.

En cuanto a la segunda denominación (*innominadas*), se corre el riesgo de identificar la circunstancia de no estar regladas o legisladas algunas medidas innovativas, como una característica definitoria de esta. Se puede decir que, si bien una de las características de la innovativa es precisamente la falta de previsión por el legislador, ello puede no ser cierto en algunos casos. Será una apreciación de *técnica legislativa* el hecho de

⁶⁹Carlos Alberto Carbone, *¿Existen los despachos interinos de fondo en la legislación Argentina?*, en *Sentencia anticipada* (Despachos Interinos de Fondo) director Jorge W Peyrano, Coordinador Carlos, Alberto Carbone, Rubinzal-Culzoni, (Santa Fe), 99.

⁷⁰ *Ibidem*. 101.

regular cualquier especie de la tutela anticipada como la *medida innovativa* para una situación de hecho o derecho determinada.

El otro nombre que la doctrina le ha asignado (*atípica*) tampoco es muy atinado, pues, nuevamente hace referencia al carácter reglado o no, de tal modo que de una forma residual los jueces acuden a ese poder cautelar; cuando es sabido que ese poder cautelar si bien fue funcional para dar cobertura legal, a la medida innovativa (en caso de Argentina), hoy se encuentra superado, por el hecho de contar con presupuestos procesales propios que la separan de las medidas cautelares clásicas.

Por lo anterior, y en consonancia con la doctrina, es atendible la denominación de *medida innovativa*, por cuanto su efecto es precisamente innovar una situación; independientemente que este legislada o no; así mismo se aparta de los presupuestos procesales de la teoría cautelar clásica al exigir algo más que el “*fomus buni iuris*” (certeza suficiente y el “*periculum in damni*”) y por último que no necesariamente habrá de coincidir su dictado con el efecto de la sentencia de mérito. Por eso es atendible la denominación que se ha hecho de medida innovativa en cuanto a la posibilidad de retrotraer la situación y generar otra que no esté preexistente.

4.1.3. Características de la medida cautelar innovativa

La doctrina le atribuye diversas connotaciones a la medida innovativa, mismas que han sido propiciadas por la adopción de los tribunales a los distintos casos a los que les es sometida la pretensión innovativa.

Así podemos esbozar que son cinco sus características principales a saber: efecto retroactivo, modificación de hecho o derecho de una situación

preexiste o no al momento de su dictada y la característica de que esta puede presentarse como tutela anticipada.

4.1.3.1. Efecto retroactivo

Esta característica se desprende de la definición promocionada por el doctor *Peyrano* cuando dice “... o de que se retraigan las resultas consumadas de una actividad...”; en efecto retrotraer significa volver las cosas a su estado anterior y se le otorga ese efecto, no importando que la situación de hecho o de derecho se encuentre consumada o firme. Esta nota es de una trascendencia enorme para el sistema cautelar en el derecho procesal administrativo pues según el sistema de la medida cautelar que se regulaba en la derogada LJCA solo permitía otorgar la suspensión del acto administrativo cuando este cause efectos positivos (donde efectos positivos significa el hecho de causar, el acto impugnado, un cambio en la esfera jurídica del ciudadano de una forma preexistente.) siempre y cuando los efectos no se encuentren consumados.

Este efecto retroactivo, tiene una importancia trascendental en su aplicabilidad al sistema contencioso salvadoreño. En línea con esta disposición, la jurisprudencia de la SCA ha denegado o revocado la única medida cautelar que contempla la LJCA por el hecho de estar consumadas; en ese sentido el análisis utilizado con frecuencia es: “se revoca la medida cautelar ordenada en vista que la autoridad demandada comprobó que el contrato ya había sido firmado por lo que los efectos del acto de adjudicación se habían consumado.”⁷¹

⁷¹Sentencia de fecha 15-XII-2004, Proceso con referencia 265-A-03, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema De Justicia.

Esta línea jurisprudencial, por definición, es incompatible con la medida innovativa pues al tener efectos retroactivos no importaría que se haya consumado la actuación de la administración, máxime cuando esta actividad ha sido llevada a conclusión de una forma antijurídica, afectando la esfera jurídica del administrado.

Es de hacer notar que la jurisprudencia citada ha revocado la suspensión del acto una vez ya había sido concedida la medida cautelar de la suspensión del acto, siendo incompatible este criterio jurisprudencial con la definición de medida innovativa.

La característica de la retroactividad es la más distinta de las otras, en ese sentido Peyrano reafirma esta vocación de la innovativa cuando nos dice: “como fuere, lo cierto es que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho”.⁷²

En ese sentido el efecto “*ex tunc*” de la medida innovativa posibilita que se ocupe aquellas situaciones en que la consumación del acto o la continuidad de la ejecutividad del mismo, se presenta como la única medida posible para determinar la efectividad de la tutela ya sea en sede administrativa o de los jueces administrativos, pues no se puede suspender lo que ya ha sido consumado; además, el efecto “*ex tunc*” es lo que permite evidenciar si estamos en presencia de la medida cautelar típica del proceso administrativo, o nos encontramos ante otra medida cautelar en un proceso distinto al proceso administrativo.

⁷²Peyrano, *La palpitante de Medida Innovativa*, 26.

4.1.3.2. Modificación de hecho o de Derecho de una situación preexiste o no al momento de su dictado

Esta característica es la que algún sector de la doctrina toma para dar el “*nomen iuris*” a esta institución en otros sistemas jurídicos (medida cautelar positiva) pues se ha entendido que si el mandato judicial es en el sentido de realizar una acción se entiende que esta es positiva, es decir, se le concibe como una contracara de la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado. Pero también la medida innovativa puede ordenar la no realización o la abstención de una acción de hecho o de derecho de la autoridad demanda, como se observa de la definición del doctor Peyrano.

El elemento para diferenciar la innovativa de la suspensión del acto es que este último no tiene efectos retroactivos, por lo que careciendo del efecto “*ex nunc*”, no puede catalogarse como suspensión del acto un mandato judicial que ordene una cesación de un estado de hecho o antijurídico y a la vez otros efectos, como, por ejemplo, la generación de una situación existe o no, a la fecha de la expedición de la resolución judicial, que contiene la medida.

Al respecto también existen pronunciamientos de la SCA en la que ha denegado precisamente la modificación de hecho o de derecho de una situación existe o no. A continuación se desarrolla parte del argumento que hace la SCA, en el cual deniega la solicitud de adoptar una medida de este tipo: es en el proceso con Referencia 158-R-2001, promovido por Carlos Rodríguez García contra la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia , el actor alegaba la ilegalidad de la actuación de la funcionaria encargada de entregar los libros de protocolo por no existir motivo alguno

para retenerlo. Se decía que ante tal retención se le estaba impidiendo ejercer la función pública notarial; solicitando como medida cautelar “la entrega provisional de un libro de protocolo” mientras se tramite el proceso.

Al respecto esta Sala sostuvo que la solicitud de una medida cautelar innominada por -vía de la interpretación- como era “la entrega provisional de un libro de protocolo” en los términos propuestos por el actor, no se adecuaba a la intencionalidad del legislador, ya que este eligió únicamente la suspensión de los efectos del acto, por lo cual no existía cobertura a medidas como la indicada”. Por lo anterior este Tribunal declaró sin lugar la medida solicitada.⁷³ El criterio de la SCA para denegar la “medida cautelar innominada” ha sido restrictivo en este caso, pues se ha atendido a la mera imprevisión de la regulación legal en la LCJA de la medida solicitada, interpretando la voluntad del legislador. Ante esta situación no está claro a cuál legislador se hace referencia si al de antes o después de la Constitución de 1983, por lo que es una interpretación restrictiva de la Ley.

4.1.3.3. Puede presentarse como tutela anticipada

Existen casos en que la medida innovativa coincide con la pretensión de fondo, ya sea de forma parcial o total, es lo que se conoce como tutela coincidente: El doctor Peyrano se refiere a este fenómeno que se presenta: “Cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito.”⁷⁴ Es de destacar que cuando la innovativa se presente con algunas de estas características, necesariamente variaran sus matices en el pedido por parte de los litigantes y el pronunciamiento de que aquellos hagan

⁷³Sentencia de fecha 26-VII-2003, Proceso con Referencia 158-R-2001, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

⁷⁴Peyrano, *La palpitante de Medida Innovativa*, 31.

el órgano jurisdiccional. La característica de tutela anticipatoria es uno de los rasgos más sobresalientes esta institución, pues es la forma por medio de la cual se reconoce que existe la posibilidad de otorgar parte o toda la pretensión aun antes que finalice el juicio ordinario.

Es necesario recordar que el “*periculum in damni*” se produce en la esfera del demandante y el “*periculum in mora*” en la relación procesal. Este elemento vale decir, desde ya ha sido reconocido por la jurisprudencia de la SCA, aunque no con el nombre exacto, al establecer en el auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete la doctrina del *periculum in damni* de la siguiente forma:

A. Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no puede restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser establecida por la sentencia. Como se ha expuesto, el daño- está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso.⁷⁵

4.1.4. Diferencia entre la suspensión del acto reclamado y la medida cautelar innovativa

Ya determinadas las características de la medida cautelar innovativa, es procedente realizar la diferenciación entre estas dos medidas cautelares,

⁷⁵Gamero, *Derecho Administrativo Monografía*, 103.

así tenemos que la suspensión de acto es la única tutela cautelar que aparece regulada en la LJCA y es una medida que tiende a paralizar la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado siempre y cuando este produzca o pueda producir una modificación en la esfera jurídica del destinatario de la actividad de la administración. Lo primero que surge en esta definición reconstruida de la jurisprudencia y la LJCA es que solo hace alusión a la actividad más representativa de la administración pública, pero omite manifestarse sobre las actuaciones de hecho o incluso de las omisiones de la misma. Es por ello que el doctor Gamero Casado atribuye el carácter tradicional de jurisdicción de revisión al contencioso administrativo, el hecho de solo estar regulada esta medida cautelar.

Por el contrario, con la medida cautelar innovativa según el Doctor Peyrano, considera “que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a su derecho. Su partida de nacimiento, justamente, fue la respuesta a una situación donde resultaba inidónea la prohibición de innovar porque se debían revertir las cosas a un estado anterior.”⁷⁶

4.1.5. Presupuestos procesales de la medida cautelar innovativa

4.1.5.1. Apariencia de derecho invocado (“fomus boni iuris”)

Este es el primero de los requisitos que deben concurrir para que resulte posible el despacho de una medida innovativa. Eso implica, que quien

⁷⁶Peyrano, *La palpitante de Medida Innovativa*, 215.

requiere el despacho de la diligencia deberá acreditar su razón. El juzgador deberá extremar su diligencia en verificar si el peticionaste goza de una apariencia de buen derecho.

4.1.5.2. Peligro en la demora (“periculum in mora”)

Para otorgar una medida innovativa, se debe presuponer la existencia de un riesgo; es decir, que si el Órgano Jurisdiccional no actúa es muy probable que nunca más pueda hacerlo con la debida eficacia. La “demora” representada por el lapso que necesariamente invertirá la tramitación de un proceso y el tránsito de sentencia a cosa juzgada, conlleva a que no se ejecute con eficacia la sentencia, y por lo tanto la imagen de la administración de justicia, y por lo tanto la imagen de la administración de justicia queda deteriorada.

4.1.5.3. Contracautela

Al inicio de la investigación no se regulaba dicho presupuesto según la derogada LJCA, ahora bien, en el sistema contencioso administrativo ya se regula este presupuesto en la nueva LJCA y se establece que cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, el tribunal podrá acordar las medidas que sean necesarias para evitar o paliar dichos perjuicios. La contracautela podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas por la ley. La medida cautelar no podrá llevarse a efecto hasta que la contracautela hubiera sido cumplida.

En cuanto a la fijación del monto de la caución o garantía en que consista, en su caso, la contracautela exigida al solicitante de la

correspondiente medida cautelar, el Tribunal deberá considerar los posibles perjuicios concretos que se deriven de la adopción de dicha medida, para lo cual podrá auxiliarse de peritos idóneos. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración Pública, o la persona que pretendiere tener derecho a la indemnización de los daños producidos, podrán solicitar esta, ante el propio Tribunal que acordó la medida dentro del año siguiente a su levantamiento.

En comparación con otros países como Argentina, Brasil y España es regulada en sus leyes y cuentan con numerosa jurisprudencia y doctrina al respecto, en el caso de El Salvador por ser algo nuevo no se tiene por el momento jurisprudencia al respecto.

Para el despacho de cualquier medida cautelar, incluso innovativa es necesario la prestación de la contracautela, el cual representa el necesario contrapeso de su despacho inauduta pars (sin dar audiencia a la otra parte). Sin embargo, encontramos que, al solicitarse una medida innovativa, se tiene como consecuencia la dificultad que enfrenta el juzgador al momento de valorar la contracautela.

4.1.5.4. Irreparabilidad del perjuicio

Esto es lo que el Doctor Peyrano llama el cuarto recaudo, de la exigencia de que concurra el presupuesto del perjuicio irreparable, el cual se reclama como requisito propio y característico para el despacho de una innovativa.⁷⁷

⁷⁷Ibídem. 16.

Señala que al “perjuicio irreparable” siempre se le utiliza desde un ángulo estrictamente realista, y que no se ignora que cualquier daño puede ser monetariamente resarcido. Sin embargo, se sabe que no siempre el dinero repare adecuadamente, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prontamente a los bolsillos del perjudicado.

No obstante, es imprescindible que el interesado pruebe prima facie el porqué de la irreparabilidad en términos reales, es decir lo que invoca, aportando los elementos probatorios pertinentes que avalen su afirmación.

4.1.5.5. Excepcionalidad de la medida

Esto es más que un requisito de variabilidad, constituye una advertencia para el juzgador que se ve enfrentado con la responsabilidad de despacharla. Hay que dejar claro su calidad excepcional y por ende subsidiaria, no debe existir otra medida precautoria apta para obtener el fin perseguido. Es decir, su despacho procede cuando no hay otra vía (menos drástica) para prestar jurisdicción de manera eficaz.⁷⁸

4.2. Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo contencioso administrativo para la aplicación de las medidas cautelares innovativas

Para la adopción de las medidas cautelares innovativas la Sala valoró los siguientes presupuestos de la sentencia 499-2016, según el caso del cual se expone un extracto “El cuatro de octubre del año dos mil dieciséis, el

⁷⁸ Ibídem. 217.

licenciado Marcos Jonás M. A., en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de los señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., interpuso demanda contencioso administrativa contra el Concejo Municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate, por la emisión del acuerdo número seis que contiene el acta número veinte, de fecha diecinueve de agosto de dos mil dieciséis, por medio del cual acuerda suprimir las plazas de vigilante y administrador de cementerio desempeñadas por los señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., respectivamente, a partir de uno de septiembre de dos mil dieciséis.”, se solicitó como medida cautelar la suspensión del acto impugnado a lo cual la Sala le se realizó las siguientes consideraciones:

Se señaló que la suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie del género de las medidas cautelares, cuya función es detener la realización de actos que, de alguna manera, impidan o dificulten la efectiva satisfacción de la pretensión, en caso que en la resolución final la parte demandante resulte beneficiada con el acto reclamado.

En este sentido, el fundamento de las medidas cautelares constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto que en el eventual caso se declare la ilegalidad del acto impugnado, el administrado posea una herramienta eficaz y oportuna para salvaguardar su esfera jurídica y no verse afectado por haberse consumado el acto administrativo; a fin de que, la ejecución de una sentencia estimatoria no se vuelva una mera certeza jurídica, pero con efectos materiales ineficaces o ilusorios en la esfera del administrado. Es decir, que el objeto principal de la pretensión cautelar consiste en asegurar o garantizar la efectividad de la sentencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, la tutela cautelar no es de aplicación automática, sino que, para acceder a la misma, es necesario apreciar la concurrencia de dos presupuestos básicos;

Que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, son contestes en afirmar que su viabilidad se halla supedita a que se demuestre la apariencia de buen derecho—*fumus boni iuris*—y el peligro en la demora – *periculum in mora*—(i. e. Admisión con suspensión de los efectos del acto impugnado de las trece horas y cincuenta minutos del día nueve de noviembre de dos mil quince, referencia 323—2015).

La aplicación al caso: El primer presupuesto habilitante de las medidas precautorias, se refiere a la apariencia que el caso tenga merito legal o de buen derecho, se encontraban ante un concepto jurídico que no busca juicio de certeza o exactitud sino de probabilidad, donde bastara para esta Sala que el derecho alegado sea *virosimil*, es decir, apariencia de ser verdadero, en contra posición a lo que es meramente posible o en el otro extremo, probable al nivel de certeza, sin que ello signifique adelantar opinión o decisión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida.

En el caso, de la exposición de las circunstancias fácticas y jurídicas en que se hace descansar las pretensiones del demandante; se puede advertir la existencia de apariencia de buen derecho, —*fumus boni iuris*—, o merito legal, la cual corresponde a una credibilidad objetiva, seria y razonable, ya que de manera preliminar se advierte circunstancias de hecho y de derecho como que los demandantes señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., son miembros activos del sindicato de trabajadores de la alcaldía municipal de Santa Catarina Masahuat, perteneciente al Departamento de

Sonsonate, gozando así del fuero sindical regulado en el artículo 47 inc. 6° de la Constitución de la República; sin perjuicio que en el transcurso del proceso surjan otros elementos que hagan cambiar este pronunciamiento, según la regla de la variabilidad de las medidas cautelares, reconocida en el artículo 23 de la LJCA.

A. Ahora bien, corresponde analizar el segundo presupuesto habilitante de las medidas precautorias; el cual consiste en el temor fundado de que el derecho pretendido se frustre o sufra un menoscabo durante la sustanciación del presente proceso tendiente a tutelarlos. En los casos analizados, se puede observar que existe un efectivo peligro en la demora natural que produce el trámite de este proceso, ya que de no suspender los efectos de los actos que se reclaman, podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera jurídica de los demandantes, dado que con la supresión de las plazas han sufrido una vulneración patrimonial, al haber dejado de percibir el salario que es su medio de subsistencia.

En consecuencia, después de analizados los presupuestos para la adopción se llega a la conclusión que en el caso en estudio se puede advertir que existe apariencia de buen derecho y peligro en la demora; sin embargo, es relevante subrayar que en vista que las partes demandantes, en efecto han sido apartados del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión.

Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente les ha separado de los cargos; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería

concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida.

Tradicionalmente esta Sala ha dicho que en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.» [Resolución de las doce horas treinta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil trece, referencia 132- 2013].

No obstante, lo anterior, esta Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas. Así, en resolución del doce de septiembre de dos mil catorce, referencia 280-2014, esta Sala dijo:

- A. *En consecuencia, presentándose los presupuestos fácticos para valorar las medidas cautelares, esta Sala puede y debe adoptar tanto la medida de suspensión clásica como otras que efectivicen la tutela del derecho material.*
- B. *(...)Recuérdese que la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas “aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo”.*
- C. *Luego, si el poder jurisdiccional es uno, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República. En base a dicho razonamiento, se ha determinado que, si bien la*

LJCA únicamente se refiere a la suspensión de los efectos del acto reclamado, como medida cautelar en este proceso, esa previsión legislativa no constituye un obstáculo para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dictan en esta sede.

D. Por otra parte, el artículo 18 de la LJCA limita que se otorgue la suspensión provisional del acto administrativo, si de la ponderación de los intereses subjetivos del particular versus los intereses sociales, se ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave al orden público. No obstante, por la naturaleza de los actos impugnados, se verifica que en nada afecta los intereses sociales o el orden público.

En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar la medida precautoria, la Sala establece que resulta procedente ordenar al Concejo Municipal de Santa Catarina Masahuat que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante los actores hayan sido separados de la institución, de existir aún las condiciones necesarias, les reincorpore en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que los peticionarios sigan desempeñando los cargos que ostentaban, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de las plazas suprimidas a otras personas. Ahora bien, en caso que la restitución de los actores a sus mismas funciones resulte materialmente imposible; para lograr la eficacia de la medida cautelar, la autoridad demandada deberá garantizar a los demandantes un cargo de similar categoría, o de mayor jerarquía de

conformidad al artículo 53 inciso primero de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; durante la tramitación de este proceso y hasta que se emita el pronunciamiento respectivo.

Es así como la Sala deja las interpretaciones restrictivas de la Ley y hace una interpretación conforme con la constitución de la Republica y se empiezan a decretar las medidas cautelares llamadas innovativas para así obtener una tutela judicial efectiva.

4.3. Análisis de la eficacia de las medidas cautelares innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el periodo de 2014-2018

4.3.1. Caso contra el Concejo Municipal de Santo Domingo de Guzmán, Departamento de Sonsonate

Extracto de caso: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 166- 2016, el día ocho de marzo de dos mil dieciséis, el señor Juan Joel A. M., por medio de su Defensora Pública Laboral proporcionada por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, licenciada Marina Fidelicia Granados de Solano, interpuso demanda contencioso administrativa contra el Concejo Municipal de Santo Domingo de Guzmán, Departamento de Sonsonate, en lo sucesivo el Concejo Municipal; por la emisión del Acuerdo Municipal número uno, contenido en el acta número veintidós, de fecha diez de diciembre de dos mil quince, por medio del cual se suprime la plaza de auxiliar de catastro, que desempeñaba el peticionario. La parte actora solicita la suspensión de los

efectos del acto administrativo impugnado; y previo a declarar la procedencia o no de dicha petición es necesario realizar las siguientes consideraciones:

La suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie dentro del género de las medidas cautelares, cuya función es impedir la realización de actuaciones que, de alguna manera impidan o dificulten la efectiva materialización de una eventual sentencia estimatoria. En este sentido, para decretar una medida precautoria es necesaria la concurrencia de dos presupuestos habilitantes: la apariencia de buen derecho *fomus boni iuris*, y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *periculum in mora*.

A. Por una parte, el *fomus boni iuris*, hace alusión a la apariencia fundada del derecho, su concurrencia en el caso concreto, se obtiene analizando los hechos alegados, junto con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Por otra parte, el *periculum in mora* entendido como el peligro en la demora hace alusión al riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia estimatoria. En el presente caso, la parte demandante en sus argumentos manifiesta que –a su juicio– existe una ilegalidad en el Acuerdo Municipal que suprimió la plaza que ocupaba el señor A. M.; ya que alega, que el Concejo Municipal ocupó la figura jurídica de supresión de plaza de manera fraudulenta con el objeto de separarle de su trabajo, por motivos subjetivos (contra la persona) y no objetivos (contra la plaza), en este sentido invoca la presunta ilegalidad del

Acuerdo Municipal por medio del cual se suprimió la plaza, ya que –según la parte actora– el referido Concejo Municipal no hace referencia a un dictamen pericial que motive la reestructuración de la organización en la comuna, ni un estudio técnico que determinara que la plaza a suprimir es no solo innecesaria, sino que también representa para la Alcaldía Municipal un desembolso gravoso. Se señala en el texto del Acuerdo del Concejo Municipal: “...CONSIDERANDO que en la municipalidad existe personal quienes laboran bajo la modalidad en un contrato laboral al cual es extensivo hasta el treinta y uno de diciembre del presente año. Que el vínculo laboral establecido entre los empleados y la Municipalidad establece que la contratación termina en un lapso de tiempo determinado y en consecuencia está excluido de la Carrera Administrativa Municipal ; III) que se ha visto al necesidad de suprimir algunas plazas cuyas labores pueden ser desempeñadas por un mínimo de personal...POR TANTO El Concejo Municipal en uso de las facultades que le concede el artículo 30 numeral 2 del Código Municipal y artículo 2 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal ACUERDA: ... Suprimir las plazas siguientes: Auxiliar de catastro quien está a cargo el señor Juan Joel A. M. ... Se declara que no se renovaran los contratos laborales de las personas antes mencionadas...” (folio 7).

De la misma manera el Concejo Municipal al efectuar las propuestas de supresión de plaza, debió hacerlo apegado a Derecho y con una justificación válida, razón por la cual –alega la defensora– la referida supresión de dicha plaza se utilizó para realizar un despido injustificado.

Finalmente apunta, que tampoco se verifica, un esfuerzo por parte de la Administración Pública para reubicarlo; no obstante estar esta situación prevista en la Ley de la materia. Por ello, se demuestra, prima facie, la

apariencia del buen derecho en el presente caso, sin perjuicio que en el transcurso del proceso y de la maduración del material probatorio surjan otros elementos que hagan cambiar este proveimiento anticipatorio, según la regla de la variabilidad de las medidas cautelares, reconocida en el artículo 23 de la LJCA.

B. Referente al peligro de la demora, se puede dilucidar un efectivo peligro, ya que de no otorgarse una medida precautoria podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera económica del demandante, tomando en cuenta que el solicitante es el sostén económico de su grupo familiar, y que con la supresión de la plaza ha sufrido una vulneración patrimonial y de salud, ya que ha dejado de percibir el salario que es su medio de subsistencia.

C. En el presente caso se puede advertir que existe apariencia de buen derecho y peligro en la demora; sin embargo, es relevante subrayar que en vista que la parte demandante, en efecto ha sido apartado del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión. Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente le ha separado del cargo; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida. Tradicionalmente esta Sala ha dicho que «... en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.» [Resolución de las doce horas treinta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil trece, referencia 132-2013]. La Sala realiza un análisis de conformidad a la LJCA respetando los presupuestos procesales para la adopción de las medidas cautelares, pero

considerando las circunstancias del caso no se queda con solo lo dicho por la LJCA, sino que realiza un análisis más profundo como a continuación se observara:

No obstante, lo anterior, esta Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas. Así, en resolución del doce de septiembre de dos mil catorce, referencia 280-2014, esta Sala dijo: «... en consecuencia, presentándose los presupuestos fácticos para valorar las medidas cautelares, esta Sala puede y debe adoptar tanto la medida de suspensión clásica como otras que efectivicen la tutela del derecho material (...) Recuérdese que la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas “aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo”. *Cursivas fuera del texto.* Luego, si el poder jurisdiccional es uno, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República.». En base a dicho razonamiento, se ha determinado que, si bien la LJCA únicamente se refiere a la suspensión de los efectos del acto reclamado, como medida cautelar en este proceso, esa previsión legislativa no constituye un obstáculo para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dictan en esta sede.

D. En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, resulta procedente ordenar al Concejo Municipal que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante la parte actora haya sido separada de la institución, de existir aún

las condiciones necesarias, le restituya en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que el peticionario siga desempeñando el cargo que ostentaba, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de la plaza suprimida.

Ahora bien, en caso que la plaza suprimida no se encuentre congelada, y la restitución del actor a sus mismas funciones resulte materialmente imposible; para lograr la eficacia de la medida cautelar, la autoridad demandada deberá garantizar al demandante un cargo de similar categoría, o de mayor jerarquía de conformidad al artículo 53 inciso primero de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; durante la tramitación de este proceso y hasta que se emita el pronunciamiento respectivo.

Se realiza un estudio a la sentencia antes mencionada se puede observar la evolución de la jurisprudencia de la SCA en el caso de decretar medidas cautelares de carácter innovativo, ya que se cumplen los requisitos de ley, pero realizando una interpretación conforme a la Constitución de la República se logra salvaguardar el derecho del administrado de una manera más eficaz ya que se busca lograr una tutela judicial efectiva.

4.3.2. Caso contra el Concejo Municipal de Turín del Departamento de Ahuachapán

Extracto del caso: Auto Interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 126-2016, la señora Cecilia Isabel R. de G., por medio de su Defensora Pública Laboral, licenciada Marina Fidelicia Granados de Solano, ha presentado demanda contencioso administrativa

contra el Concejo Municipal de Turín del Departamento de Ahuachapán, en lo sucesivo el Concejo Municipal; por la emisión del Acuerdo Municipal número ocho, del acta número diecisiete, del tres de diciembre de dos mil quince, por medio del cual se suprime la plaza de auxiliar de cuentas corrientes, que desempeñaba la peticionaria.

La parte demandante solicita la suspensión del acto reclamado, corresponde, en este apartado, examinar la posibilidad de decretar una medida precautoria en el presente proceso, para lo cual resulta necesario señalar que la suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie dentro del género de las medidas cautelares, cuya función es impedir la realización de actuaciones que, de alguna manera impidan o dificulten la efectiva materialización de una eventual sentencia estimatoria.

En este sentido, para decretar una medida precautoria es necesaria la concurrencia de dos presupuestos habilitantes: la apariencia de buen derecho *fumus boni iuris* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *periculum in mora*, por una parte, el *fumus boni iuris*, hace alusión a la apariencia fundada del derecho, su concurrencia en el caso concreto, se obtiene analizando los hechos alegados, junto con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Por otra parte, el *periculum in mora* entendido como el peligro en la demora hace alusión al riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia estimatoria.

A. En el presente caso, se puede advertir que existe apariencia de buen derecho en virtud de la invocación presunta de la ilegalidad del Acuerdo Municipal por medio del cual se le suprimió la plaza, sin que se evidencie de la información aportada, ni de forma indiciaria, que para tal acuerdo mediase un estudio técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión. Así como tampoco se verifica, de los argumentos expuestos y la documentación aportada, un esfuerzo por parte de la Administración Pública para reubicarla. Por ello, se demuestra, prima facie, la apariencia del buen derecho en el presente caso, sin perjuicio que en el transcurso del proceso y de la maduración del material probatorio surjan otros elementos que hagan cambiar este proveimiento anticipatorio, según la regla de la variabilidad de las medidas cautelares, reconocida en el artículo 23 de la DLJCA.

B. En lo concerniente al peligro de la demora, se puede dilucidar un efectivo peligro, ya que de no otorgarse una medida precautoria podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera jurídica del demandante, tomando en cuenta que las funciones que realizaban eran del giro ordinario de la institución.

C. En el presente caso se puede advertir que existe apariencia de buen derecho y peligro en la demora; sin embargo, es relevante subrayar en vista que la parte demandante, en efecto ha sido apartado del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión. Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente le ha separado del cargo; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida.

Tradicionalmente esta Sala ha dicho que «...en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.» [Resolución de las doce horas treinta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil trece, referencia 132-2013]. Es así como la Sala resuelve de conformidad a la DLJCA.

No obstante lo anterior, esta Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas. Así, en resolución del doce de septiembre de dos mil catorce, referencia 280-2014, esta Sala dijo: «...[e]n consecuencia, presentándose los presupuestos fácticos para valorar las medidas cautelares, esta Sala puede y debe adoptar tanto la medida de suspensión clásica como otras que efectivicen la tutela del derecho material (...) Recuérdese que la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas “aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo”. *Cursivas fuera del texto.* Luego, si el poder jurisdiccional es uno, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República.».

Con base en dicho razonamiento, se ha determinado que, si bien la LJCA únicamente se refiere a la suspensión de los efectos del acto reclamado, como medida cautelar en este proceso, esa previsión legislativa no constituye un obstáculo para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dictan en esta Sede. Por tanto, esta Sala puede decretar medidas precautorias, luego de verificar los presupuestos habilitantes para su aplicación, para que en caso de una potencial sentencia estimatoria el resultado no quede burlado.

En ese orden de ideas, las medidas cautelares poseen ciertas características señaladas por la doctrina procesal, y la jurisprudencia conteste de la Sala de lo Constitucional, y de esta Sala, por ejemplo en la resolución anteriormente citada, esta Sala señaló como adecuadas a la jurisprudencia y legislación, las siguientes características en las medidas precautorias: a. Instrumentalidad, en tanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran vinculadas al fin principal en virtud del cual se desarrolla el proceso y del cual se encuentran en dependencia: asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. b. Provisionalidad, ya que su función concluye en cuanto se ha alcanzado el fin a favor de la cual fueron dictadas o la situación fáctica que las sustenta ha dejado de existir. c. Sumariedad o celeridad, como característica que se atribuye a la finalidad que persiguen, no requieren de mayor trámite y sus términos procesales son cortos, ello en vista de que no existe una certeza, sino una probabilidad sobre la existencia del derecho en discusión dentro de la causa principal y están diseñadas para asegurar que el desarrollo de esta discusión tenga una solución que sea eficaz. d. Flexibilidad, las medidas cautelares no son decisiones pétreas; en general son modificables ya sea sustituyéndolas por otra que convenga más a la finalidad perseguida o suprimiéndolas en caso de desaparecer las circunstancias que dieron lugar a que se tomara la medida.

D. En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, resulta procedente ordenar al Concejo Municipal de Turín, Departamento de Ahuachapán, que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante la actora haya sido separada de la institución, de existir aún las condiciones necesarias, la reincorpore en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que la peticionaria siga desempeñando el cargo que ostentaba, a fin

de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de la plaza suprimida a otras personas. Ahora bien, en caso que la plaza suprimida no se encuentre congelada, y la reincorporación de la actora a sus mismas funciones resulte materialmente imposible; para lograr la eficacia de la medida cautelar, la autoridad demandada deberá garantizar a la demandante un cargo de similar categoría, o de mayor jerarquía de conformidad al artículo 53 inciso primero de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; durante la tramitación de este proceso y hasta que se emita el pronunciamiento respectivo.

En el auto interlocutorio después de todas las consideraciones hechas por la Sala en resumen resuelve:

Decretar como medida cautelar, la reincorporación de la señora Cecilia Isabel R. de G., a la plaza que se impugna suprimida de auxiliar de cuentas corrientes, en la Municipalidad de Turín del Departamento de Ahuachapán; inmediata y provisionalmente mientras dure la tramitación de este proceso. En consecuencia, deberá permitir que la señora R. de G., siga desempeñando las funciones de la referida plaza, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, a que se abstenga de asignar las funciones de la plaza suprimida a otras personas. En caso la plaza suprimida no se encuentre congelada, y la restitución a sus mismas funciones resulte materialmente imposible; para lograr la eficacia de la medida cautelar, la autoridad demandada deberá garantizar a la demandante un cargo de similar categoría, o de mayor jerarquía de conformidad al artículo 53 inciso primero de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; durante la tramitación de este proceso y hasta que se emita el pronunciamiento.

En el análisis del auto interlocutorio antes mencionado se puede observar que la Sala considera las circunstancias del caso en específico para así decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger los derechos del administrado de cualquier acto ilegal de la administración, en este caso se observa la eficacia y evolución de la Sala para proteger los derechos de los administrados decretando las medidas cautelares denominadas innovativas, ya se abre una brecha para así dejar las interpretaciones restrictivas de la ley y así lograr una tutela judicial efectiva.

4.3.3. Caso contra el Concejo Municipal de Mejicanos, del Departamento de San Salvador

Extracto del caso: Auto Interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo Con Ref. 362-2016, el día catorce de julio de dos mil dieciséis, la señora Helen Vanessa M.M, por medio de su defensora publica laboral, interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Concejo Municipal de Mejicanos, del Departamento de San Salvador, por la emisión del acuerdo municipal número cincuenta y dos, acta quince, por medio del cual se suprime la plaza de auxiliar administrativo de tercera categoría Departamento: registro del estado familiar.

A. La Sala decide admitir la demanda puesto que cumple todos los presupuestos procesales que exige la DLJCA.

La parte demandante solicita la suspensión del acto reclamado y en sus argumentos manifiestas que a su juicio la supuesta supresión de plaza se realizó mediante un acuerdo del Concejo demandado, el mismo no tiene ningún respaldo legal ni ha sido precedido de ningún estudio técnico o

dictamen especializado en la materia, es decir que no existe ninguna documentación que compruebe que la plaza que desempeñaba significaba una carga económica para la municipalidad de Mejicanos. También se destaca que la autoridad demandada no se ha molestado en justificar y fundamentar legalmente la supresión de plaza, lo que lleva a concluir que la supuesta supresión de plaza no es más que un despido disfrazado, es decir que la pretensión real del mismo es prescindir de los servicios de su representada, configurándose un despido ilegal sin procedimiento previo que va dirigido contra la persona y no contra la plaza.

En lo referente al caso la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido en relaciona la supresión de plazas, y la legalidad de esta figura en la 437-2012 << que si bien la norma habilita a la administración para que pueda realizar este tipo de actos, también deja abierta la posibilidad de esta empleada a la que la plaza le fue suprima, pueda ser incorporada a un empleo similar o de mayor jerarquía o podrá ser indemnizada, en consecuencia , debe existir una fundamentación en la cual la autoridad según el caso, exprese que se intentó cumplir lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa en este sentido es relevante rescatar que pese a que existe legalmente la posibilidad que la municipalidad por razones operativas suprima plazas, esta figura no es el medio idóneo para despedir personas.

B. Expuesto lo anterior corresponde la posibilidad de decretar una medida precautoria en el presente proceso, para lo cual es necesario señalar que la suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie dentro del género de las medidas cautelares, cuya función es detener la realización de actuaciones de la administración pública, que de alguna manera impidan o dificulten la efectiva materialización en la esfera jurídica del administrado de una eventual sentencia estimatoria.

C. En este sentido, para decretar una medida precautoria es necesaria la concurrencia de los dos presupuestos que establece la ley; en el presente caso se puede advertir que existe apariencia de buen derecho en virtud de la invocación presunta de la ilegalidad del Acuerdo Municipal por medio del cual se le suprimió la plaza, sin que se evidencie de la información aportada, ni de forma indiciaria, que para tal, que para tal acuerdo mediase un estudio técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión.

D. En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, esta Sala considera procedente ordenar al Concejo Municipal de Mejicanos, Departamento de San Salvador, que mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante la actora haya sido separada de la institución, de existir aun las condiciones necesarias, la reincorpore en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que la peticionaria siga desempeñando el cargo que ostentaba, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de la plaza-suprimida a otras personas. Y si fuere el caso que la plaza se encontrare congelada y la reincorporación resulte materialmente imposible, para lograr eficacia de la medida cautelar, la autoridad demanda deberá garantizar al demandante un cargo de similar categoría, o de mayor jerarquía de conformidad al artículo 53 inciso primero de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, durante la tramitación de este proceso.

En la interpretación del análisis que hace la Sala en el presente auto se observa que procede a citar jurisprudencia que otras Salas ha dictado poniendo en práctica medidas de carácter innovativo con el fin de asegurar y

garantizar en este caso el perjuicio que sufría la parte actora mayormente un perjuicio económico, decidiendo así dictar una medida asegurativa, para obtener así la tutela judicial efectiva.

4.3.4. Caso contra el Concejo Municipal de Santa Tecla, del Departamento de La Libertad

Extracto del caso: Auto Interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo Ref. 163-2016, el día ocho de marzo de dos mil dieciséis, el señor Alfredo César R., por medio de su Defensora Pública Laboral, licenciada Marina Fidelicia Granados de Solano, interpuso demanda contencioso administrativa contra el Concejo Municipal de Santa Tecla, del Departamento de La Libertad, en lo sucesivo el Concejo Municipal; por la emisión del Acuerdo Municipal número seiscientos cincuenta y uno, por medio del cual se suprime la plaza de motorista, que desempeñaba el petionario. La parte actora solicita la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado.

En este sentido, para decretar una medida precautoria es necesaria la concurrencia de dos presupuestos habilitantes: la apariencia de buen derecho que es *fumus boni iuris*, y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso que es el *periculum in mora*.

A. Por una parte, el *fumus boni iuris*, hace alusión a la apariencia fundada del derecho, su concurrencia en el caso concreto, se obtiene analizando los hechos alegados, junto con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello

signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertido.

B. Periculum in mora entendido como el peligro en la demora, hace alusión al riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia estimatoria. Referente al peligro de la demora, se puede dilucidar un efectivo peligro, ya que de no otorgarse una medida precautoria podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera económica de la demandante.

C. En el presente caso se puede advertir que existe apariencia de buen derecho y peligro en la demora; sin embargo, es relevante subrayar que en vista que la parte demandante, en efecto ha sido apartada del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión. Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente le ha separado del cargo; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida.

Tradicionalmente esta Sala ha dicho que «... en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.» [Resolución de las doce horas treinta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil trece, referencia 132-2013]. No obstante lo anterior, esta Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas. Así, en resolución del

doce de septiembre de dos mil catorce, referencia 280-2014, esta Sala dijo <<en consecuencia, presentándose los presupuestos fácticos para valorar las medidas cautelares, esta Sala puede y debe adoptar tanto la medida de suspensión clásica como otras que efectivicen la tutela del derecho material. Recuérdese que la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas “aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo”. *Cursivas fuera del texto.* Luego, si el poder jurisdiccional es uno, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República. ».

D. En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, resulta procedente ordenar al Concejo Municipal que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante la parte actora haya sido separada de la institución, de existir aún las condiciones necesarias, le restituya en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que el peticionario siga desempeñando el cargo que ostentaba, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de la plaza suprimida a otras personas.

En este caso observamos nuevamente lo eficaz que es la Sala en cuanto a que su fin es provocar el menos agravamiento para la parte a la que se le ha vulnerado su derecho suprimiéndole la plaza sin justificación. Por lo que observamos su evolución ya que deciden decretar medida de carácter innovativo en este caso el reinstalo a la plaza; y no siendo suficiente es tan minucioso su análisis que prevé el que la plaza este congelada y

ordena que si fuere el caso se le reincorpore a otra de igual condición o mejor.

4.3.5. Caso contra el Concejo Municipal de la Alcaldía de San Salvador, Departamento de San Salvador

Extracto del caso: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 302-2016, el día veinte de octubre de dos mil dieciséis, a las ocho horas con cuarenta minutos, el señor Domingo ha presentado la demanda contenciosa administrativa contra el Concejo Municipal de la Alcaldía Municipal de San Salvador, Departamento de San Salvador, en lo sucesivo al Concejo Municipal; por la emisión del Acuerdo Municipal número quince punto tres, de la sesión extraordinaria del trece de abril de dos mil dieciséis, por medio del cual se suprime la plaza de delegado de comercio informal, de la Delegación Distrital I, en el Departamento de Comercio Informal, que desempeñaba el solicitante; del examen de la demanda se han cumplido los requisitos legales mínimos regulados en la DLJCA. La parte actora solicita la suspensión del efecto del acto administrativo impugnado y previo a declarar la procedencia o no de dicha petición esta Sala hace las siguientes consideraciones.

La suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie dentro del género de las medidas cautelares, cuya función es impedir la realización de actuaciones que, de alguna manera impidan o dificulten la efectiva materialización de una eventual sentencia estimatoria.

A. En este sentido, para decretar una medida precautoria es necesaria la concurrencia de dos presupuestos habilitantes: la apariencia de buen

derecho, y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso. Que son los que conocemos como *fomus Boni iuris* y *periculum in mora*.

En el presente caso, la parte demandante en sus argumentos manifiesta que a su juicio existe una ilegalidad en el Acuerdo Municipal que suprimió la plaza que ocupaba el señor P.P, ya que alega, que el Concejo Municipal ocupó la figura de supresión de plaza con el objeto de separarle de su trabajo, por motivos subjetivos y no objetivos, en este sentido invoca la presunta ilegalidad del Acuerdo Municipal por medio del cual le suprimieron su plaza, así como tampoco se verifica, un esfuerzo por parte de la administración pública para reubicarlo, y de ser esto posible finalmente indemnizarle. A demás manifiesta ser miembro del sindicato de Trabajadores inscrito legalmente, por lo que posee fuero sindical como presupuesto de libertad sindical.

Por lo que en el presente caso se puede advertir que existe apariencia de buen derecho en virtud que el demandante, es miembro del sindicato, gozando así de fuero sindical regulado en el artículo 47 inciso 6° de la Constitución de la República; sin perjuicio que en el transcurso del proceso surjan otros elementos que hagan cambiar este pronunciamiento, según la regla de variabilidad de las medidas cautelares, reconocida en el artículo 23 de la DLJCA.

B. En cuanto al peligro en la demora se puede dilucidar un efectivo peligro, ya que de no otorgarse una medida precautoria podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera jurídica del demandante, y que con la supresión de la plaza ha sufrido vulneración patrimonial, ya que se ha dejado de percibir el salario que es su medio de subsistencia, afectando así su esfera jurídica.

Además, cabe resaltar que, en este caso, existen los dos presupuestos, sin embargo, es relevante subrayar que en vista que la parte demandante, en efecto ha sido apartada del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión.

Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente le ha separado del cargo; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería concedido precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa suprimida.

Tradicionalmente esta Sala ha dicho <<...en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.>> En la resolución de las doce horas treinta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil trece, referencia 132-2013.

C. No obstante lo anterior, esta Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medida innovativas. Así en su resolución del doce de septiembre de dos mil catorce referencia 280-2014, esta Sala dijo [en consecuencia, percatándose los presupuestos facticos para valorar las medidas cautelares, esta Sala puede y debe adoptar tanto la medida de suspensión clásica como otras que efectivicen la tutela del derecho material (...)] Recuérdese que la Sala de lo constitucional de esta corte, en el auto del catorce de enero de dos mil catorce, referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas “aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo”, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República”

Con base en dicho razonamiento, se ha determinado que si bien la DLJCA únicamente se a la suspensión de los efectos del acto reclamado, como medida cautelar en este proceso esa previsión legislativa no constituye un obstáculo para decretar cualquier tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dictan en esta sede.

Por tanto, esta Sala puede decretar medidas precautorias, luego verificar los presupuestos habilitantes para su aplicación, para que en caso de una potencial sentencia estimatoria el resultado no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador. En este orden de ideas las medidas cautelares poseen ciertas características señaladas por la doctrina procesal, y la jurisprudencia conteste de la Sala de lo constitucional, y de esta Sala.

D. En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, resulta procedente ordenar al Concejo Municipal, que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante el actor haya sido separado de la institución, de existir aun las condiciones necesarias, la reincorpore en la plaza que se reputa suprimida, en consecuencia, deberá permitir que el peticionario siga desempeñando el cargo que ostentaba, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de la plaza- suprimida a otras personas.

En consecuencia de todo lo anterior esta Sala resuelve decretar como medida cautelar la reincorporación de la plaza suprimida de delegado de comercio informal inmediata y provisionalmente mientras dure la tramitación

de este proceso; en el caso que dicha plaza haya sido congelada y la restitución resulte materialmente imposible; para lograr la eficacia de la medida cautelar la autoridad demandada deberá autorizar al demandante un cargo de similar categoría o mayor jerarquía conforme al artículo 53 de la ley de la carrera administrativa municipal durante la tramitación de este proceso hasta que se haga el pronunciamiento respectivo.

Al analizar la interpretación de la Sala se observa, que van más allá de lo que la DLJCA establecía, porque analizan las circunstancias del caso y deciden decretar una medida cautelar de carácter positivo, logrando así proteger el derecho de la parte demandada.

4.3.6. Caso contra el Concejo Municipal del municipio de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango

Extracto del caso: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 197-2016, Del tipo interlocutoria, emitiendo auto de admisión, de fecha veinticinco de abril del año dos mil dieciséis, siendo la entidad demandada el Concejo Municipal del municipio de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango, donde el acto impugnado es el acuerdo municipal número cinco, contenido en el acta número treinta y tres de fecha veintitrés de diciembre del año dos mil quince, por medio del cual se suprimió la plaza de encargado de desarrollo agropecuario, vulnerando el derecho a la estabilidad laboral, al debido proceso y a la libertad sindical.

En el caso que el señor Lorenzo Antonio C., por medio de su Defensora Pública Laboral, Licenciada Marina Fidelicia Granados de Solano, ha presentado demanda contencioso administrativa contra el Concejo

Municipal de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango; por la emisión del acuerdo municipal número cinco, contenido en el acta número treinta y tres, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil quince, por medio del cual se suprimió la plaza de encargado de desarrollo agropecuario, que desempeñaba el solicitante.

En el presente caso, la parte demandante en sus argumentos manifiesta que a su juicio existe una ilegalidad en el Acuerdo Municipal que suprimió la plaza que ocupaba el señor C.; ya que alega, que el Concejo Municipal ocupó la figura jurídica de supresión de plaza de manera fraudulenta con el objeto de separarle de su trabajo, por motivos subjetivos (contra la persona) y no objetivos (contra la plaza), en este sentido invoca la presunta ilegalidad del Acuerdo Municipal por medio del cual se suprimió la plaza, ya que, según la parte actora, no se evidencia que para tal acuerdo mediase un estudio técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión.

No se verifica, un esfuerzo por parte de la administración pública para reubicarlo, y de ser esto imposible, finalmente indemnizarle, para así evitar una afectación en la esfera jurídica; no obstante, de estar esta situación prevista en la Ley de la materia.

Se agrega además que el señor Lorenzo Antonio C. es miembro de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras municipales de la Alcaldía de Nueva Concepción el cual se encuentra debidamente inscrito en el registro respectivo, desempeñando el cargo de Secretario Tercero de Conflictos, por lo que resulta pertinente manifestar ciertos fundamentos jurisprudenciales relevantes para la resolución que se proveerá; en particular, lo atinente al fuero sindical como presupuesto de la libertad sindical.

En el presente caso, se puede advertir que existe apariencia de buen derecho en virtud que el demandante señor Lorenzo Antonio C. es miembro activo de la Junta Directiva del referido Sindicato, gozando así del fuero sindical regulado en el artículo 47 inc. 6° de la Constitución de la República; sin perjuicio que en el transcurso del proceso y de la maduración del material probatorio surjan otros elementos que hagan cambiar este proveimiento anticipatorio, según la regla de la variabilidad de las medidas cautelares, reconocida en el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Tradicionalmente la Sala ha dicho que en el juicio contencioso administrativo impera como medida la suspensión de la ejecución de los efectos del acto, No obstante, lo anterior, la Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas.

No obstante, lo anterior, la Sala, por motivos de necesidad, y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas.

En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar las medidas precautorias, resulta procedente ordenar al Concejo Municipal de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango, que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante el actor haya sido separado de la institución, de existir aún las condiciones necesarias, le restituya en la plaza que se reputa suprimida.

La Sala aplicando los preceptos y criterios procedente para aplicar la medida innovativa, decreta la medida cautelar consistente en la

reincorporación del señor Lorenzo Antonio C. a la plaza que se impugna suprimida de encargado de desarrollo agropecuario; inmediata y provisionalmente mientras dure la tramitación de este proceso; y no obstante el actor haya sido separado de la institución. En consecuencia, se deberá permitir que el señor Lorenzo Antonio C., siga desempeñando las funciones de la referida plaza, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, a que se abstenga de asignar las funciones de la plaza suprimida a otras personas.

Ahora bien, es muy importante analizar cuáles fueron los criterios para otorgar la medida cautelar en mención, observando como presupuesto el referente al peligro de la demora, donde se puede dilucidar un efectivo peligro, ya que de no otorgarse una medida precautoria podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera jurídica del demandante, tomando en cuenta que el solicitante es el sostén económico de su grupo familiar, y que con la supresión de la plaza ha sufrido una vulneración patrimonial y de salud, ya que ha dejado de percibir el salario que es su medio de subsistencia.

El siguiente criterio adoptado recae en que se puede advertir que existe apariencia de buen derecho, y apegado al peligro en la demora; es relevante subrayar que en vista que la parte demandante, en efecto ha sido apartada del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión. Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente le ha separado del cargo; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida.

En conclusión, se observa que la Sala analiza los supuestos y criterios establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, diligentemente aplicados, decreta una medida cautelar en favor del administrado, ordenando la modificación del acuerdo del Concejo Municipal, logrando así la eficacia de la aplicación de la medida cautelar, en este caso, innovativa.

4.3.7. Caso contra la Alcaldía municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate

Extracto del caso: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 499-2016, de tipo interlocutoria, auto de admisión, de fecha seis de marzo de dos mil diecisiete, donde la entidad demandada es la alcaldía municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate, donde el acto impugnado se encuentra plasmado en el acuerdo número seis que contiene el acta número veinte de fecha diecinueve de agosto del año dos mil dieciséis, por medio del cual acuerda suprimir las plazas de vigilante y administrador de cementerio desempeñadas por los señores Francisco Joel M. C. Y Neftaly Trinidad G. respectivamente a partir del uno de septiembre de dos mil dieciséis.

El cuatro de octubre del año dos mil dieciséis, el licenciado Marcos Jonás M. A., en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de los señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., interpuso demanda contencioso administrativa contra el Concejo Municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate, por la emisión del acuerdo número seis que contiene el acta número veinte, de fecha diecinueve de agosto de dos mil dieciséis, por medio del cual acuerda suprimir las plazas de vigilante

y administrador de cementerio desempeñadas por los señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., respectivamente, a partir de uno de septiembre de dos mil dieciséis.

De las demandas presentadas se advierte que las pretensiones poseen conexión entre ellas, por lo que es procedente efectuar algunas consideraciones relativas a la acumulación de procesos, a fin de evaluar la posibilidad de aplicar supletoriamente el derecho común, en especial el trámite que para ese tipo de incidentes prescribe el Código Procesal Civil y Mercantil.

Situación que es aplicable de la misma forma en el proceso contencioso administrativo debido a que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tampoco establece el trámite a seguir en caso acumulación de procesos. Al respecto, el artículo 105 inciso 1° del Código Procesal Civil y Mercantil prevé que “la acumulación de procesos diferentes sólo podrá solicitarse por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende”. Asimismo, el inciso 2° de esa disposición legal prescribe que aquella también “podrá ser decretada de oficio cuando dichos procesos estén pendientes ante el mismo tribunal, así como en los otros casos que expresamente lo disponga la ley”.

Con relación al trámite que debe sustanciarse para efectuar dicha acumulación, el Código Procesal Civil y Mercantil establece en su artículo 114 inciso 1° que “Admitida la solicitud, se dará audiencia a las demás partes personadas y a todos los que sean parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende, aunque no lo sean en aquél en el que se ha solicitado, a fin de que, en el plazo común de tres días formulen las alegaciones acerca de la acumulación”.

Las anteriores consideraciones a los casos en estudio, se advierte que los presentes procesos han sido iniciados por los señores Francisco Joel M. C. y Neftalí Trinidad G., por medio de su apoderado general judicial con cláusula especial licenciado Marcos Jonás M. A. En tal sentido, se observa que no existe diferencia en los actos administrativos impugnados, en cuanto a su fecha de emisión, también se ha podido constatar que, en esencia, los referidos peticionarios dirigen su pretensión contra el Concejo Municipal de Santa Catarina Masahuat, Departamento de Sonsonate, a quien atribuyen que la supresión de las plazas de vigilante y administrador de cementerio que desempeñaban los señores M. C. y Trinidad G., respectivamente.

Los demandantes solicitan además la suspensión de los efectos del acto reclamado; y previo a declarar la procedencia, o no, de dicha petición, la Sala considera necesario realizar las siguientes consideraciones:

Sobre la procedencia de las medidas cautelares, resulta necesario señalar que la suspensión de los efectos del acto impugnado, es una especie del género de las medidas cautelares, cuya función es detener la realización de actos que, de alguna manera, impidan o dificulten la efectiva satisfacción de la pretensión, en caso que en la resolución final la parte demandante resulte beneficiada con el acto reclamado.

En este sentido, el fundamento de las medidas cautelares constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto que en el eventual caso se declare la ilegalidad del acto impugnado, el administrado posea una verdadera herramienta eficaz y oportuna para salvaguardar su esfera jurídica; a fin de que, a la postre, la ejecución de una sentencia estimatoria no se vuelva una mera certeza jurídica pero con efectos materiales ineficaces o ilusorios en la esfera del administrado. Es

decir, que el objetivo principal de la pretensión cautelar consiste en asegurar o garantizar la efectividad de la sentencia. Sin perjuicio de lo expuesto, la tutela cautelar no es de aplicación automática, sino que, para acceder a la misma, es necesario apreciar la concurrencia de dos presupuestos básicos; que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala, son contestes en afirmar que su viabilidad se halla supeditada a que se demuestre la apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, y el peligro en la demora, *periculum in mora*.

Ahora bien, corresponde analizar el segundo presupuesto habilitante de las medidas precautorias; el cual consiste en el temor fundado de que el derecho pretendido se frustre o sufra un menoscabo durante la sustanciación del presente proceso tendiente a tutelarlos.

En los casos analizados, se puede observar que existe un efectivo peligro en la demora natural que produce el trámite de este proceso, ya que de no suspender los efectos de los actos que se reclaman, podría materialmente consumarse la afectación alegada en la esfera jurídica de los demandantes, dado que con la supresión de las plazas han sufrido una vulneración patrimonial, al haber dejado de percibir el salario que es su medio de subsistencia.

En el caso en estudio se puede advertir que existe apariencia de buen derecho y peligro en la demora; sin embargo, es relevante subrayar que en vista que las partes demandantes, en efecto han sido apartados del ejercicio de su trabajo, no se trata de actos cuya realización sea susceptible de suspensión. Por el contrario, se aprecia que los actos reclamados consisten en que la administración efectivamente les ha separado de los cargos; y por ende, la única forma de suspender el detrimento de su esfera jurídica sería

concediendo precautoriamente el reinstalo a la plaza que se reputa de suprimida.

En consecuencia, presentándose los presupuestos habilitantes para decretar la medida precautoria, resulta procedente que la Sala, luego de realizar un análisis exhaustivo, y previo estudio de los presupuestos para decretar o no una medida cautelar innovativa, ordena eficazmente al Concejo Municipal de Santa Catarina Masahuat que, mientras dure la tramitación de este proceso, y no obstante los actores hayan sido separados de la institución, de existir aún las condiciones necesarias, les reincorpore en la plaza que se reputa suprimida; en consecuencia, deberá permitir que los peticionarios sigan desempeñando los largos que ostentaban, a fin de evitar una alteración más gravosa en su esfera jurídica, por el acto administrativo hoy controvertido; y se ordena además a la comuna, se abstenga de asignar las funciones de las plazas suprimidas a otras personas.

4.3.8. Caso contra Uno El Salvador, Sociedad Anónima.

Extracto del caso: Auto interlocutorio de la Cámara de lo Contencioso Administrativo con referencia 00008-18-ST-COPC-CM de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, los licenciados Carlos Guzmán y Oscar Hurtado actúan como apoderados de la sociedad Uno El Salvador, Sociedad Anónima, se interpuso demanda en contra de la Dirección General De Impuestos Internos Del Ministerio De Hacienda (DGII) Y Del Tribunal De Apelaciones De Impuestos Internos Y Aduanas (TAIIA), pide se declare la ilegalidad de los siguientes actos administrativos: resolución con referencia 10006-TAS-0062-2014, de fecha siete de abril de dos mil catorce, emitida por la DGII mediante el cual se le determino la disminución de saldo a favor de

impuestos sobre la renta declarado por su mandante en el ejercicio impositivo dos mil diez, por la cantidad de setecientos treinta y un mil trescientos ochenta dólares con veintiún centavos de dólar de los Estados Unidos De América, y saldo a favor en concepto de excedente del impuesto sobre la renta correspondiente a ese mismo ejercicio, por la cantidad de tres millones novecientos diecisiete mil novecientos treinta y siete dólares con veintinueve centavos de dólar de los Estados Unidos De América, y sentencia con referencia R1405008.T. Con fecha veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, en el cual el TAIIA confirmo la determinación ya relacionada.

Además, solicita se otorgue la medida cautelar consistente en que la DGII: se abstenga de exigir el pago de la cantidad equivalente a la disminución del saldo a favor del impuesto sobre la renta declarado respecto del ejercicio impositivo del año 2010: y, que no se considere a la sociedad demandante como insolvente tributaria por falta de pago de la determinación realizada.

Escrito presentado el trece de marzo del corriente año y documentación anexa, por el licenciado Oscar Hurtado, por medio del cual hace del conocimiento de la Cámara, la existencia de un nuevo hecho que incide en la medida cautelar solicitada, alegando razones de urgencia del otorgamiento de dicha medida, debido a que el Órgano Judicial, a través de su Presidente, le adjudico a su mandante la Licitación Pública numero LP 12/2018 “Suministro de combustible a través de cupones para el Órgano Judicial por segunda vez”, mediante resolución de las once horas del día siete de marzo de dos mil dieciocho. En consecuencia, de lo anterior, sostiene que su mandante debe proceder a la firma del respectivo contrato y para ello es necesario presentar la solvencia tributaria correspondiente, de lo

contrario, no podría firmar el contrato de suministro antes dicho, lo cual ocasionaría que se haga efectiva la garantía de mantenimiento de oferta rendida para ese proceso de licitación.

En cuanto al trámite de la medida cautelar solicitada especial referencia a las razones de urgencia y necesidad la cámara establece que:

Ante la medida cautelar solicitada, el artículo 97 de la NLJCA, establece que las partes podrán solicitar la adopción de cuantas medidas fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia. Por su parte el artículo 98 del mismo cuerpo normativo señala que para decidir sobre la medida cautelar, la Cámara debe valorar: a) Si la actuación u omisión impugnada produce o puede producir un daño irreparable p de difícil reparación por la sentencia; b) si de la pretensión puede establecerse, mediante un juicio provisional, la apariencia favorable a derecho; y c) todos los intereses en conflicto.

El inciso segundo del artículo 99 de la NLJCA, otorga la potestad para que la Cámara adopte las medidas cautelares que estime pertinentes *inaudita altera pars* - sin ser oída la otra parte - es decir, sin escuchar a la Administración Publica o las posibles partes codemandadas.

Dicha potestad, tiene como naturaleza habilitante que concurren circunstancias excepcionalísimas de mayor intensidad a las que normalmente surgen adoptar medidas cautelares en cuyo trámite se conceda audiencia a la parte contraria previo a su adopción. Se trata de alegaciones basadas en situaciones de especial urgencia y necesidad que se encuentren vinculadas con el caso y que puedan comprometer la eficacia de la medida cautelar.

La Cámara establece que la tutela cautelar no es de aplicación automática. De conformidad a lo dispuesto en la NLJCA, se debe de velar que la medida cautelar que se dicte no se traduzca injustificadamente y si previa ponderación de los intereses en juego, en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe de presumirse, la consecución de los intereses generales y es necesario apreciar si concurren en este caso los presupuestos básicos para la adopción de las medidas solicitadas, según lo regulado en los artículos 97,98 y 99 en la NLJCA y artículo 433 CPCM (de aplicación supletoria en el presente proceso)

- a. Apariencia de buen derecho: según el art. 98 letra b NLJCA y Art. 433 CPCM, el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, también tratado en reiterada jurisprudencia contenciosa administrativa (Ver autos pronunciados en los procesos de referencias 620-2016 del 16 de enero del 2017; 23-2015 del 4 de abril de 2016; 332-2016 del 21 de julio de 2016; 243-2016 del 21 de junio de 2016) entendido como la apariencia que el caso tenga mérito legal, es un concepto jurídico que no busca un juicio de certeza sino de probabilidad, donde bastara que el derecho alegado sea verosímil, es decir, que tenga apariencia de ser verdadero, en contraposición a lo que es meramente posible o en el otro extremo probable al nivel de certeza, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida o que esta será el fallo.

Así, se debe verificar, de la exposición de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se basa la pretensión, la existencia de apariencia de buen derecho, la cual corresponde a una credibilidad objetiva, seria y razonable, que se advierta de manera preliminar.

En el presente, caso del planteamiento de las circunstancias fácticas y jurídicas en que se pretende justificar la adopción de medidas cautelares, y de la lectura de la demanda, se puede advertir que lo alegado por uno del Salvador S.A, tiene apariencia de buen derecho, la cual corresponde a una credibilidad objetiva, seria y razonable.

- b. Peligro en la demora: Por razones de urgencia y necesidad, en principio y de forma general, se debe señalar que lo esencial de dicha fundamentación de las medidas de urgencia y necesidad, radica en que, razonablemente, puede inferirse de que de no decretarse la misma, exista la posibilidad real e inminente de originarse un perjuicio grave en la esfera jurídica de quien la solicita, y, además, se podría perder la efectividad de la resolución que se pronuncie. Así, de acuerdo a lo regulado en la NLJCA, las partes podrán solicitar en cualquier estado del proceso, la adopción de las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.

La jurisprudencia comparada en materia Contencioso Administrativo señala, que la circunstancia de urgencia responde básicamente, a la imposibilidad de oír a la Administración para que la medida cautelar se eficaz. Dicho de otra forma, cuando la demora que se produce al dar audiencia a la Administración, provoca que la medida cautelar sea ineficaz, lo cual sólo es posible, cuando concurren circunstancias que generen, como ya se dijo, una urgencia excepcional o extraordinaria.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a las medidas de carácter innovativo, en los autos pronunciados el seis de marzo de dos mil diecisiete en el proceso de referencia 499-2016/ 502-2016, y, el veinte de octubre de dos mil dieciséis en el proceso de referencia 302-2016; y el

quince de agosto de dos mil dieciséis en el proceso de referencia 362-2016, estableció de forma reiterada:

“No obstante lo anterior, esta sala, por motivos de necesidad y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas. Así en resolución del doce de septiembre de dos mil catorce de referencia 280-2014, esta sala dijo: En consecuencia presentándose los presupuestos fácticos para valorar las medidas cautelares, esta sala puede y debe de optar tanto la medida de la suspensión clásicas como otras que efectivicen la tutela del derecho material, recuérdese que la Sala de lo Constitucional de esta corte en el auto de catorce de enero del dos mil catorce referencia 12-2012, reconoció la posibilidad de medidas aseguratorias de la satisfacción de las protecciones de amparo y luego establece que si el poder jurisdiccional es uno, también la adopción de otras medidas urgentes diferentes a la clásica suspensión, es potestad jurisdiccional de todos los jueces de la República.

Para el caso concreto, consta la copia certificada de la resolución de la Licitación Pública N° LP 12/2018 “Suministro de combustible a través de cupones para el Órgano Judicial por segunda vez” de fecha siete de marzo del presente año, firmada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial, en la que se adjudica la referida Licitación a Uno El Salvador S.A por un monto total de un millón doscientos catorce mil ochocientos cuarenta y dos dólares con cuarenta y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América (\$1214842.47), incluyendo IVA.

En la misma resolución, se ordena la elaboración del respectivo contrato, una vez la misma haya adquirido estado de firmeza.

En consecuencia, criterio de la Cámara, concurre en este caso razones de urgencia y necesidad que América dicta las medidas cautelares solicitadas por la sociedad demandante. Y es que, es indispensable hacer una ponderación de los intereses en juego y de que de no dictarlas se podría ocasionar un daño irreparable o de difícil reparación en la Esfera jurídica del administrado (al no permitirme celebrar el contrato antes señalado al poder ser considerado como insolvente tributariamente); de forma concreta, en que la posible afectación al patrimonio del demandante, que es un derecho de rango constitucional. En consecuencia, es preciso decretar, de manera urgente, las medidas cautelares solicitadas.

Finalmente, al evaluar los intereses objetivos del presente caso, específicamente al analizar si de dictar las medidas puede producir una posible perturbación grave los intereses generales o de terceros, la cámara considera que por naturaleza de los actos impugnados (tal como lo ha determinado la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo en auto pronunciado en el proceso referencia 332-16 antes citado) no existe afectación a los intereses sociales o el orden público, ya que el monto objeto de la presente demanda, aún no ha ingresado y no se ha constituido como un fondo cierto y líquido en las arcas del Estado

En conclusión, verificados los presupuestos habilitantes para el otorgamiento de la medida cautelar fundada en razones de urgencia y necesidad, resulta procedente otorgar la medida cautelar si no llena la parte contraria, en los términos solicitados en la demanda y su modificación no obstante de conformidad lo regular artículo 99 inciso 3 de la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Cámara convocara a las partes a una audiencia sobre levantamiento, mantenimiento o modificación de las medidas adoptadas.

Por lo que, con base en los motivos expuestos, y con fundamento en lo que establece el artículo 1 de la Constitución de la República; los artículos 1,3 letra a), 4,13 inciso 1°, 23, 24, 25 letra a), 34, 35, 37, 39, 97, 98, 99, 123 inciso 1° de la NLJCA; 1, 181, 182, 183, 189, 276 y 455 todo de Código Procesal Civil y Mercantil la cámara resuelve:

Se otorgan las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante en el sentido que la Dirección General de Impuestos Internos, mientras se tramita el presente proceso: A) debe de abstenerse de exigir el pago de la cantidad de setecientos treinta y un mil trescientos ochenta dólares con veintiún centavos de dólar de los Estados Unidos de América (\$731380.21), equivalente a la disminución del saldo a favor del Impuesto sobre la renta de cargador respecto del ejercicio impositivo del año 2010, y, B) no debe tener a la sociedad demandante como insolvente por falta de pago de la determinación realizada.

En el caso en concreto se puede observar que la nueva jurisdicción de lo contencioso administrativo luego de la verificación de los presupuestos habilitantes, y sustentándose en lo que Sala se fundamenta para decretar medidas cautelares innovativas, la Cámara estudio las circunstancias del caso y determino que era procedente las llamadas medidas innovativas para detener el detrimento en la esfera jurídica y obtener una sentencia eficaz.

4.3.9. Caso contra el Ministro de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano

Extracto de caso: Sentencia de la Cámara de lo Contencioso Administrativo con referencia 00032-18-ST-COPCM-CAM, el día dieciocho

de junio de dos mil dieciocho, la parte actora DTY S. A. De C. V., interpuso demanda contencioso administrativa contra el Ministro de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano; donde solicito la suspensión de los efectos del acto reclamado en el sentido de la declaratoria de caducidad de contrato que lleva aparejada la declaratoria de incapacidad para contratar con la Administración Pública.

La parte actora DTY S. A. De C. V. Solicita la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado; y previo a declarar la procedencia o no de dicha petición es necesario realizar las siguientes consideraciones sobre las medidas cautelares:

- A. Para el caso debe tenerse en cuenta que la razón de la aplicación de una medida cautelar responde a raíz de un daño ya producido, o de inminente producción mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión en ese sentido expresa la parte actora que se ve afectada en forma directa en su derecho a la libre contratación, por cuánto ha sido sometida a limitación para contratar con la Administración Pública.

- B. La Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, UNAC, publica en la página web COMPRASAL la incapacidad a la que hace referencia el artículo 25 literal C de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, incapacitando a la parte actora para contratar durante cinco años a partir del 17 de febrero de 2018 hasta el 16 de febrero de 2023 produciendo un daño irreparable a la parte actora.

C. Respecto a este punto y según los argumentos de la parte demandada al continuar publicada la inhabilitación impuesta a la demandante en la página web COMPRASAL a lo largo del proceso podría generar costos pérdidas o detrimento patrimonial y además el demandante no tiene la voluntad de afectar el ámbito de trabajo de dicha empresa ni mucho menos disminuir la fuerza laboral de sus empleados y por ende el sustento propio y de su familia por lo que en consecuencia la Cámara colige que para decretar la medida precautoria es necesaria la concurrencia de los supuestos que establece la ley de la jurisdicción contencioso administrativa en su Artículo 98 y la reiterada jurisprudencia, por lo que para el caso en concreto al acreditarse el presupuesto habilitante del peligro en la demora aunado a la no oposición de la parte demandada es procedente decretar mientras dure el proceso la medida cautelar solicitada resultando inoficioso realizar el examen correspondiente al resto de requisitos para la viabilidad de adoptar una medida cautelar, siendo esta consistente únicamente en retirar del sitio web COMPRASAL el nombre de la demandante DTY S. A. De C. V. como inhabilitada para contratar con la administración pública lo anterior de conformidad al artículo los 100 y 101 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo.

Por lo expuesto anteriormente se otorga la medida cautelar solicitada por la parte demandante consistente en ordenar a la UNAC de la Administración Pública retirar de su sitio web COMPRASAL a la parte demandante DTY S. A. de C. V. como una sociedad inhabilitada y en consecuencia incapacitada para contratar con la Administración Pública, por lo que en consecuencia se debe librar el oficio correspondiente dicha unidad.

En el estudio a la sentencia antes mencionada se puede observar en la jurisprudencia de la nueva Cámara de lo Contencioso Administrativo la particularidad en el caso de decretar medidas cautelares de carácter innovativo, ya que se cumplen los requisitos de ley, pero aparte de ordenar la suspensión de los efectos del acto impugnado, ordena la realización de un acto, en este caso la eliminación de la lista de personas y sociedades inhabilitadas para hacer contrataciones con la Administración Pública, denotando la variabilidad que se puede dar al momento de decretar una medida cautelar para salvaguardar los derechos de los administrados y lograr una eficaz tutela judicial de estos.

CAPITULO V

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS INNOVATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

En el capítulo cinco, se analiza las medidas cautelares innovativas en el derecho comparado, estudiando las medidas cautelares en los países Costa Rica, Argentina y España, se realiza un cuadro comparativo de las medidas cautelares regulados en sus cuerpos normativos según cada país estudiado y de esa forma se observa los avances o retrasos en las medidas cautelares con mayor énfasis en las de carácter innovativo.

Los siguientes resultados de la presente investigación, respecto a la conciencia jurisprudencial y doctrinal en expedir una pronta y cumplida justicia a través de la tutela anticipada en los distintos países y sus ámbitos culturales donde se ha desarrollado, principalmente España, Costa Rica y Argentina, tienen un punto claro para poder identificar y diferenciar decentemente entre ambos modelos de protección jurisdiccional. En efecto el doctor Morello⁷⁹ expresa de una forma gráfica esa diferencia, ya que por ejemplo en unos países se irrumpe el proceso urgente, en otros es de manera caudaloso como el brasileño o pausado y con mayor recato en España. Es que como veremos, la diferencia entre esa medida del derecho español se debe a la utilización de la tutela cautelar como vehículo para adelantar la jurisdicción cuando se debe, por lo menos en el sistema

⁷⁹Augusto Morello, *Anticipación de la tutela*, ed. Platense, (Argentina, La Plata, 1996), 13.

normativo español. Mientras que en Argentina se le endosa de una forma muy distinta al fenómeno procesal de la tutela coincidente al decir del doctor Gálvez.⁸⁰

De ahí han partido los demás sistemas jurídicos nacionales para estructurar un modelo de justicia que coincide en el ideario de efectividad de la tutela judicial. Por ello empezaremos el estudio de este capítulo con el modelo costarricense para después ver los rasgos más relevantes del viejo continente, estudiando en éste lo que entendemos ha sido el primer sistema jurídico que hecho por la borda la concepción de la limitación de la tutela cautelar como el único vehículo procesal para dar efectividad de la jurisdicción. Y desde luego a El Salvador, por la superación de la suspensión del acto administrativo como la única tutela posible en esta parte del derecho procesal administrativo. Como se nota este último hecho es pertinente por la semejanza con el sistema normativo salvadoreño; realizar un cuadro comparativo de todas las regiones investigadas con el sistema salvadoreño, obteniendo un cuadro descriptivo y comparativo con el sistema procesal administrativo salvadoreño.

5. Estudio de las medidas cautelares innovativas en Costa Rica

5.1. Preliminar

El Código Procesal Contencioso Administrativo introduce una serie de figuras novedosas, desde el punto de vista del Derecho administrativo

⁸⁰ La expresión es del doctor Juan Monroy Gálvez. Se ha dicho a todo lo largo de la investigación que la tutela coincidente se expresa cuando existen una resolución judicial, distinta a la sentencia definitiva, que adelanta el disfrute de la pretensión solicitada en la demanda por el justiciable.

adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla figuran el acortamiento de los plazos para la realización de los diversos actos procesales y el establecimiento de máximos; la ampliación del ámbito de fiscalización y el objeto de control; ampliación de la capacidad procesal a los menores de edad y ciertos grupos; la protección de los intereses colectivos corporativos y difusos; el reconocimiento de la acción popular cuando la establezca la ley; las medidas cautelares positivas innovativas o anticipatorias; el agotamiento facultativo de la vía administrativa; un elenco abierto numerus apertus de pretensiones incluida la de condena o prestacional; el proceso oral por audiencias, la única instancia con apelación en casos expresamente tasados; la conciliación intraprocesal con un cuerpo de jueces conciliadores; el proceso unificado; el proceso de trámite preferente; los procesos sin juicio oral y público por ser de puro derecho, sin hechos controvertidos o cuando las partes acuerdan prescindir de éste; resoluciones jurisdiccionales dictadas verbalmente; nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargos de bienes del dominio fiscal, participaciones accionarias, transferencias presupuestarias y de algunos del dominio público no destinados a la prestación de servicios públicos esenciales, reajuste o indexación de las obligaciones pecuniarias); anulación en fase de ejecución de la conducta ilegítima reiterada; un cuerpo de jueces de ejecución con amplios poderes; la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros; la extensión de lo resuelto en vía administrativa a favor de terceros para las partes del proceso; etc.

Ese instrumental adjetivo ha permitido que la justicia administrativa en Costa Rica haya recuperado su honor y prestigio, por cuanto los lentos y

burocráticos procesos tramitados conforme la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966 tardaban en tramitarse entre siete y diez años y ahora, en única instancia, quedan fallados en seis meses y veinte días. En este artículo nos ocuparemos de reseñar las principales innovaciones de esta nueva legislación procesal costarricense.⁸¹

5.1.1. Fundamento jurídico

Los artículos 19, párrafos 1.º y 2.º; 26 y 155, párrafo 3.º, admiten la adopción de medidas cautelares ante causam, lite pendente o en fase de ejecución. El numeral 19.1 establece una cláusula residual otorgándole al juez contencioso-administrativo un poder de cautela general, al indicar que podrá ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, con lo que su contenido es *numerus apertus*, pudiendo decretar provisionales positivas, anticipatorias o innovativas y no sólo conservativas.

También en el párrafo 1º del artículo 19⁸², se encuentra contenido todo lo necesario para condensar los aspectos esenciales de la reforma en la tutela cautelar. Primeramente, el sistema amplio o innominado “medidas cautelares adecuadas y necesarias [...]” y, por otro lado, su configuración como instrumento para “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso [...]”, así como su vinculación con la tutela judicial efectiva “[...] y la

⁸¹ Jinesta y otros, *Manual del Proceso Contencioso Administrativo*, 97,

⁸² “Artículo 19.1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. //2) tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso”.

efectividad de la sentencia”⁸³. Si a ello sumamos la regulación sobre la oportunidad de la medida “Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución [...]” y el órgano encargado “el tribunal o el juez respectivo”, bastaría solo el mecanismo de impulso procesal “a instancia de parte [...]” que, como indicamos, es la regla que solo rompe la existencia de medidas provisionales (art. 23). El término que se usa en el artículo es “medidas cautelares” –así en plural– lo cual significa que puede ser más de una, cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela.

Sin duda alguna, una de las novedades legislativas más significativas es la incorporación de esta expresión amplia, aunque ya los tribunales aplican medidas cautelares mal llamadas “atípicas” (más bien innominadas), por imperativo constitucional, es importante que el texto expreso de la ley así lo disponga. Como Chinchilla Marín manifiesta: “[...] la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mayor aliada”⁸⁴.

El artículo siguiente (20 CPCA) hace una enumeración ejemplificativa del contenido posible de esas medidas – la partícula que se usa es “podrán” - , ya sea de: a) conservación del estado de cosas, o bien, b) efectos anticipativos, o c) innovativos mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Y, en general, cualquier obligación de hacer, no hacer o de dar, incluso mediando conducta administrativa con elementos discrecionales, en cuyo caso remite a lo dispuesto en el numeral 128.

⁸³ Magda Inés Rojas Chaves. En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado, (San José, Costa Rica, 2008), 146.

⁸⁴ Carmen Chinchilla Marín. *Tutela Cautelar*. En: Leguina Jesús Villa y Miguel Sánchez Morón dirs. y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2^o ed, ed. Lex Nova, Valladolid, (España, 2001), 598.

Basta con el enunciado general del artículo 19 CPCA, sin embargo, como se señaló en subcomisión: los jueces prefieren y acostumbran que se les guíe específicamente en el hacer jurisdiccional, en la [sic] hacer procesal. Y con fórmulas muy genéricas al estilo germánico, por ejemplo, en donde normalmente hay una gran explotación de una sola frase, hay una gran productividad, una gran evolución, en el juez latinoamericano no⁸⁵.

En efecto, el artículo 20 es una especie de cláusula de salvaguarda del contenido genérico del artículo 19, y responde a tales exigencias propias del contexto salvadoreño. Nótese que no se establecen límites ni prohibiciones de ninguna especie, ni en cuanto al tipo de medida, ni contenido de las obligaciones en ellas estipuladas, ni en relación con los efectos, ni menos aún frente a la conducta involucrada – actos concretos o generales, normativos o no normativos, con elementos discrecionales o reglados-, lo cual, como ya hemos explicado supra, da pie incluso a adelantar provisionalmente ciertos efectos de la eventual sentencia de fondo.

El artículo 23 admite la adopción de medidas cautelares provisionálissimas al señalar que: Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionálissimas 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. De su parte, el ordinal 25 admite la adopción de medidas cautelares inaudita altera parte, al preceptuar que: 1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer

⁸⁵ Juan Carlos Castro Loría, *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, 28 en nota 12.

las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrán fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código. 2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

5.1.2. Presupuestos

5.1.2.1. Periculum in mora

Este presupuesto se define como el temor razonablemente y objetivamente fundado de la parte interesada de que la situación jurídica sustancial aducida resulte lesionada grave e irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal⁸⁶.

El numeral 21 del CPCA se refiere a este presupuesto al indicar que *“La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales de la situación aducida (...)”*. El artículo 22, párrafo 1°, del CPCA, introduce el concepto de la bilateralidad del periculum in mora, sea la necesidad de valorar y ponderar la lesión a otros intereses en juego, al disponer lo siguiente:

⁸⁶ Jinesta Lobo, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, 128-131, 196.

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

5.1.2.2. Fomus boni iuris

Este presupuesto llamado, también, apariencia o humo de buen derecho se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte que promueve y que aparentemente la legitima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia definitiva -probabilidad de salir vencedor de la litis⁸⁷.

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

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

⁸⁷Ibídem 138-143.

5.1.3. Aspectos procesales de las medidas cautelares⁸⁸

- A. Proceso para solicitarlas: Desde una perspectiva doctrinal, el proceso cautelar es un proceso especial por razones jurídico-procesales de facilitación de la eficacia del principal, presupone a éste y se dirige a remover los obstáculos que impiden su efectividad normal.

El nuevo CPCA en su aspiración de eliminar cualquier referencia a los procesos incidentales, no establece un cauce específico para solicitarlas, de modo que se verificará a través de un escrito que se sustanciará y tramitará en el mismo expediente principal.

- B. El artículo 19, párrafo 1°, del CPCA es lo suficientemente elocuente al indicar que *“Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución (...)”*, cualquiera de las partes puede solicitarle al órgano jurisdiccional respectivo que se decrete una medida cautelar, siendo que el párrafo 2° admite, también, que se adopten *ante causam*. Desde esta perspectiva, no existe un límite temporal, puesto que, puede ser antes del proceso o *lite pendente*, incluso en el proceso de ejecución de sentencia. Esto último es ratificado por el artículo 155, párrafo 3°, del CPCA al preceptuar que *“Firme la sentencia, el juez executor dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución”*.
- C. Audiencia: El artículo 24 del CPCA, prevé, en circunstancias normales cuando no media urgencia una audiencia escrita por tres días y una oral posterior si el órgano jurisdiccional estima procedente evacuar prueba.

⁸⁸Jinesta Lobo, *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, 81-107.

El artículo 23, párrafo 2º, ibidem, incluso tratándose de las cautelares *inaudita altera parte*, prevé una audiencia ex post a su adopción que no tiene efecto suspensivo alguno de la decretada.

- D. Auto: El artículo 27 del CPCA dispone que *“El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución (...)”* La comunicación inmediata debe entenderse de la parte dispositiva de la resolución que dispone la medida cautelar, tal y como ha sido la práctica judicial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de hábeas corpus y de algunos amparos por su carácter sumario y preferente. Ahora bien, si el órgano jurisdiccional está en condiciones, sin perjuicio de la inmediatez exigida por la norma, de comunicar íntegramente la resolución así debe hacerse.
- E. Recursos: El artículo 30 del CPCA establece que *“Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles”*. De esta norma debe resaltarse que el recurso de apelación cabe en un solo efecto y no en doble, de modo que no tiene eficacia suspensiva, consecuentemente, pese a la impugnación en alzada, la medida cautelar debe ser ejecutada y cumplida, lo cual resulta plenamente consecuente con la urgencia que las inspira.

Por su parte, el artículo 28, dispone que *“Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo”*.

Resulta claro que contra el auto que resuelva una medida cautelar no cabe el recurso extraordinario de casación, así el artículo 134, párrafo 1º, CPCA señala que procederá, únicamente, contra *“(...) las sentencias y los autos con carácter de sentencia que tengan efecto de cosa juzgada material, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico”*. El auto que resuelve otorgar o denegar una medida cautelar no produce cosa juzgada material, en vista de la provisionalidad y eficacia *rebus sic stantibus* de toda cautela, lo que permite levantarla, modificarla u ordenar una pese a que con anterioridad se ha denegado por la mutación de las circunstancias.

En este caso en particular, la antigua Sala de Casación en su sentencia de las 16 horas del 27 de junio de 1976, fundamentándose en los artículos 591, 597 del Código de Procedimientos Civiles derogado, 70 y 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estimó que el auto que deniega o acoge la suspensión de la ejecución no es pasible del recurso extraordinario de casación, puesto que, en su criterio no produce la inmutabilidad de la cosa juzgada material al no decidir definitivamente cuestiones debatidas ni le pone término al principal.

F. Ejecución: el artículo 27 del CPCA estatuye que el órgano jurisdiccional para lograr la pronta y debida ejecución de la medida cautelar *“(...) podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.”*

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional es habilitado con poderes y deberes necesarios contenidos en el Título de la ejecución de sentencia, para efectos de un cumplimiento pronto y efectivo de la medida cautelar.

- a) Contracautelas: Paliativo del riesgo propio de la sumariedad y urgencia. Las contracautelas cumplen un rol primordial en cuanto contribuyen a mitigar los eventuales errores o riesgos inherentes a la prognosis (previsión) que debe realizar sumariamente el juez, en virtud del juicio hipotético de probabilidad y verosimilitud, al permitirle acordar una contramedida, en el supuesto que la sentencia principal sea desestimatoria de la pretensión del solicitante⁸⁹.

Toda medida cautelar, supone por su especial intensidad y determinación en condiciones precarias, un alto riesgo al estar sustentada en una cognición sumaria, la que, en ocasiones, es fuente de un daño injusto irrogado al destinatario pasivo de la medida cautelar, a terceros o el interés público, ese peligro es el que trata de conjurar la contracautela. Cualquier medida cautelar supone, por esencia, un riesgo o margen de error que constituye el precio de la rapidez o del "hacer pronto", el cual debe recaer, en tesis de principio, en las espaldas de quien se beneficia del mismo"⁹⁰.

En ese sentido el artículo 28, párrafo 1°, del CPCA dispone lo siguiente: *“El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.”*

Esta norma prevé un sistema de contracautelas abierto, amplio y equilibrado, en cuanto no predetermina su contenido, sujeta su disposición a conceptos jurídicos indeterminados de carácter fundamental como la

⁸⁹ Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 140- 145.

⁹⁰ *Ibíd*em, 184.

suficiencia y proporcionalidad de la contracautela, de modo que sea congruente con la razonabilidad, idoneidad y necesidad o intervención mínima en los términos que se expusieron supra.

Consecuentemente, la panacea a los efectos irreversibles o difícilmente reversibles que puede producir una medida cautelar, no está en reducir su admisibilidad a la prestación, por ejemplo, de cauciones inexigibles, dada la condición económica del administrado en contraste con la que ostenta la administración pública, o en interpretar restrictivamente los requisitos de admisibilidad de la medida, sino en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Debe considerarse que un sistema abierto y proporcionado de contracautelas, como el establecido en el CPCA, facilita el otorgamiento de todo tipo de medidas cautelares⁹¹, al garantizar la indemnidad del sujeto pasivo, de terceros y del interés público, ampliar el arbitrio judicial y reducir la exigencia de la prueba "*prima facie*", sin llegar, desde luego, al extremo de sustituirla.

- b) Restablecimiento del equilibrio: la contracautela trata, desde una perspectiva general, en virtud de los efectos conservativos o anticipatorios de la medida cautelar a favor del sujeto activo, de restablecer el equilibrio o igualdad entre las partes⁹², que puede, eventualmente, verse afectada al decretarse. Esta afirmación resulta cuestionable en el seno de un proceso asimétrico como el contencioso-administrativo aún después del nuevo CPCA del 2006

⁹¹ Leonardo Prieto Castro Y Ferrandiz, *Comunicación sobre medidas cautelares*. En el sistema de medidas cautelares, IX reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, Pamplona, eds. (Universidad de Navarra, 1974), 130.

⁹² Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 65.

que tiene la firme aspiración de restablecer la igualdad procesal entre los administrados y la administración pública, suprimiendo una serie de privilegios de orden formal. No obstante, no pueden obviarse las prerrogativas o potestades sustanciales con las que están provistas las administraciones públicas, circunstancia que ya marca una desigualdad entre éstas y los administrados, y demanda un manejo prudente de las contracautelas por el órgano jurisdiccional.

La contracautela como instrumento para restablecer el equilibrio perdido por la adopción de una medida cautelar, parte de la relevancia que el legislador le concede al interés del sujeto pasivo de la cautela o de terceros, la cual se produce como consecuencia de una valoración comparativa por el juez de los intereses contrapuestos en juego.

La contracautela, en el marco de un proceso plenamente simétrico, puede ser instrumento disuasorio de medidas cautelares solicitadas temerariamente o de mala fe, sin fundamento racional y serio, con la finalidad de perjudicar al sujeto pasivo. Un sistema cautelar eficaz genera su utilización abusiva "(...) De aquí la importancia de que la ley establezca garantías eficaces frente a quien usa indebidamente las medidas cautelares"⁹³.

- c) Fin de la caución: Resarcir daños y perjuicios derivados de la ejecución de la medida cautelar. La caución es para el sujeto pasivo de la medida cautelar (Administración Pública) o terceros un instrumento de garantía de la eventual responsabilidad derivada de

⁹³ José, González Pérez, La reforma de la legislación procesal administrativa, ed. civitas, (Madrid, 1992), 84-85.

una medida cautelar infundada o solicitada sin derecho, en cuanto permite resarcir los daños y perjuicios derivados de su actuación. Como se acotó supra, el otorgamiento de una medida cautelar es una labor un tanto difícil y delicada, debido a su riesgo intrínseco, toda vez que el órgano jurisdiccional adopta una medida intensa en condiciones precarias por la sumariedad, urgencia y limitada cognición, consecuentemente su concesión demanda una extraordinaria prudencia, puesto que, pueden causarse serios o graves daños y perjuicios.

Cuando en el proceso de cognición plena se establece que la situación jurídica sustancial no existe, y la cautelar ha perjudicado injustificadamente a la Administración o a un tercero, lógicamente éstos tienen derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios. Lo anterior significa que opera como cautela de la cautela, o más exactamente como contracautela, en cuanto asegura el derecho al resarcimiento del destinatario de la medida o de un tercero, y restablece el equilibrio entre la celeridad y la justicia.

La doctrina apunta que la caución guarda una relación de instrumentalidad negativa con la cautelar y positiva con la sentencia principal "en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria⁹⁴".

Sobre este particular, el artículo 28, párrafo 5°, del CPCA dispone lo siguiente:

⁹⁴ Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 65.

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

- d) Condición de eficacia de la medida cautelar: la caución, en el proceso contencioso-administrativo, no constituye un presupuesto para el otorgamiento de una medida cautelar. Lo contrario, podría limitar, sensiblemente, el derecho a la tutela cautelar. 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".

El artículo 28, párrafo 1º, del CPCA establece que el órgano jurisdiccional "(...) podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela (...)". De esta forma, el legislador hace facultativa y no preceptiva la exigencia de la contracautela, es vinculante, únicamente, cuando la medida cautelar adoptada pueda generar perjuicios.

Corolario de lo anterior, es que la caución o cualquier otra contracautela se erigen en condición de eficacia de la medida cautelar acordada. En tal sentido se establece en el artículo 28, párrafo 4º, del CPCA dispone lo siguiente:

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

En suma, el órgano jurisdiccional debe tener un margen de discrecionalidad suficiente para decidir sobre la adopción de la contracautela y sus condiciones⁹⁵.

5.2. Estudio de las medidas cautelares innovativas en Argentina

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de un interesado o de oficio para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho.⁹⁶

Son instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.⁹⁷ El principal problema que se presenta en la actualidad en el proceso judicial en materia administrativa en Argentina, es en la actualidad, es el de la lentitud de los procesos, lo cual trae aparejado un cierto riesgo de que mientras se aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional con lo cual se tornan

⁹⁵ José González, La reforma de la legislación procesal administrativa, 90-91.

⁹⁶ Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, (Buenos Aires, Plus Ultra, 1996), 311 y 312.

⁹⁷ Héctor Fix- Zamudio, y Ovalle Favela, José, “Derecho Procesal”, el Derecho en México. Una visión de conjunto, (México UNAM, 1991), T III, 1268.

ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho.⁹⁸

Se considera que las medidas cautelares son una categorías esenciales del derecho procesal, “ ya que el lapso inevitable (que en la práctica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme regazo que padecen los tribunales) por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia”, hace indispensable la utilización de estas medidas cautelares para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario, lograr que esta tenga eficacia práctica. ⁹⁹Consideramos, además, que las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para la defensa de la persona y de sus derechos. Así, las medidas cautelares y la pretensión principal, contenida en la demanda, se encuentran vinculadas a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho reclamado.

En el marco Normativo de las medidas cautelares el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es la norma que regula y que se aplica en materia de medidas cautelares en los procesos administrativos. Según lo dispuestos por sus artículos 195 a 237, se pueden aplicar ocho tipos de medidas cautelares: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, la guarda de personas, además de las medidas cautelares genéricas, que son todas aquellas para asegurar provisionalmente el cumplimiento el cumplimiento de la sentencia. La

⁹⁸ Pablo Óscar Gallegos Fedriani, *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*, 2ª. ed. actualizado, ed. (Abaco de Rodolfo De Palma), 728.

⁹⁹ Héctor Fix, y José Ovalle, *Derecho Procesal*, 1269.

jurisprudencia ha creado una figura pretoriana: la medida precautelar, que ha probado ser un eficaz elemento coadyuvante.

Pero en materia de procesos administrativos las que más se aplica es la medida cautelar de prohibición de innovar, para suspender los efectos de los actos administrativos impugnados. Las otras difícilmente se aplican a esta materia.

En la ciudad autónoma de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario incluye un concepto genérico de las medidas cautelares y regula la medida concreta de suspensión de la ejecución del acto Administrativo. Cabe mencionar la ausencia de la previsión expresa de la Contracautela.¹⁰⁰

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario ha previsto expresamente algunos remedios de naturaleza cautelares. Así, el artículo 22 del citado Código ha dispuesto que dichas medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y las suspensiones de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado. Quien tuviere fundado un motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable y puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente regulares por dicho Código.

¹⁰⁰ Carlos Balbin, dir. *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Comentado, (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003), 379.

Como se observa, el legislador creó un sistema de principios amplios y expansivos en materia de protección cautelar o preventiva. Así el administrado tiene el derecho, mediante la norma citada, de solicitar al juez el dictado de medidas cautelares de cualquier tipo o naturaleza siempre que la medida sea idónea para preservar el resultado del proceso aun cuando no esté expresamente prevista en el Código Contencioso Administrativo y Tributario.

Esto es absolutamente fundamental. No se limita en modo alguno la facultad del juez para adoptar una medida adaptada a las circunstancias de cada caso, cualesquiera que ellas sean. La nueva justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires ha sido diseñada siguiendo los lineamientos de la moderna doctrina que propicia la plena justiciabilidad del actuar administrativo, mediante la articulación de instrumentos procesales que aseguren sin inmunidades de poder una fiscalización plena del ejercicio de funciones administrativas.

El nuevo Código Contencioso Administrativo, en armonía con los principios constitucionales que lo sustentan, ha estructurado un esquema de remedios cautelares amplios y flexibles, facultando a los tribunales administrativos a adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto de la pretensión articulada, produciendo con ello un cambio sustancial en el proceso administrativo local.¹⁰¹ También se mantiene la posibilidad de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (artículo 25), pero mejora la operatividad de esa norma porque permite que sea solicitada sin necesidad de haberlo hecho antes en sede administrativa, y dispone que para decretarla el tribunal solo deberá evaluar

¹⁰¹Ana Cristina Logar, *Las medidas cautelares en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, ed. Platense, (Argentina, 2000), 479.

si el acto administrativo puede ocasionar perjuicios graves. No exige, en cambio, como lo hacía la norma anterior, que los perjuicios fuesen irreparable, y para que no haya dudas sobre ellos el actual permite que el tribunal de lo Contencioso Administrativo decrete la suspensión de la ejecución aun cuando tales perjuicios “pudieren ser objeto de una indemnización posterior.”

5.2.1. Procedencia de las medidas cautelares según el nuevo Código

Esta se encuentra comprendida del artículo 22 al 26 y será procedente cuando:

- A. El derecho invocado sea verosímil;
- B. Exista la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente (no necesariamente irreparable); y
- C. La medida requerida no afecte gravemente el interés público.

5.2.1.1. Algunas características de las medidas cautelares en Argentina

- A. Jurisdiccionalidad: La adopción de la medida cautelar compete al órgano jurisdiccional, que conoció al principio o en todo el proceso.
- B. Instrumentalidad: Son instrumentales por cuanto tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso que reviste el carácter del principal, del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que se va a dictar.

- C. Provisionalidad: hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues estas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal.
- D. Variabilidad: Se refiere al hecho de que según las exigencias de cada caso en particular, la medida debe ser valorada.
- E. Homogeneidad: las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de esta última, que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger a aquella frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho.¹⁰²

5.2.2. Requisitos para la medida cautelar

La procedencia de las medidas cautelares se justifica, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Dicha procedencia queda subordinada en líneas generales y sin olvidar que esto no es cuestión que resuelva ex ante, el juez debe evaluar en cada caso concreto la verificación de los siguientes requisitos: la verosimilitud del derecho invocado llamado también *fomus boni iuris* y el peligro en la demora, a los que se une un tercero establecido de modo genérico para toda clase de medidas

¹⁰²Jaime Rodríguez, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativo en España*, 311.

cautelares: la Contracautela,¹⁰³ que puede ser juratoria y que el Juez hasta puede considerar, de oficio, que ha sido suficientemente presentada en el acto que solicita la medida.

En cuanto a medidas cautelares innovativas se refiere en Argentina estas se disponen mediante el dictado de un mandato judicial, aun órgano específico de la administración pública para que observe una conducta activa, es decir, una obligación de hacer.¹⁰⁴

Se trata que la autoridad administrativa haga o deje de hacer algo en sentido contrario representado por la situación existente. El dictado de la medida cautelar Innovativa es de carácter extraordinario, pues para que el juez la pueda otorgar se exige que el daño que pueda causarse a quien la solicita, por la situación de hecho o derecho que pretende innovar, sea irreparable. Además de tiene que cumplir con los requisitos esenciales. Esta clase de medidas cautelares si bien no están reguladas expresamente en ninguna norma jurídica, su otorgamiento se hace con fundamento en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esta medida pretende la modificación de la situación jurídica existente al momento de la demanda.

5.3. Estudio de las medidas cautelares innovativas en España

Para España, las medidas cautelares son aquellas que se adoptan en un proceso con la finalidad de asegurar un resultado futuro que pueda

¹⁰³ Cámara Nacional de Apelaciones Contenciosa Administrativa, Sala I, Sentencia Del 19 de marzo de 1998.

¹⁰⁴ Gallegos Fedriani, *Las Medida Cautelares contra la Administración Publica*, 111.

producirse en el mismo. Su objeto es preservar anticipadamente una consecuencia previsible que debe realizarse en el curso del proceso.¹⁰⁵

De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción. Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

Las medidas cautelares en general tienen una regulación genérica en la Ley de Enjuiciamiento Civil que contiene una normativa de carácter general de las medidas cautelares, que podrá utilizarse como supletoria para resolver dudas que puedan surgir en la aplicación de las normas especiales que se ocupan de determinadas medidas cautelares particulares y en la interpretación de sus lagunas, porque todas las medidas precautorias participan, en principio, de las mismas características generales, responden a unos similares principios y sirven a unos fines comunes de aseguramiento del resultado futuro del proceso.

¹⁰⁵ <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento/Medidas Cautelares en España>.

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al juez o tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho.

Se tiene que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

Y en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los

días inhábiles en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales o en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares. El Juez o Tribunal oírán a las demás partes y resolverá por auto en el plazo de tres días, acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles.

El capítulo II de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hace referencia a las medidas cautelares, específicamente el artículo 129 expresa que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Al igual, si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, dando la pauta para la intervención de medidas cautelares innovativas.

Seguidamente, y previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Dichas medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en la Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. De igual manera no podrán modificarse o revocarse las

medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Para efectos de comunicación, el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, y la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada.

Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, debiendo suspender la vigencia de las disposiciones publicadas y darle cumplimiento inmediato.

Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto, apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, contra este auto no se dará recurso alguno.

En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida.

Y luego de recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el

levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.¹⁰⁶

Asimismo, cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos. Dicha caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente; posteriormente levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

¹⁰⁶Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Legislación Consolidada España.

5.4. Cuadro comparativo de las medidas cautelares innovativas

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA	EL SALVADOR	COSTA RICA	ARGENTINA	ESPAÑA
CUERPO NORMATIVO DONDE SE REGULAN LAS MEDIDAS INNOVATIVAS	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Capítulo VI Art. 97 al Art. 102	Código Procesal Contencioso-Administrativo Título III, Capítulo Único de los Art. 19 AL Art.30	Código Contencioso Administrativo y Tributario Capítulo IV Art. 22 al Art. 26.	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa. Capítulo II, Art. 129 al Art. 136
ARTICULO DONDE SE RECONCEN LAS MEDIDAS INNOVATIVAS	Se reconocen tácitamente en el artículo 97 inc. uno: las partes podrán solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la ejecución de la sentencia, la adopción de cuantas medidas fuere necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.	Se reconocen tácitamente en el artículo 19 numeral uno: Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. RECONOCIMIEN-TO EXPRESO DE LAS MEDIDAS	Se reconocen expresamente en el artículo 22 inciso 3: Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a	Se reconocen tácitamente en el artículo 129 al expresar que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

		<p>INNOVATIVAS. Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o <u>innovativos</u>, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar. Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad.</p>	<p>la demandada como a los terceros y al interés público</p>	
<p>PRESUPUESTOS PROCESALES</p>	<p>-Si la actuación u omisión impugnada produce y puede producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. (Periculum in mora)</p>	<p>-La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o</p>	<p>-Se invocare un derecho verosímil en relación con el objeto del proceso (Fomus Boni Iuris). -Existiere la posibilidad de sufrir algún perjuicio</p>	<p>-Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse</p>

	<p>-Si de la pretensión puede establecerse, mediante un juicio provisional, la apariencia favorable a derecho. (Fumus boni iuris)</p> <p>-Todos los intereses en conflictos; la medida podrá denegarse cuando de esta pudiere seguirse perturbación grave a los intereses generales o de terceros, que el Tribunal ponderará en forma circunstanciada.</p>	<p>perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, (Periculum in mora). “Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros (...) de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros”.</p> <p>Y siempre que la pretensión no sea temeraria, o en forma palmaria, carente de seriedad. (Fumus boni iuris).</p>	<p>inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. (Periculum in Mora).</p> <p>-La medida no afectare gravemente el interés público.</p>	<p>únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.</p> <p>- La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.</p>
<p>MOMENTO PROCESAL PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS INNOVATIVAS</p>	<p>-Se podrán solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución de la sentencia.</p> <p>-Se solicitarán ordinariamente junto con la</p>	<p>En cualquier estado del proceso, junto con la demanda, antes de la presentación de la demanda o en ejecución de la sentencia.</p>	<p>Podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda.</p>	<p>Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la</p>

	<p>demanda, no obstante, se podrán solicitarse antes de la presentación de la demanda siempre que se alegue y acredite razones de urgencia y necesidad.</p>			<p>efectividad de la sentencia.</p> <p>Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.</p>
<p>TRAMITE</p>	<p>La petición cautelar no suspenderá la tramitación del proceso. De la petición cautelar se dará audiencia a la parte contraria por el término de tres días. Transcurrido dicho término, el Tribunal dictará resolución motivada dentro de los tres días siguientes, otorgando o denegando la medida cautelar.</p>	<p>Una vez solicitada la medida cautelar:</p> <p>-El tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente.</p> <p>-Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar</p>	<p>-Se decretarán sin audiencia de la otra parte, sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso.</p> <p>-Se podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestado en un plazo no mayor de cinco días.</p>	<p>La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.</p> <p>La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación</p>

		<p>requerida.</p> <p>-El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida.</p> <p>-Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles.</p>		<p>grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.</p> <p>El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes.</p> <p>Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.</p>
--	--	---	--	--

<p>MEDIDA CAUTELAR ANTICIPATORIA.</p>	<p>Las medidas innovativas se podrán solicitar antes de la presentación de la demanda siempre que se alegue y acredite razones de urgencia y necesidad.</p> <p>-Atendidas las circunstancias de especial urgencia y necesidad que concurren en el caso y que puedan comprometer la eficacia de la medida, el Tribunal podrá acordar la medida cautelar sin oír a la parte contraria. Esta resolución no admitirá recurso alguno. En el caso a que se refiere el inciso anterior, en la misma resolución que acuerde la medida, el Tribunal convocará a las partes a una audiencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes,</p>	<p>Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.</p> <p>-El tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela.</p> <p>-Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos</p>	<p>-Podrán solicitarse en modo anticipado.</p> <p>-Se decretarán sin audiencia de la otra parte, sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso.</p>	<p>Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida.</p>

	sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.	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.		
LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR.	<p>-cuando se solicitó la medida cautelar antes de la presentación de la demanda, estas caducaran de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los plazos regulados para la interposición de la demanda.</p> <p>- Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que se presente alguna de las siguientes situaciones:</p> <p>recaiga Sentencia firme que ponga fin al proceso en el que hayan sido acordadas, el proceso finalice por cualquiera de las otras formas de</p>	<p>-En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia.</p> <p>-Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la</p>	<p>-Si la provincia, un municipio, o un ente provincial o municipal invocasen fundadamente, en cualquier estado del proceso, que la medida cautelar dispuesta provoca un grave daño al interés público, es el juez, previo traslado a la contraparte por cinco días, resolverá el levantamiento de la medida.</p> <p>-En caso de que se resuelva dejar sin efecto la medida, se declarara a cargo del peticionante la responsabilidad por los daños y perjuicios que ellos pueda</p>	<p>-Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley.</p> <p>No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias</p>

	<p>terminación previstas en esta Ley, o hasta la ejecución total de la Sentencia, en caso que se hubieren adoptado en esta fase del proceso. No obstante, las medidas podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del proceso, a petición de parte o de oficio, si se alegan y prueban hechos o circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su adopción. Asimismo, con iguales requisitos podrá presentarse nueva petición sobre la medida previamente denegada.</p> <p>- Levantada la medida por Sentencia o por cualquier otra causa, la Administración Pública, o la persona que pretendiere tener derecho a la indemnización de los daños producidos, podrán solicitar esta, ante el</p>	<p>Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.</p>	<p>causar en el supuesto de que se hiciere lugar a la demanda. -El juez a pedido de parte o de oficio, podrá levantar, modificar o sustituir la medida cautelar cuando cambiaren las circunstancias que la determinaron.</p>	<p>as en virtud de las cuales se hubieran adoptado.</p>
--	--	--	--	---

	propio Tribunal que acordó la medida dentro del año siguiente a su levantamiento.			
COMUNICACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR A LAS PARTES.		El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias.		<p>El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo o correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2</p> <p>La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo</p>

				o que afecte a una pluralidad Indeterminada de personas
CONTRACAUTELA	<p>-Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, el Tribunal podrá acordar las medidas que sean necesarias para evitar o paliar dichos perjuicios.</p> <p>-La contracautela podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas por la Ley. La medida cautelar no podrá llevarse a efecto hasta que la contracautela hubiera sido cumplida.</p> <p>-Para la fijación del monto de la caución o garantía en que consista, en su caso, la contracautela exigida al solicitante de la correspondiente medida cautelar,</p>	<p>-El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.</p>	<p>-Si se hiciere lugar a la medida cautelar, el juez fijara el tipo y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.</p> <p>-No se exigirá contracautela cuando la parte que solicitare la medida cautelar fuere la provincia, un municipio o ente provincial o municipal.</p>	<p>-Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.</p>

	<p>el Tribunal deberá considerar los posibles perjuicios concretos que se deriven de la adopción de dicha medida, para lo cual podrá auxiliarse de peritos idóneos.</p>			
<p>EJECUCION DE LA MEDIDA CAUTELAR</p>	<p>-Acordada la medida cautelar y, en su caso, cumplida la contracautela a que se refiere este capítulo, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de la Sentencia.</p>	<p>-La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.</p>		<p>- La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento o de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios.</p>

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

En la parte final del trabajo de investigación, se presentan las conclusiones y recomendaciones, luego de haberse enriquecido el conocimiento del estudio de la eficacia de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo en especial referencia a las medidas innovativas decretadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el periodo 2014-2018.

Se concluye que es beneficioso para los administrados la existencia de una variedad de medidas cautelares, sean positivas o innovativas, con el fin de proteger la esfera jurídica de los administrados para ser aplicadas en los casos respectivos.

Las medidas cautelares en general, han tenido a lo largo de la historia un proceso evolutivo muy amplio, en donde con los cambios sociales, en los países como España, Costa Rica en este caso El Salvador y específicamente con la nueva legislación de lo Contencioso Administrativo.

En el proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares innovativas desempeñan una función muy importante salvaguardando derechos ante la vulneración de éstos por un acto administrativo, ya que, a nivel internacional, existe mucha similitud en los procesos, tramites y ejecución a seguir para la adopción de medidas cautelares en la índole innovativa.

Que la eficacia de las medidas cautelares innovativas se alcanza realizando un buen análisis de los criterios adoptados para decidir el otorgamiento o no de las medidas, criterios como el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho, los cuales son adoptados por la mayoría de tribunales contenciosos administrativos en diferentes países como Costa Rica, España y Argentina.

Que los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional.

A nivel jurisprudencial la Sala de lo Contencioso Administrativo ha adoptado nuevas interpretaciones en cuanto a la aplicación de medidas cautelares innovativas, en los estudios realizados a jurisprudencia emitida por la misma, nos damos cuenta que ha evolucionado ya que con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva a procedido a decretar medidas de carácter innovativo; no solo la suspensión de los efectos del acto como lo regulaba la anterior ley; ya que en la nueva ley de la jurisdicción contenciosa administrativa ya contempla la posibilidad de adoptar cualquier medida que sea necesaria según las circunstancias del caso, correspondiéndole a la nueva jurisdicción contenciosa administrativa, jueces de primera instancia, Cámaras y Salas, aplicar el Derecho vigente.

Internacionalmente en el estudio de las medidas cautelares innovativas se ha observado el reconocimiento de estas ya sea tácita o expresamente, realizando una comparación con los países Costa Rica,

Argentina y España se llega a la conclusión que van adelantados en cuanto a decretar medidas cautelares de carácter innovativo ya que sus cuerpos normativos las reconocen y esto facilita a los aplicadores del derecho decretarles, no obstante en El Salvador con la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se abre una ventana de posibilidades de decretar medidas cautelares de carácter innovativo, solo es tarea de administradores de justicia de lo contencioso administrativo el aplicarlas en los casos que se acrediten los presupuestos procesales y así obtener una efectiva protección jurisdiccional.

Se concluye que las medidas cautelares innovativas aplicadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo han sentado precedentes para salvaguardar derechos vulnerados a los administrados y para los cuales la tutela de estos no se encuentra regulada literalmente en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Que las medidas cautelares innovativas han demostrado su eficacia a través de las diversas sentencias y autos interlocutorios emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo, donde en su mayoría, a empleados públicos se les ha vulnerado sus derechos y a través de estas medidas se ha logrado salvaguardarlos.

Con la nueva regulación de las medidas cautelares se denota un avance ya que en esta regulación establece que se podrá aplicar cualquier medida que sea necesaria, y no la mera suspensión del acto como lo establecía la derogada legislación de la jurisdicción contencioso Administrativa.

Recomendaciones

A la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en específico a los aplicadores de la nueva jurisdicción contencioso administrativa, que al momento de aplicar la nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativo que entró en vigencia el 31 de enero de 2018, que no sean temerosos o se restrinjan a la literalidad de la ley, sino que se atrean a innovar en la aplicación de las medidas cautelares.

A la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que no se siga la línea tradicional que por mucho tiempo sostuvo la Sala de lo contencioso de únicamente decretar la suspensión del acto reclamado como medida cautelar "eficaz", y que el juez como intérprete y conocedor del derecho se adecue a las nuevas tendencias del derecho y colabore en la pronta y cumplida justicia garantizándole al demandante que al momento de tener una sentencia está no sea únicamente un texto sin aplicación en la realidad, siempre y cuando estén acreditados el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho, se proceda a decretar medidas cautelares innovadoras que conlleven a garantizar la eficacia de una futura sentencia estimativa, evitándole así al demandante sufrir más agravios y perjuicios de los ya producidos por el acto que se ataca su ilegalidad.

A los Juzgados, las Cámaras y la Sala al momento de decretar las medidas cautelares, realizar un análisis exhaustivo de los criterios jurisprudenciales, así como de los preceptos establecidos por la legislación, la doctrina, esto con el fin de que se otorguen medidas de carácter innovativo, así como apegarse a los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y racionalidad tomando en consideración las garantías de las partes intervinientes.

A los aplicadores de la nueva jurisdicción contenciosa administrativa, se les recomienda hacer uso del derecho comparado para una mejor comprensión de las mismas, en virtud de que otros países se encuentran a la vanguardia con esta temática, con el objetivo de posibilitar que quienes las reciban se les garantice la tutela judicial efectiva.

A los Juzgados, Cámara y la Sala se debe evitar el *periculum in mora* y agilizar el proceso para conseguir con ello una pronta y cumplida justicia y así poder garantizar la tutela judicial efectiva.

A los Aplicadores de la nueva Jurisdicción Contencioso Administrativa, que las medidas cautelares, en especial las innovativas sigan en una constante evolución apegándose a las nuevas tendencias del derecho procesal administrativo, para que los aplicadores de justicia tengan un amplio panorama de aplicación de las mismas para garantizar las peticiones de los administrados.

A la Asamblea Legislativa, que, en una futura reforma de la Nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, diera vida jurídica explícitamente a las medidas cautelares innovativas, reconociendo para ello un artículo que las desarrolle aunque sea de forma ejemplificativa y no taxativa, para así dotar a los aplicadores de una herramienta que sirva para garantizar los derechos de los demandantes que impugnen la legalidad de un acto.

A la Asamblea Legislativa que utilice las técnicas legislativas adecuadas, deben procurar la regulación o desarrollo de los derechos y garantías constitucionales previsto en la Constitución de la Republica y no su restricción o limitación.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Aguado, Vicenc, La reciente Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo. Vol. II. 1993.

Alsina Hugo, Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª edición, Argentina, 1943.

Ayala, José María, y otros. Manual de Justicia Administrativa 1ª edición Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2003.

Balbín, Carlos F, (dir) Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003

Bacarat, Edgar José. “Reflexiones sobre la medida innovativa: Su pasado y futuro.” En Medida Innovativa, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar Jose. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed, V 16 Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1976.

Calamandrei, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de la Providencias Cautelares. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Buenos Aires, Argentina, Edición VI, 1945.

Carmona Tinoco, Jorge Luis: “Algunas notas comparativas entre las Medidas Cautelares en el Derecho Administrativo español y mexicano”. México. 2005.

Castro, Loría (Juan Carlos). El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 200.

Chinchilla Marín, Carmen. Tutela Cautelar. En: Leguina Villa (Jesús) y Sánchez Morón, Miguel, (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 2º edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001.

Chinchilla Marín, Carmen. Los criterios de adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999.

Couture, Eduardo, citado por Gómez Évora, Milagro y otros, “Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Contra Ley en El Salvador.” monografía para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, julio 2003.

Diez, Manuel María, Derecho Procesal Administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996.

Francisco, Ramos Romeu, Las medidas cautelares civiles, (Barcelona: Atelier, 2006).

Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Derecho Procesal”, el Derecho en México. Una visión de conjunto, México UNAM, 1991, T III.

Gamero Casado, Eduardo, “Derecho Administrativo Monografías “, La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Primera Edición CNJ, El Salvador, año 2001.

García de Enterría, Eduardo: “La Batalla por las Medidas Cautelares”, 2da, Edición, Madrid, Civitas, 1995.

González Pérez, José, La reforma de la legislación procesal administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 1ª edición, 1992.

Gutiérrez, de Cabiedez, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal. Ediciones Universidad de Navarra, España 1974.

Jinesta Lobo, Ernesto. La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica, 2008.

Jinesta, Lobo Ernesto, Manual del Proceso Contencioso Administrativo, San José, Editorial Jurídica Continental, 1.ª reimpresión, 2009.

Jinesta Lobo, Ernesto et al., El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Departamento Publicaciones Poder Judicial, 2006.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2005. Amparo: referencia 497-2004 del día seis de abril de 2005.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. 2013. Referencia 30-2010 del día cinco de febrero de 2013.

Logar, Ana Cristina, Las medidas cautelares en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ed. Platense, 2000.

Martínez Botos, Raúl, Medidas Cautelares, Editorial Universidad Buenos Aires, 1990.

Mejía, Henry Alexander, Manual de Derecho Administrativo. 1ª. Editorial Cuscatleca, 2014.

Mena Castro, Enrique. “El derecho a la protección jurisdiccional como fundamento de la tutela cautelar: su incidencia ante una posible reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo” de la Revista de Ciencias Jurídicas DE LEGIBUS No. 2 de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Enero-junio 2008.

Morello, Augusto, La Tutela Anticipada, Librería Editora Platense, 1996.

Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004.

Pastor de Periotti, Irma Y Ortiz de Gallador, María Inés, “Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa: fundamentos y alcances”, Estudios de Derecho Administrativo X. El proceso Administrativo en la República de Argentina, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004.

Peyrano, Jorge W. La Palpitante de Medida Innovativa, En medida innovativa, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009.

Prieto Castro Y Ferrándiz, Leonardo, Comunicación sobre medidas cautelares. En El sistema de medidas cautelares, IX reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974.

Rodríguez, Pontón, José “Pluralidad de intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso Administrativo “, sede Cn, Barcelona, España, 1999.

Rojas Franco, José Enrique. La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial. Edit. Mundo Gráfico. 1ª ed. San José, Costa Rica. Año 1999.

Rojas Chaves, Magda Inés, Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2008.

Sánchez, Juan José, Apunte sobre derecho procesal civil. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Edición Último Decenio, El Salvador 1992.

Vittorio, Sciajola, Procedimiento Civil Romano, (Argentina: EJE, 1954), citado en Antonio, Pérez, Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012).

TESIS

Abarca, Luís Amparo y otros, “Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia”, trabajo de grado para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000.

Álvarez Hernández, Víctor Humberto y otros, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo”, trabajo de grado para obtener título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2012.

Alvarenga Claros Krislia Eunice, y otros, “Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño”, Trabajo de Grado para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas en Ciudad Universitaria, San Salvador, febrero 2008.

Ayala Urrutia, Edwin Ernesto, “Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia”, Trabajo de Grado para Obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1999.

LEGISLACION

Código Civil de la Republica de El Salvador, D.E. del 30 de abril de 1860.D.O. del 19 de mayo de 1860.

Decreto 761 de fecha 28 de agosto de 2017, publicado en el D. O. N° 174, Tomo 416, de fecha 20 de septiembre de 2017.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, del 19 de diciembre de 1978.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, D.L. N° 760, del 28 de agosto de 2017, publicada en el D.O. N° 209, Tomo 417, del 9 de noviembre de 2017.

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Legislación Consolidada España.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del 21-X-98. Ref. Amparo 148-97 considerando IV. 1. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia: “dicho principio hace relación que, a los destinatarios de la ley, que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley, dictada y promulgada con anterioridad al hecho constitutivo de infracción”.

Resolución Interlocutoria del 31-VIII-2005. Referencia 116-2005. Sala de lo Contencioso Administrativo Corte Suprema de Justicia.

Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1.”La SC ha explicitado que con el concepto de derechos fundamentales “se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidas a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad , su

libertad y su igual inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivadas, desarrollando una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la constitución” .

Cámara Nacional de Apelaciones Contenciosa Administrativa, Sala I, Sentencia Del 19 de marzo de 1998.

Sentencia de fecha 15-XII-2004, Proceso con referencia 265-A-03, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema De Justicia.

Sentencia de fecha 26-VII-2003, Proceso con Referencia 158-R-2001, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

Auto interlocutorio del 22 de enero de 2014 de la referencia 293-2013.

REVISTAS

Palacios, Cristian. “Las Medidas Cautelares”. Publicado en la revista jurídica Digital “Enfoque Jurídico” el 06 de abril de 2016

Porras Hernández, Emilio Revista de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia de la Nación - Número 35/36 - Enero/Junio 2005.

Rodríguez Arana, Jaime, Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativo en España, Edición 1, 2003.

Ventura, Sara E. Breve Aproximación a la Jurisdicción Contencioso Administrativo en El Salvador. Aspectos Esenciales y Elementos Contrastantes con el Modelo Español. Revista Aragonesa de Administraciones Públicas (Nº32. junio 2008), Editorial: Gobierno de Aragón (Departamento de Presidencia).

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española, 21 Edición tl, Real Académica Española, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992.

Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Edit. Heliasta. 26ª edición actualizada. 1999.

SITIOS WEB

Morales Galito, Einstein Alejandro, Medidas Cautelares, en Venezuela, <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

Corte Suprema de Justicia, Historia de la Corte Suprema de Justicia, en <http://www.csj.gob.sv/contencioso/historia.htm>.

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento/MedidasCautelares> en España.