

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS, AÑO 2007
PLAN DE ESTUDIO 1993**



AMPLITUD DE LA TUTELA CAUTELAR, COMO PARTE INTEGRANTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DE MANERA QUE LA SENTENCIA EMITIDA EN ESTA JURISDICCIÓN PUEDA SER EJECUTADA EFICAZ E ÍNTEGRAMENTE.

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
JOSÉ ALEXANDER FRANCIA ESCOBAR**

**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:
LICDA. MARTA LILIAN VILLATORO SARAVIA**

SEPTIEMBRE 2007

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, EL SALVADOR.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARÍA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALES ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LICDA. MARTA LILIAN VILLATORO SARAVIA

Agradecimientos

“¿Qué es el genio de un pensador, de un artista, al lado de ese espesor, de esa densidad, de costumbres y de virtudes que se hallan en tantos individuos ordinarios?. Una de las taras de la humanidad es exaltar, al catalogar sus grandes hombres, lo brillante en detrimento de lo sólido, y lo que embriaga en lugar de lo que alimenta”.

Gustave Thibon.

Los más altos agradecimientos, a quienes hicieron posible la realización de la presente investigación, especialmente a Marta Lilian y Xioma.

JA. Francia

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO 1	
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SURGIMIENTO DE LA TUTELA	
CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	1
1.1.1 Origen y Evolución de la Tutela Cautelar en el	
Proceso Contencioso Administrativo en el ámbito del	
Derecho Comparado.....	1
1.1.1.1 Derecho Francés.....	1
1.1.1.1.1 Breve evolución de la Jurisdicción	
Contencioso Administrativo en el Derecho	
Francés.....	1
1.1.1.1.2 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el	
Derecho Contencioso Administrativo Francés.....	7
1.1.1.2 Derecho Español.....	11
1.1.1.2.1 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho	
Contencioso Administrativo Español.....	11
1.1.1.3 Derecho Alemán.....	23
1.1.1.3.1 Breve evolución de la Jurisdicción Contencioso	
Administrativo en el Derecho Alemán.....	23
1.1.1.3.2 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho	
Contencioso Administrativo Alemán.....	28

1.1.1.4	Derecho Comunitario Europeo.....	31
1.1.1.4.1	Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho Comunitario Europeo.....	31
1.1.1.4.1.1	Antecedentes de la Unión Europea.....	31
1.1.1.4.1.2	Primacía del Derecho Comunitario Europeo e Integración a los Ordenamientos Jurídicos de los Países Miembros.....	34
1.1.1.4.1.3	Naturaleza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	38
1.1.1.4.1.4	Conformación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	39
1.1.1.4.1.5	Procedimientos en los cuales se desarrolla la aplicación de medidas provisionales dentro del Ámbito del Derecho Comunitario relacionadas a cuestiones de Derecho Contencioso Administrativo.....	56
1.1.1.4.1.6	Disposiciones Normativas que regulan las Medidas Cautelares.....	57
1.1.1.4.1.7	Establecimiento Doctrinal por parte del Tribunal de Justicia acerca de la Efectiva Tutela Cautelar en aplicación del Derecho Comunitario Europeo. “Caso Factortame”.....	58
1.1.1.5	Derecho Venezolano.....	61
1.1.1.5.1	Breve evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Derecho Venezolano.....	61
1.1.1.5.2	Breve evolución de la Tutela Cautelar	

en la Jurisdicción Contencioso Administrativo	
en el Derecho Venezolano.....	69
1.1.2 Origen Y Evolución De La Tutela Cautelar En El Proceso	
Contencioso Administrativo En El Ámbito Del Derecho	
Salvadoreño.....	74
1.1.2.1 Antecedentes del surgimiento de la Jurisdicción	
Contencioso Administrativo en El Salvador.....	74
1.1.2.2 Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso	
Contencioso Administrativo en El Salvador.	78

CAPITULO 2

2.1 CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA,	
SEGÚN LA DOCTRINA.....	85
2.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos	
de Administración de Justicia.....	86
2.1.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia	
para hacer valer Derechos e Intereses colectivos.....	87
2.1.1.2 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia	
para hacer valer Derechos e Intereses Difusos.....	88
2.1.2 Derecho a una Justicia sin Dilaciones Indevidas.....	89
2.1.3 Derecho a una Sentencia que resuelva la Controversia.....	90
2.1.3.1 Derecho a la Efectividad de la Tutela.....	90
2.1.4 Diferencia entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva	
y el Derecho al Debido Proceso.....	91

2.2 LA TUTELA CAUTELAR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	
COMO MANIFESTACIÓN DE LA	
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	92
2.2.1 Fundamento para la aplicación de Medidas Cautelares.....	94
2.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO	
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	96
2.3.1 Concepto de Medida Cautelar.....	96
2.3.2 Características de las Medidas Cautelares.....	99
2.3.3 Presupuestos para la Adopción de las Medidas Cautelares.....	102
2.3.3.1 En General.....	102
2.3.3.2 Periculum In Mora.....	103
2.3.3.3 Los Intereses en Conflicto.....	104
2.3.3.4 Fumus Boni Iuris.....	105
2.3.3.5 Otros Presupuestos.....	106
2.3.4 Clasificación de Medidas Cautelares.....	107
2.3.5 Tipos de Medidas Cautelares posibles.....	110
2.3.5.1 Amplitud de Tipos de Medidas Innominadas.....	110
2.3.5.1.1 Las Medidas Precautelares.....	111
2.3.5.1.2 Las Medidas Cautelares Autónomas.....	112
2.3.5.1.3 Las Medidas Cautelares Innovativas.....	113
2.3.5.1.4 Las Medidas Autosatisfactivas.....	114
2.3.6 La Suspensión Jurisdiccional de la Ejecución del Acto Administrativo.....	123
2.3.6.1 Consideraciones preliminares.....	123
2.3.6.2 Acercamiento al concepto de Suspensión de la Ejecución del	
Acto Administrativo.....	129
2.3.6.3 Fundamento de la Suspensión de la Ejecución del Acto.....	131

2.3.6.4	Caracteres de la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo.....	132
2.3.6.5	Presupuestos de la Suspensión de la Ejecución del Acto.....	136
2.3.7	Similitudes y Diferencias entre las Medida Cautelar y el Amparo.....	139
2.3.7.1	Similitudes entre las Medidas Cautelares y el Amparo.....	139
2.3.7.2	Diferencias entre las Medidas Cautelares y el Amparo.....	140
CAPITULO 3		
3.1	EL PROCESO CAUTELAR.....	142
3.1.1	Objeto del Proceso Cautelar.....	142
3.1.2	La Acción Cautelar.....	143
3.1.3	Proceso, Pretensión y Sentencia Cautelar.....	144
3.2	LA TUTELA CAUTELAR COMO PARTE INTEGRANTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	146
3.2.1	Fundamento de la Tutela Cautelar.....	146
3.2.2	Finalidad de la Tutela Cautelar.....	148
3.2.3	Derecho del Administrado a la Efectividad y Ejecutividad de la Sentencia.....	151
3.3	REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO.....	154
3.3.1	La mal lograda positivización de la tutela cautelar dentro de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.....	154
3.3.2	Procedencia y Función de la limitada Tutela	

Cautelar en el Contencioso-Administrativo salvadoreño.....	172
--	-----

CAPÍTULO 4

4.1 FRANCIA.....	178
4.1.1 El Sursis Á Exécution.....	179
4.1.2 El Référé Suspensión.....	181
4.1.3 El Refere Administratif	183
4.2. ESPAÑA.....	183
4.2.1 El principio del efecto no suspensivo del recurso contencioso-administrativo.....	183
4.2.2 El nuevo panorama a partir de la sanción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa	185
4.2.3 Medidas Positivas contra la Inactividad Administrativa.....	186
4.2.3.1 Inactividad Material.....	187
4.2.3.2 Inactividad Formal.....	188
4.2.4 Medidas Positivas contra Actuaciones Materiales constitutivas de Vía de Hecho.....	188
4.2.5 Los Principios Fundamentales del Régimen Actual.....	189
4.2.6 Medidas Positivas en Recurso contra Disposiciones Generales.....	191
4.2.7 Las Medidas Cautelares Provisionalísimas.....	192
4.2.7.1 Características generales del procedimiento para la adopción de las Medidas Provisionalísimas.....	194

4.3 ALEMANIA.....	194
4.3.1 Generalidades.....	194
4.3.2 La Suspensión del Acto Administrativo. La regla del efecto suspensivo automático.....	195
4.3.3 La Orden Provisional.....	197
4.3.4 Ejecución de la Sentencia Cautelar.....	200
4.4 ITALIA.....	200
4.4.1 El Principio del Acto Administrativo Ejecutorio.....	200
4.4.2 La Constitucionalización de las Medidas Cautelares Positivas.....	201
4.4.3 Medidas Positivas contra el Silencio de la Administración Pública.....	204
4.4.4 Medidas Cautelares Provisorias.....	204

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones Finales	206
5.2 Recomendaciones	208

BIBLIOGRAFÍA	211
--------------------	-----

ANEXOS	225
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

Los efectos negativos que trae consigo la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales, pueden ser paliados, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado, que les devuelva a los administrados la confianza de que el Estado, no solamente es capaz de resolver sus conflictos, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir.

Así, la Tutela Cautelar Judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y de ésta forma se preserve la seguridad jurídica.

Del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos ó intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la demora en la resolución de las causa judiciales, no escapa la tramitación de los procesos que se plantean ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y por el ende esa eventualidad es más gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por la demás jurisdicciones.

Ello resulta ser así, porque en este tipo de procesos la ley de la materia únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la Administración Pública que denieguen ó prohíban alguna actividad por parte del administrado.

Esta situación, generadora de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, para poder ser remediada en forma correcta, no puede ser asumida únicamente desde la perspectiva de los derechos individuales de los accionantes, la cual, si bien tiene y merece un reconocimiento propio, es enmarcable dentro de un denominador común, que en su conjunto justifica, en mayor medida, la búsqueda de una solución y que consiste en la preservación de la seguridad jurídica.

Es así que, para comprender de mejor forma el surgimiento de la tutela cautelar dentro del proceso contencioso administrativo, en el capítulo uno se exponen vastos antecedentes de este instituto en los sistemas contencioso-administrativos foráneos y más representativos en el desarrollo y evolución de este instituto.

Para asimilar el contenido y/o aspectos más relevantes del derecho a la tutela cautelar dentro del proceso contencioso-administrativo y su implicancia dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, es en el segundo capítulo que se expondrán conceptos, características, presupuestos, clasificaciones y finalidades de este instituto.

En el tercer capítulo, se abordará el comportamiento de la tutela cautelar en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, dejándose al descubierto la insuficiente regulación y su mal logrado desenvolvimiento en la actual ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como el limitado criterio con el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo aborda a este instituto cautelar, en un claro rechazo a la evolución en la tutela de los derechos del administrado. Es así que, para dejar en evidencia la falta de la tutela cautelar y por ende de la tutela judicial efectiva, en el capítulo cuarto se explicará el desenvolvimiento y operativización que ha tenido este instituto en el derecho comparado, y así demostrar la imperiosa e impostergable necesidad de la amplitud de la tutela cautelar, como manifestación de una debida tutela judicial efectiva; por lo que será en el capítulo cinco en donde se planteará una serie de conclusiones y recomendaciones tendentes a que las autoridades competentes adquieran una sólida apertura a ampliar el derecho a la tutela cautelar, y su consecuente ejercicio, a favor de los administrados cuando estos accionen la jurisdicción contencioso-administrativa.

Capítulo I

“Contexto Histórico del Surgimiento de la Tutela Cautelar dentro del Proceso Contencioso Administrativo”.

1.1 Antecedentes Históricos del Surgimiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo.

1.1.1 Origen y evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo en el ámbito del Derecho Comparado.

1.1.1.1 Derecho Francés.

1.1.1.1.1 Breve evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Derecho Francés.

El sistema judicial –o, mejor dicho, jurisdiccional– francés se caracteriza por la coexistencia de dos tipos de jurisdicciones –llamadas en francés “órdenes de jurisdicción”–, la “judicial¹” y la “administrativa”, totalmente independientes una de la otra, estructurándose cada una por una jurisdicción suprema sin que exista entre las

¹ En el vocabulario jurídico francés, las jurisdicciones “judiciales” son las que tienen competencia para resolver las controversias entre personas privadas aplicándose el derecho privado. Las jurisdicciones “administrativas” son las que conocen de los litigios en los cuales una persona pública (el Estado, una colectividad territorial o una empresa pública) es parte y para la solución de las cuales se aplica el derecho administrativo.

dos ninguna jerarquía, ni la menor posibilidad de que una pueda imponer, respecto de la otra, en cuanto a competencia y forma de decisiones.

Esta peculiaridad, que fue “exportada” hacia ciertos países extranjeros², es el resultado de una larga y lenta evolución histórica que comenzó a principios de la Revolución francesa y que aún no ha concluido.

1). De la Revolución a la III^a República: la justicia retenida.

La jurisdicción administrativa halla su origen en la afirmación, por la ley de 16-24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial, del principio de la sustracción del contencioso-administrativo al control de los tribunales ordinarios, llamados “judiciales”, en la misma se disponía:

“Las funciones judiciales son distintas y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar, de ninguna manera, las acciones de los cuerpos administrativos, ni citar a los administradores por razón de sus funciones” (ley de 16-24 de agosto de 1790, artículo 13).

El control de la administración estaba entonces confiado al Jefe supremo de la Administración, el rey. Tal sistema de control puramente interno y no jurisdiccional se mostró pronto insatisfactorio, pues la administración era su propio contralor, siendo a la vez juez y parte, lo que no garantizaba a los administrados que sus litigios contra la

² Entre otros: Bélgica, Egipto, Líbano y casi todos los países africanos francófonos, excolonias francesas que reprodujeron en sus constituciones el “modelo francés”.

administración fueran resueltos equitativamente. Es por eso que la Constitución del año VIII (1799), que instituyó el Consulado, creó el Consejo de Estado mediante su artículo 52, que disponía:

“Bajo la dirección de los Cónsules, un Consejo de Estado se encargará de redactar los proyectos de ley, así como de resolver las dificultades que se le eleven en materia administrativa” (Constitución del 22 Frimario del año VIII, artículo 52).

Pero el Consejo de Estado, situado “bajo la dirección de los cónsules”, sólo tenía un papel consultivo, tanto en materia legislativa -podía proponer proyecto de leyes y redactaba los que le remitía el Primer Cónsul -como en materia contenciosa. En este último ámbito, la decisión final era tomada por el Primer Cónsul -quien nombraba a los miembros del Consejo de Estado -luego, y sucesivamente, según la forma de gobierno vigente en Francia, por el emperador, por el rey, por el presidente de la República.

En el sistema de la “justicia retenida”: el Consejo de Estado no tenía atribución jurisdiccional, pues no dictaba sentencias; aquella atribución competía al primer cónsul, y luego a los sucesivos jefes del Estado, que “retenían” la justicia para ejercerla ellos mismos.

En la práctica, estos últimos seguían casi siempre las opiniones del Consejo de Estado más fácilmente si cabe, ya que el Consejo se negaba a examinar la legalidad de las decisiones de la Administración adoptadas por motivos “políticos”.

Paralelamente, una ley del Año VIII creó los Consejos de Prefectura, a razón de uno por departamento, que juegan para el Prefecto el mismo papel que el Consejo

de Estado para el Gobierno central, en especial el de consejero para los asuntos contenciosos de la competencia del departamento.

2). De la III^a República a la reforma del contencioso administrativo de 1953: la justicia delegada.

Hubo que esperar los inicios de la III^a República para que la ley de 24 de mayo de 1872 atribuyera al Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura la “justicia delegada”, es decir el poder de dictar “en nombre del pueblo francés” las decisiones, y no simples opiniones contenciosas, conservando sin embargo su función de consejero del Gobierno o de los Prefectos, respectivamente. De esta ley data pues la doble característica del contencioso administrativo francés:

- La existencia de una verdadera jurisdicción administrativa, situada bajo la autoridad del Consejo de Estado, distinta de la organización judicial en cuya cúspide se encuentra la Corte de Casación: esto es lo que se llama la “dualidad de la jurisdicción”;

- La doble función del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura – que se convierten en “Consejos de Prefectura Interdepartamentales” en 1926 y después en “Tribunales Administrativos” en 1954–, a la vez consejeros de la Administración y jueces del contencioso-administrativo: es el cúmulo de las atribuciones administrativas y jurisdiccionales.

Los miembros de los Consejos de Prefectura, luego de los Tribunales Administrativos, y los del Consejo de Estado, han sido durante largo tiempo simples

funcionarios ligados a la Administración prefectoral. Actualmente, siguen siendo funcionarios y están regidos, salvo derogación expresa, por el Estatuto General de la Función Pública, pero se benefician de garantías destinadas a asegurar su independencia. Así, el artículo L. 231-3 del código de justicia administrativa, dispone que “ejercerán las funciones de magistrado” y que “no podrán recibir, salvo que así lo consientan, un destino nuevo, aunque sea un ascenso”.

3). Desde la reforma del contencioso administrativo de 1953 a nuestros días: la “madurez” de la jurisdicción administrativa.

El decreto de 30 de septiembre de 1953 procede a reformar el contencioso-administrativo reemplazando, a partir del 1 de enero de 1954, los Consejos de Prefectura Interdepartamentales por los Tribunales Administrativos que forman el primer grado de la jurisdicción, constituyéndose el Consejo de Estado en jurisdicción de apelación en la mayoría de los asuntos. Después, la ley de 31 de diciembre de 1985, que entró en vigor el 1 de enero de 1987, crea cinco Cortes Administrativas de Apelación -ahora son ocho- y hace que el Consejo de Estado sea principalmente el juez de casación del contencioso-administrativo.

A partir de esa fecha, las jurisdicciones administrativas de derecho común se componen de tres categorías:

- 37 Tribunales Administrativos (28 en la Francia metropolitana y 9 en las provincias de ultramar), que son jueces de derecho común del contencioso-administrativo en primera instancia;

- 8 Cortes Administrativas de Apelación, jueces de apelación de derecho común del contencioso-administrativo;

- El Consejo de Estado que acumula las atribuciones de juez de casación, de juez de apelación (de materias muy residuales) y de juez de primera instancia.

Las reglas relativas a la competencia de las jurisdicciones administrativas, a su organización y al procedimiento aplicable ante ellas, son esencialmente de origen jurisprudencial: ha sido el mismo Consejo de Estado el que, a lo largo de los siglos XIX y XX, ha definido sus principios. El legislador y el poder reglamentario sólo han intervenido, en este ámbito, para confirmar o anular las reglas jurisprudenciales. Esto explica que, en un primer momento, los textos relativos a la jurisdicción administrativa hayan estado dispersos: ley de 22 de julio de 1889 sobre el procedimiento a seguir ante los Tribunales Administrativos; decreto de 26 de septiembre de 1926 fijando las reglas de organización y de procedimiento aplicables a los Tribunales Administrativos; ordenanza de 31 de julio de 1945 sobre el Consejo de Estado; decreto de 30 de septiembre de 1953 procediendo a reformar el contencioso-administrativo; decreto de 30 de julio de 1963 relativo a la organización y al funcionamiento del Consejo de Estado, etc.

Una primera codificación fue realizada por dos decretos de 13 de julio de 1973 que instituyeron el “Código de los Tribunales Administrativos”, sustituido en 1989 por el “Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación”, pero esta codificación no afectaba al Consejo de Estado. Es una ordenanza de fecha 4 de mayo de 2000, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, la

que agrupa los textos aplicables a los Tribunales Administrativos, a las Cortes Administrativas de Apelación y al Consejo de Estado en el “Código de Justicia Administrativa”.

1.1.1.1.2 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo Francés.

En Francia, la evolución se ha encaminado por hacer aplicable al contencioso administrativo la institución del “rèfère” o juicio de urgencia, originalmente vigente sólo en el ámbito del proceso civil. Inicialmente orientado hacia la suspensión del acto administrativo hoy en día destaca el *rèfère provision* mediante el cual el administrado puede solicitar una condena inmediata de pago contra la Administración. Esta modalidad del *rèfère* se ha utilizado satisfactoriamente en los supuestos de daños por intervenciones quirúrgicas en hospitales públicos y daños causados por obras públicas, entre otros casos.

El *rèfère provision* puede ser considerado como una modalidad de medidas cautelares positivas, es decir, aquellas que ordenan provisoriamente cumplir con un dar, un hacer o un no hacer por parte de la Administración. Y ese dar, hacer o no hacer puede ser lo mismo que lo solicitado como pretensión principal. Se acepta hoy en día que lo solicitado cautelarmente coincida con lo solicitado en la pretensión principal.

En Francia, la tutela cautelar en el proceso administrativo fue lenta y tardía, como se demuestra a continuación:

A) En el año de 1889 la Ley de 22.6.889 reguló el **Constat d'urgence** (designación de expertos para la constatación de hechos susceptibles de motivar una reclamación sobre ellos). Consistiendo éste en un procedimiento no contradictorio, en el que sólo se exige la notificación a la contraparte; y se desarrolla sin asistencia de letrado, ni la existencia de un acto administrativo previo.

B) Posteriormente el **Decreto de 30.9.53** instauró el **surcis à exécution** (suspensión del acto). Siendo este un incidente dentro del proceso contencioso-administrativo que autoriza la suspensión de la ejecución, cuando:

- a) El acto sea ejecutable (no procede ante actos negativos);
- b) Se dé la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris);
- c) Y el daño fuere difícilmente reparable (periculum in mora).

Pero aún dándose todas las condiciones señaladas, el Juez posee potestad para apreciar si procede o no ordenar la suspensión.

C) Por otro lado la **Ley de 18.12.55** instauró el **référé administratif**³, (référé administrativo), consistente en un procedimiento por medio del cual se adopta, a petición del interesado, cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y que exista un

³ El référé administrativo, regulado en los artículos R. 128 a 135 del Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel.

asunto en litigio, así aún no haya sido presentada demanda; en todo caso, con la medida no puede obstaculizarse la ejecución de un acto administrativo, pues para ello existe la suspensión provisional, (**surcis à exécution**) .

D) El **Decreto 88-907 de 2.9.88** instauró el **référé-provision**. El principio general es que la acción jurisdiccional contra un acto administrativo no suspende su ejecución⁴.

Excepcionalmente -rara vez- se podrá acceder a la suspensión (reglas restrictivas) cuando:

a) Está en juego el orden público⁵ (anteriormente se refería al orden, la seguridad y la tranquilidad pública).

b) El Consejo de Estado estima que la ejecución de la medida recurrida no es de naturaleza tal, como para causar al demandante un perjuicio irreparable, o difícil de reparar⁶.

c) El accionante invoque motivos serios, y lo suficientemente importantes como para hacer predecir la anulación.

d) La decisión impugnada ha ocasionado una modificación en la situación de hecho o de derecho del interesado.

⁴ Decreto de 28 de enero de 1968 (modificativo del Decreto N° 53-934, de 30 de septiembre de 1953, art. 91.

⁵ Dicho criterio fue abandonado progresivamente y acabó por ser suprimido con carácter general, por Decreto 83/59 de 27.1.83.

⁶ Especialmente en materia de permiso de construcción, en el que la demolición de un inmueble ilegalmente autorizado presenta dificultades prácticas onerosas.

e) La decisión forzosa de una decisión afectada de suspensión por sentencia, constituye una vía de hecho.

El Consejo⁷ de Estado.

En el Consejo de Estado se observa que:

a) No accede a la suspensión más que si la demanda tiene posibilidades serias de éxito y cuando el perjuicio causado por la ejecución pueda ser irreparable.

b) Se abstiene de decretar la suspensión, cuando con la misma puede perjudicar gravemente la acción de la administración.

Según expresa Mairal, en la apreciación de estos extremos, la jurisprudencia reciente evidencia una creciente liberalidad; llegando a invertirse la carga de la prueba, mediante la obligación de la Administración de demostrar la improbabilidad de prosperación de la acción⁸.

Por otro lado, la doctrina ha criticado la duración del procedimiento, que alcanza a cinco meses en cada una de las dos instancias; con lo que generalmente al final, el acto queda totalmente consumado y el Tribunal no puede más que aceptar el hecho consumado.

⁷ Consejo: En Francia se designa "Consejo" a la autoridad máxima en materia administrativa "Conseil d'Etat", dicha institución data de la época de la monarquía; la cual nace como consejera del Rey en asuntos administrativos. Actualmente cumple una doble función: el contencioso y la consulta administrativa.

⁸ MAIRAL, HÉCTOR A.: "Control judicial de la administración pública", t. II, p. 768.

Además, y según lo consigna García de Enterría, desde 1988, en Francia se admite incluso el **référé provision** contra la administración, obligándola al pago anticipado de sus deudas, en todo o en parte, cuando su oposición no parece inicialmente "seria" o consistente⁹.

1.1.1.2 Derecho Español.

1.1.1.2.1 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo Español.

Dentro del Derecho español la Tutela Cautelar se ha desarrollado vista desde los siguientes extremos:

1). El sistema de justicia cautelar establecido en la LJCA¹⁰ de 1956.

Las medidas cautelares establecidas por la legislación procedimental de 1958 (art.116)¹¹ y por la ley jurisdiccional de 1956 (arts. 122 a 125) partían de

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Batalla por las Medidas Cautelares, op. cit. p. 341-342.- Al respecto señala el autor -citando al italiano Zagrebelski-, que en toda Europa se está generalizando la técnica de habilitar una "justicia provisional" inmediata y rápida, dejando la "justicia definitiva" remitida, ya sin grave daño, y sólo en los casos en que pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos.

¹⁰ Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

¹¹ La suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, en vía de recurso administrativo, ha sido objeto de diversas reformas. La primera de ellas acontecida con la promulgación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común en que las modificaciones operadas introducían la técnica del equilibrio de intereses para apreciar el mantenimiento ó no de la ejecutividad del acto administrativo. La segunda, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la anterior, que establece con la modificación del

dos supuestos: de un lado, que la actividad de control de la Administración había de reducirse exclusivamente a la suspensión de una decisión previamente adoptada; de otro, que la suspensión que se posibilitara era, en cierto modo, algo excepcional -una mera posibilidad- que sólo debería ser acordado cuando se acreditase fehacientemente que la ejecución del acto podría ocasionar perjuicios de imposible ó de difícil reparación. Las rigideces de esa concepción partían en esencia, como se ha dicho, de su no consideración de medida cautelar en el auténtico 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 nuestro concreto ordenamiento, una necesaria actualización¹².

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

a). El modelo esta presidido por la búsqueda del necesario equilibrio entre el principio de efectividad de la tutela judicial y los principios de autotutela

artículo 111 de la anterior ley citada, un más completo sistema de medidas de protección frente a la eventual suspensión, sin perjuicio, de conformidad con lo que ya era el demandado por la jurisprudencia constitucional (STC 78/1996), la necesidad de mantener la suspensión del acto objeto del proceso hasta el correspondiente pronunciamiento judicial si el interesado así lo hubiese solicitado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

¹² Así lo exponía GARCIA DE ENTENRRÍA, E.: “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas”, REDA 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.

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 los supuestos de imposible ó 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 ó segunda instancia.

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. Excesivamente frecuente 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 susceptibles de modificación en la medida en que nuevos datos o circunstancias aconsejasen al tribunal dicha decisión.

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 concedida en materia de 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) ó 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 ó 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 ó la existencia de indicios racionales de delito dificultarían la reparación de los perjuicios causados.

En esta etapa se configuraba así la ya famosa doctrina sobre la “apariencia de buen derecho” (fumus bonis iuris), concepto característico del

proceso cautelar civil, definida por el Tribunal Constitucional español (STC¹³ 148/1993) cómo la “apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable ó inverosímil ilegalidad de la actuación administrativa”, y que pronto sería seguida y acogida en diversas resoluciones judiciales.

Asimismo, la jurisprudencia, y cercana en este punto la doctrina, irá abriendo nuevas posibilidad de adopción de medidas cautelares, ya fueran provisionalísimas¹⁴ ó positivas¹⁵; supuesto este último, que suponía una

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España.

¹⁴ En este sentido se encuadra el ATS (Auto del Tribunal Supremo) de 2 de noviembre de 1993 en virtud del cual se adoptan medidas cautelares denominadas como “Provisionalísimas” basadas en el artículo 1428 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). Puede consultar en este punto a SANZ GANDASEGUI, F.: *Medidas provisionalísimas en el Contencioso Administrativo*, RAP nº 138, 1995. La jurisprudencia constitucional ha admitido la adopción de medidas provisionalísimas sin que pueda deducirse de ello elemento alguno de inconstitucionalidad (STC 78/1996, así como la medida cautelar inaudita parte debitoris (STC 14/1992).

¹⁵ Recepcionadas en este punto por el Auto de 21 de marzo de 1991 del Tribunal superior de Justicia del país Vasco. También alentadas en este supuesto por la jurisprudencia comunitaria (sentencia Atlanta de 9 de noviembre de 1995). Puede consultarse al respecto GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, REDA nº 71, 1991 (hoy también en la monografía La Batalla por las medidas cautelares..., op. Cit.) y del mismo autor *“Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho”*, RAP nº 126, 1991 y *“Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no solo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos Comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)*, REDA nº 88, 1995.

novedosa introducción de posibilidades en el ordenamiento jurídico dado en España que se trataba de imponer deberes a la Administración -de dictar actos ó de otro tipo- y no sólo de suspender resoluciones previamente adoptadas por ésta, y que introducía la idea de la libertad de configuración de las medidas cautelares que se hagan precisas en cada caso a fin de asegurar la tutela judicial efectiva al peticionario.

Asimismo, se produjo en el pago a la Administración de cantidades liquidas, siempre que el pago quedase suficientemente garantizado toda vez que el interés público, en esos supuestos, no sufría perjuicio alguno.

Pero el iter en el proceso evolutivo no había acabado adentro de las fronteras de España y los nuevos impulsos, provenientes de la misma jurisprudencia constitucional española, habrían de insistir en la necesidad de proceder a una nueva concepción de la justicia cautelar española, tanto en vía administrativa, como en la jurisdiccional e irán mostrando la insatisfacción del sistema hasta en ese momento establecido¹⁶.

¹⁶ La jurisprudencia constitucional sobre medidas cautelares ha concretado reiteradamente la justicia cautelar al derecho derivado del artículo 24 de la Constitución española a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que eventualmente recayese en el proceso (SSTC 148/1993 y 78/1996), esto es, ha aclarado dicho Tribunal, para evitar “que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación ó consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho ó interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento” (STC 238/1992), sin entrar en las cuestiones referentes al proceso principal (STC 148/1993). También, al igual que la jurisprudencia comunitaria, ha señalado como requisitos para la adopción de medidas

Como puede verse, la práctica procesal, influida por las consideraciones que en este concreto punto imponía el artículo 24 del texto constitucional, y la propia concepción de la justicia cautelar en Europa y las Comunidades Europeas, habían desbordado significativamente la estrechez que sobre las medidas cautelares imponía el artículo 122 de la LJCA, y ponía de relieve la necesidad urgente de una revisión.

En efecto, la interpretación jurisprudencial de dicho precepto había salvado, en cierta medida, la estrecha perspectiva de la justicia cautelar en cuanto a la suspensión de actos administrativos. Sin embargo, la propia concepción de la ley dificultaba enormemente el remedio cautelar frente a la inactividad material de la Administración ó la vía de hecho. La solución no podía venir sino por considerar el problema de la justicia cautelar en su verdadero terreno, es decir, el procesal, y no desde un punto de vista de excepción a los privilegios de autotutela de la Administración Pública¹⁷.

cautelares: la valoración de intereses en presencia derivados de la ejecutividad ó la suspensión, la existencia de un periculum in mora y la apariencia de buen derecho.

¹⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: "Suspensión judicial de los actos administrativos", Actualidad administrativa nº 18, 1992, señalaría a este respecto, diversas consideraciones basadas en la necesidad de dotar al juez de facultades más amplias y distintas de la meramente suspensivas y la consideración de éstas en base a criterios como: un mecanismo de equilibrio provisional entre los intereses concurrentes, el periculum in mora, la apariencia de buen derecho y la diligencia y seriedad de la Administración.

3). El Proyecto de Ley “Non Nato” de 1995.

Fruto 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 Administrativa 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, del que sin duda, 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 ó causar al recurrente perjuicios de imposible ó de difícil reparación y, en el caso de inactividad, vía de hecho ó 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 centraban en los siguientes aspectos:

a). Variedad de las medidas cautelares a adoptar, lo que habilitaba a solicitar, junto a la suspensión del acto ó la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados en el caso de una disposición general, en aquellos supuestos de urgencia, inactividad ó vía de hecho en que resultase afectada la integridad de bienes ó 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 ó la aplicación hiciesen perder su finalidad legítima al recurso ó causar al recurrente perjuicios de imposible ó difícil reparación. No se contemplaba expresamente la apariencia de buen derecho como criterio de

adopción, de forma sustantiva y autónoma de la suspensión, lo que provocó, en algunos casos, severas críticas¹⁸.

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 ó circunstanciada, podía procederse a su denegación en el caso de que el acuerdo de la misma pudiera comportar perjuicio grave de los intereses generales ó de tercero.

d). Se fijaba como regla general la adopción de la medida cautelar solicitada en el proceso especial de protección de derechos fundamentales, salvo que se justificase la existencia ó posibilidad fundada de perjuicio grave para los intereses generales ó de tercero.

e). Se establecía la posibilidad de establecer caución, en los casos de suspensión de actos administrativos cuando pudieran derivarse de la suspensión acordada perjuicios de cualquier naturaleza, así como en el proceso especial de protección de derechos fundamentales.

f). En los casos de inactividad ó de vía de hecho, podía solicitarse la adopción de la medida cautelar, inclusive antes de la iniciación del

¹⁸ Efectivamente, GARCÍA DE ENTERRÍA E.: "Democracia, jueces...", op. Cit., pág. 287 y ss. quien opina que, de esta forma, se camina la dirección contraria a la reciente jurisprudencia comunitaria y añade que, en contra de lo que establece la Exposición de Motivos, no hay que considerar que dicha técnica anticipa el fondo (pone como ejemplo los interdictos) ya que lo – único que pretende la misma es privar de ventajas indebidas a quién está abusando manifiestamente del proceso y de su duración.

procedimiento. La misma sólo podía solicitarse con la iniciación en el caso de las disposiciones de carácter general, y en cualquier estado del procedimiento.

Dicho proyecto, que aunque sin duda avanzaba en la justicia cautelar existente hasta entonces, no satisfacía enteramente las expectativas de la doctrina que más se había dedicado al estudio de las medidas cautelares.

4). La nueva regulación de las Medidas Cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

La nueva Ley de 1998 ha dedicado, a diferencia de la Ley de 1956, un conjunto de artículos estructurados sistemáticamente, que pretenden ser una regulación común del sistema de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa española, inspirado y siguiendo muy cerca la regulación de que la justicia cautelar se había realizado en los procesos seguidos ante el Tribunal Constitucional. Por tanto se establece un tratamiento común para todo tipo de procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La ley parte también, a la vista del Proyecto de 1995, de una consideración abierta de las medidas cautelares, como por otro lado, no podía ser menos si se partía para acometer su oportuno tratamiento del principio de tutela judicial efectiva y éste se conectaba a las distintas pretensiones que en relación a la jurisdicción contencioso-administrativa pueden realizarse. Es decir, no hay una restricción de éstas. Las mismas, las clases de éstas, serán

adoptadas por el juez, a quien de esta forma se le dota de amplios poderes, a la vista de lo más adecuado para asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, pudiera recaer. Ello permite superar las limitaciones que la Ley de 1956 planteaba frente a actos negativos ó aquellos actos ya ejecutados. Dichas medidas cautelares que pueden adoptarse, tanto en el caso de un acto administrativo como de un reglamento cuando se pretendiera la suspensión de la vigencia de los actos impugnados, sin embargo sólo admiten el que puedan interponerse en cualquier estado del procedimiento en el supuesto de que la impugnación se articule frente a un acto administrativo, pero no en el caso de una norma reglamentaria en que la petición de suspensión deberá realizarse tan sólo en el escrito de interposición del recurso ó en el momento de deducir demanda.

1.1.1.3 Derecho Alemán.

1.1.1.3.1 Breve evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Derecho Alemán.

En el Derecho Alemán hay tres clases de sistemas de control jurisdiccional de la actividad administrativa:

- El Sistema Administrativo
- El judicialista o anglo – americano y
- El Sistema Mixto o Intermedio

Alemania es el ejemplo típico de la aplicación del tercer sistema, “el mixto o intermedio”.

Con relación al estudio sobre la evolución del sistema alemán, tendremos en cuenta la expresión de tribunales administrativos, en la doctrina alemana se ha empleado como sinónimo de los tribunales especiales, distinto de los tribunales ordinarios.

Hubo diversidad de opiniones entre los diversos tratadistas, unos argumentaban que los asuntos administrativos fueran de la competencia del órgano judicial, y otros de la opinión de la creación de tribunales administrativos. Pero este realmente no fue el punto de discusión, no se discutía si pudiesen ser de la competencia del Poder Judicial o del Ejecutivo; lo que sí realmente se discutió era a cargo de quién iba a quedar el contralor, si de los tribunales ordinarios o de tribunales especiales, no importando la ubicación de estos últimos.

En fin, la característica especial del sistema alemán, radica en atribuir el conocimiento de las pretensiones fundadas en Derecho Administrativo a tribunales administrativos independientes de los órganos administrativos y de los de la jurisdicción ordinaria.

Hasta 1830, doctrinariamente se establecía que los asuntos administrativos fueran resueltos por colegios integrados por determinados funcionarios. Eran controversias administrativas y los funcionarios aplicaban procedimientos especiales, esto trajo conflictos entre todos esos colegios, que

llevó a que se diseñara el grupo de los que se inclinaban para dar competencia en materia administrativa a los tribunales ordinarios de justicia, y el de los que propugnaban por el establecimiento de tribunales especiales, los que se denominarían: “Administrativos”.

Con relación al primer grupo, los que se inclinaban por darle competencia en asuntos administrativos a los tribunales ordinarios, tuvo gran auge en la Constitución de 1849; al mismo tiempo las legislaciones de los Estados particulares, comenzaron a subordinar “al control de los Tribunales Ordinarios”, las sanciones penales que imponían las autoridades fiscales y administrativas y se dictaron en varios Estados, leyes que ampliaban la vía judicial, haciendo extensiva, de esta manera, a los litigios administrativos, la competencia de los Tribunales civiles.

Otto Bähr era el principal sostenedor de esa doctrina y ésta tuvo aplicación en algunos estados alemanes, especialmente en las ciudades de Hamburgo, Bremen, Lüberck; donde sus ciudadanos pudieron demandar la protección de los tribunales civiles, contra las órdenes de las autoridades administrativas que afectaban a sus derechos privados”.

En el resto de los países alemanes se siguió la doctrina que propugnaba por la creación de los tribunales especiales, es decir, de tribunales administrativos.

En 1875 Prusia estableció tribunales especiales, a cuya cabeza iba el Tribunal Supremo Contencioso Administrativo, y así siguieron su ejemplo otros

estados alemanes.

Esta diversidad de doctrinas se debió a que la Constitución del segundo Reich, decretó un sistema determinado a seguir, se limitó a dejar en libertad a los estados particulares, no creó ningún tribunal administrativo central, sólo reconoció los tribunales especiales y una competencia delimitada a una clase única de asuntos Contencioso Administrativos, y no una competencia genérica en dicha materia.

La constitución de Weimar¹⁹ (1919) trató de uniformar el sistema, estableciendo que se crearían tribunales administrativos, para la protección de los particulares contra las órdenes y decisiones de las autoridades administrativas. Debido a esto Hamburgo, Mecklemburgo, Stulitz, y Bremen dieron creación a los tribunales especiales, lo cual también cumplieron los demás estados alemanes.

Nunca se llegó a crear una Corte Administrativa Judicial con competencia genérica en materia Contencioso Administrativa, a lo sumo, lo que se llevó a la práctica hasta el momento en que Hitler se hizo cargo de la Cancillería, fueron ciertas modificaciones no muy importantes respecto de algunos tribunales con

¹⁹ Weimar: Ciudad del centro de Alemania. La Ciudad se fundó en el siglo X; después de diversos períodos en que la ciudad estuvo bajo control de Condes, en 1485 Weimar se convirtió en una posesión de la rama Ernestina de la Casa de Wettin. En 1557 fue nombrada capital del Ducado de Sajonia-Weimar. En 1919, tras la Primera Guerra Mundial, la Asamblea Nacional Alemana, que se reunió en Weimar, estableció la República de Alemania, conocida como la República de Weimar, y redactó una Constitución democrática.

competencia limitada a una clase única de asuntos Contencioso Administrativo.

Durante el régimen Nacional–Socialista, se ve una tendencia a suprimir el control jurisdiccional de la administración pública; esto por los decretos de 1939 dados por el Führer; no importó que en 1941 se creara el Tribunal Administrativo del Reich, el cual fue suprimido por una ley de Consejo de Control Aliado en 1946, al caer derrotado el III Reich, y se da la creación de nuevos tribunales administrativos distintos a los del sistema Nacional-Socialista.

La comisión Legislativa de Heidelberg, presidida por George Jellineck, elaboró un proyecto que tuvo como base fundamental, asegurar una eficaz protección de los individuos frente al Estado, éste ejerció gran influencia en el desarrollo de La Jurisdicción Administrativa alemana.

En 1950, se creó para la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana y en 1957 el Tribunal Constitucional. Ambos, carentes de competencia en materias administrativas.

En 1952, se creó un Tribunal Supremo Administrativo con sede en Berlín.

La mayor parte de los Estados de la Alemania Occidental, fueron restableciendo la Jurisdicción Administrativa. Al lado de los Tribunales Administrativos Ordinarios, existen tribunales especiales como: los de Hacienda en asuntos Financieros, el Tribunal Supremo Federal de Hacienda, con sede en Munich.

Lo que viene a culminar la evolución del sistema alemán es la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativo de 1960 que vino a unificar las

diversas legislaciones que había al respecto.

1.1.1.3.2 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo Alemán.

De la evolución ó desarrollo de la Tutela Cautelar dentro del Derecho alemán se podría hacer referencia que:

1.- En principio impera la regla del efecto suspensivo del recurso; y las medidas cautelares positivas son ordinarias y no discutidas²⁰.

2.- Fundado en el principio constitucional que establece que cualquiera que sea lesionado en sus derechos por el poder público, dispone de una vía de derecho ante los Tribunales (art. 19.4), el Tribunal Federal Constitucional ha entendido que esta vía de derecho ha de ser una protección efectiva (effktiven Rechtsschutz); lo que ha llevado a que el efecto general de los recursos contencioso-administrativos sea suspensivo, contra la regla contraria que prevalece en otros derechos; sólo excepcionalmente el recurso no interrumpe la ejecución del acto recurrido²¹.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La Batalla por las Medidas Cautelares”, op. cit. p. 22.

²¹ Así lo dispone el parágrafo 80 del Código procesal administrativo (Verwaltungsgerichtordnung), vigente desde 1960. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La Batalla por las Medicas Cautelares”, op. cit. p. 301.- Al respecto afirma Vogel que como principio general, tanto el recurso administrativo como la acción de nulidad tienen efecto suspensivo, sin poderse ejecutar el acto; no obstante, la autoridad administrativa, puede decretar la inmediata ejecución del acto suspendido. En casos excepcionales -como: a) las órdenes urgentes de policía; b) el llamamiento de reclutas; o c) las liquidaciones de impuestos-, se invierte el principio; pero, a

3.- Según enseña Forsthoff²², en principio, la ejecución del acto administrativo se detiene al interponerse el recurso correspondiente, el cual posee un efecto suspensivo.

Pero las leyes reservan a la Administración que dictó el acto, la posibilidad de ordenar o exigir su ejecución, siempre que a la demora se opongan razones de interés público; o sea que se invierte el procedimiento seguido en los demás países.

4.- No obstante, en la práctica actual, el aumento de la actividad estatal llevó a que se hiciera un uso más asiduo de la cláusula, señalada anteriormente; de tal forma que la regla se ha convertido en excepción, y viceversa.

En especial en el ámbito tributario, en donde la regla es la ejecución y la suspensión es la excepción, previo establecimiento de una caución.

5.- Con arreglo a la normativa vigente, tanto el recurso de reposición, como el de alzada con la acción, tienen efectos suspensivos, salvo en los casos de litigios que versen sobre contribuciones públicas y costas; pero se autoriza al organismo emisor del acto, a ordenar la ejecución, cuando así lo exija el interés público.

petición de parte, el Tribunal administrativo, puede decretar la suspensión del acto. KLAUS VOGEL: "La tutela jurídica frente al poder público en la República Federal de Alemania", en RDJA, t. 66, p. 165.

²² FORTHOFF, ERNST: "Tratado de Derecho administrativo", p. 709 y 740 - Madrid, 1958.

6.- La sola presentación de la demanda, hace competente al Tribunal de la causa para entender en el incidente de suspensión del acto; y su resolución posee preeminencia sobre las decisiones del organismo público.

7.- También se ha discutido si los tribunales administrativos están facultados para dictar otras medidas cautelares.

En la legislación alemana, además de que la regla general es la suspensión de la ejecución del acto demandado, en contra de lo que sucede en los regímenes de tradición francófona, existen como medidas cautelares las órdenes provisionales –*einstweilige Anordnungs-* que pueden dictarse en subsidio de la referida suspensión, cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho del interesado o cuando sea necesaria una regulación provisional para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños²³.

En Alemania se reconoce la aplicabilidad de medidas cautelares positivas o de ejecución provisional, que trascienden la cautela procesal clásica en esta jurisdicción, consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, y que van más allá del carácter generalmente conservativo que se le atribuye a las medidas cautelares, con fundamento en el

²³ Estas medidas se encuentran previstas en el artículo 123.I de la *Verwaltungsgerichtordnung*.

aseguramiento del derecho constitucional a una tutela cautelar efectiva de los administrados.

1.1.1.4 Derecho Comunitario Europeo.

1.1.1.4.1 Antecedentes de la Tutela Cautelar en el Derecho Comunitario Europeo.

1.1.1.4.1.1 Antecedentes de la Unión Europea.

La Unión Europea (UE) es un bloque comercial y una organización supranacional del ámbito europeo dedicada a incrementar la integración económica y política entre sus actualmente 27 estados miembros, y a reforzar la cooperación entre ellos.

Las especiales relaciones políticas se traducen en el establecimiento de un mismo ordenamiento jurídico, y en la existencia y funcionamiento de sus propias instituciones comunitarias. La primacía o prelación del Derecho comunitario sobre el nacional rige allí donde se ha producido cesión de competencias (y en aquellos casos en que las normas nacionales entren en colisión con las normas comunitarias). En realidad, el Derecho comunitario²⁴ no

²⁴ El Derecho comunitario europeo es la suma de normas y principios que determinan el funcionamiento, organización y competencias de la Unión Europea. Se caracteriza por tratarse de un orden jurídico *sui generis*, diferenciado del Derecho internacional así como del orden jurídico interno de los países miembros.

es superior al Derecho interno de los Estados miembros de la Unión, sino que se integra en él coexistiendo de manera interdependiente (el Derecho comunitario no es supraconstitucional, sino más bien metaconstitucional o paraconstitucional).

A título de remembranza histórica, la llamada originariamente Comunidad Europea, precursora de la hoy Unión Europea, surgió de lo que en principio eran tres organizaciones independientes: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), creada en 1951, la Comunidad Económica Europea (CEE, también calificada a menudo como Mercado Común) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (o Euratom), ambas fundadas en 1957. Las tres instituciones se unieron en 1967, dando vida a la CE, cuya sede se estableció en Bruselas (Bélgica).

La UE fue establecida por los Estados miembros²⁵ de la Comunidad Europea (CE) el 1 de noviembre de 1993, cuando entró en vigor el Tratado de la Unión Europea (TUE) que otorgó la Ciudadanía europea a los ciudadanos de

Su nombre deriva de las Comunidades Europeas (CE), que existen desde los años 50 (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica). Con el Tratado de la Unión Europea (más conocido como Tratado de Maastricht), de 1992, estas tres Comunidades quedan englobadas dentro de la Unión Europea. No debe confundirse el Derecho comunitario europeo con el *Derecho de Europa*, que hace referencia al Consejo de Europa)

²⁵ Los Estados miembros hasta 2007 son 27, ellos son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia.

cada estado. También se intensificaron los acuerdos aduaneros y sobre inmigración, relajando los controles fronterizos con el fin de permitir a los ciudadanos europeos una mayor libertad para vivir, trabajar o estudiar en cualquiera de los estados miembros.

La UE cuenta con cinco instituciones, cada una de ellas con una función específica:

- **Parlamento Europeo (PE)**, elegido por los ciudadanos de la Unión, es la asamblea parlamentaria y único parlamento plurinacional elegido por sufragio universal directo en el mundo.
- **Consejo de la Unión Europea (CUE)**, antes llamado Consejo de Ministros, es el principal órgano legislativo y de toma de decisiones en la UE. Representa a los Gobiernos de la Estados miembros.
- **Comisión Europea (CE)**, institución políticamente independiente que representa y defiende los intereses de la Unión en su conjunto, propone la legislación, políticas y programas de acción y es responsable de aplicar las decisiones del PE y el CUE. Es el órgano con poder ejecutivo, y de iniciativa.
- **Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)**, garantiza el cumplimiento de la ley de la Unión, y a él están supeditados los poderes judiciales de los Estados miembros.

- **Tribunal de Cuentas Europeo** (TCE), efectúa el control de la legalidad y la regularidad de la gestión del presupuesto de la UE.

Además cuenta con seis importantes órganos: el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, la Defensoría del Pueblo Europeo y la Europol.

La UE es única entre las organizaciones internacionales debido a que tiene un complejo y altamente desarrollado sistema de Derecho propio que tiene efecto directo dentro de los sistemas legales de los Estados Miembros. El desarrollo del Derecho comunitario ha sido ampliamente moldeado por el Tribunal de Justicia Europeo, organismo del cual se hará pleno énfasis a continuación, que ha establecido en su jurisprudencia una serie de características propias y definitorias.

1.1.1.4.1.2 Primacía del Derecho Comunitario Europeo e Integración a los Ordenamientos Jurídicos de los Países Miembros.

El Derecho emanado de las instituciones comunitarias en ejercicio de su poder normativo prevalece sobre el Derecho nacional. Este carácter de supremacía se fundamenta en la cesión de soberanía que los Estados miembro realizan en favor de las instituciones europeas. Tal cesión sólo es posible dotando de superioridad jerárquica a la norma comunitaria en materias de su

competencia. Algunos autores interpretan la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que la norma comunitaria primaría incluso sobre aquellas normas nacionales de rango constitucional²⁶.

La primacía del ordenamiento comunitario es de aplicación obligatoria por parte del poder judicial. La característica no se garantiza a través de un mandato al ejecutivo o al legislativo, sino que tal y como señaló el Tribunal de Justicia de la UE, es el juez competente en una materia determinada quien está obligado a "aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria²⁷".

Aplicabilidad directa.

El Derecho comunitario se integra en los ordenamientos jurídicos de los países miembros, de manera que no necesitan de fórmula especial alguna para que sea insertado y pase a formar parte de los distintos ordenamientos jurídicos internos. No se puede tratar de evitar la normativa comunitaria en base a un eventual incumplimiento del procedimiento de recepción del Estado en cuestión. En el caso de las decisiones y directivas, que sencillamente marcan unos

²⁶ TJCE, Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa contra ENEL, Rec. 1964.

²⁷ TJCE, Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto "Simmenthal".

objetivos de obligado cumplimiento dejando su ejecución en manos de cada Estado miembro, no es que se produzca una recepción propiamente dicha, sino que sencillamente la forma de ejecutar los objetivos es determinada en función del libre arbitrio de cada Estado.

Efecto directo.

Los particulares tienen derecho a invocar ante los tribunales ordinarios las disposiciones del Derecho comunitario, e igualmente, éstas les conceden de manera directa derechos y obligaciones. Esta característica, pese a no estar recogida en los Tratados fundacionales, ha sido recibida de buen grado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Cabe distinguir en primer lugar el llamado "efecto directo vertical", que es aquel que surge por la posibilidad del particular de invocar disposiciones del Derecho Comunitario ante los Estados miembros. También se ha de mencionar el "efecto directo horizontal", que consiste en la posibilidad de que el particular lo invoque frente a otros particulares. Este segundo tipo presenta muchísimas limitaciones.

No existe un criterio nítido para determinar si una norma comunitaria posee o no efecto directo. El Tribunal de Justicia dice que al respecto se habrá de "considerar no sólo la forma del acto en cuestión, sino también su contenido, así como su función dentro del sistema del Tratado", y de ser posible, que "se

preste por su naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables²⁸.

Por otro lado, el propio Tribunal sentenció que el criterio determinante para que una norma tenga efecto directo se fundamentará en que ésta sea obligatoria, y no discrecional, para el Estado miembro o la institución comunitaria en cuestión²⁹.

Posibilidad de alegación.

La llamada posibilidad de alegación es una característica sostenida por parte de la doctrina para referirse a los casos en los que pese a no existir efecto directo en una norma comunitaria, ésta puede ser alegada por el particular ante el juez nacional para apoyar una pretensión.

No obstante, los particulares no podrán sostener sus pretensiones utilizando como único argumento una disposición de Derecho comunitario sin eficacia directa³⁰.

De hecho, a diferencia de las normas con efecto directo, el juez ordinario no está obligado jurídicamente a tener en cuenta este tipo de disposiciones, pese a que nada le impide que al emitir su fallo, se apoye en ellas.

²⁸ TJCE, Sentencia de 3 de abril de 1968, Molkerei Zentrale, Rec. 1968, pags. 360 y ss.

²⁹ TJCE, Sentencia de 4 de abril de 1968, Fink-Frucht, Rec. 1968.

³⁰ TJCE, Sentencia de 22 de marzo de 1977.

1.1.1.4.1.1.3 Naturaleza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La naturaleza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido configurada a través de los Tratados, teniendo así carácter obligatorio y permanente para las Instituciones europeas y los Estados miembro. Es una jurisdicción interna inserta en el ordenamiento jurídico creado en base al Derecho comunitario europeo, que aglutina en especial combinación una serie de características propias de un Tribunal Constitucional, una jurisdicción administrativa, una jurisdicción civil y una jurisdicción internacional.

Acorde a las peculiaridades del ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal de Justicia sigue un modelo exclusivo que nada tiene que ver con los tribunales internacionales propios del Derecho comunitario ajeno a la Unión Europea. Por el contrario, el TJCE posee una naturaleza supranacional gracias a la parcela de soberanía cedida por los Estados miembro, algo que le permite utilizar no sólo las fuentes del Derecho comunitario europeo y el Derecho internacional, sino también el Derecho interno de los Estados.

Así pues, se trata de una jurisdicción de creación originaria, con carácter obligatorio y exclusividad para los casos que se prevean en los Tratados, casos en los que el Tribunal nacional en cuestión resultaría incompetente.

Respecto al método interpretativo que sigue el Tribunal de Justicia, cabe señalar la inmensidad de principios que puede seguir para resolver, así como la labor de los Abogados Generales de extraer los principios comunes contenidos

en los ordenamientos jurídicos internos para aquellos casos en los que la solución del conflicto no pueda hallarse en el Derecho comunitario.

1.1.1.4.1.4 Conformación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la institución jurisdiccional comunitaria.

Está integrado por tres órganos:

- El Tribunal de Justicia,
- El Tribunal de Primera Instancia y
- El Tribunal de la Función Pública.

Su principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario.

Se abordará solamente a los dos primeros Organismos, en virtud del ámbito de competencia sobre el tema de las Medidas Provisionales que pueden adoptar en contra de las administraciones de los países miembros.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a menudo denominado simplemente "el Tribunal"), fue creado en 1952 en virtud del Tratado CECA. Tiene su sede en Luxemburgo.

Su trabajo es garantizar que la legislación de la UE se interprete y se aplique del mismo modo en todos los países de la UE, a fin de que la ley sea igual para todos. Asegura, por ejemplo, que los tribunales nacionales no dicten sentencias distintas sobre la misma cuestión.

El Tribunal también garantiza que los Estados miembros y las instituciones de la UE cumplan la ley. El Tribunal tiene poder para resolver conflictos legales entre Estados miembros, instituciones de la UE, empresas y particulares.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho comunitario dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho comunitario), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria (primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional).

El Tribunal de Justicia también ha reconocido el principio de la responsabilidad de los Estados miembros en caso de incumplimiento del Derecho comunitario que, por una parte, refuerza de forma decisiva la

protección de los derechos que las normas comunitarias otorgan a los particulares y, por otra, contribuye a que los Estados miembros ejecuten las normas comunitarias con mayor diligencia. Las infracciones que éstos cometan pueden, por tanto, generar obligaciones de indemnización, que en algunos casos tendrán graves consecuencias para sus erarios públicos. Por otra parte, todo incumplimiento del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro puede ser objeto de un recurso ante el Tribunal de Justicia y, en caso de que no se ejecute una sentencia en la que se declare tal incumplimiento, dicho Tribunal está facultado para imponer al Estado miembro una multa coercitiva o el pago de una suma.

El Tribunal de Justicia también colabora con los órganos jurisdiccionales nacionales, que son los encargados de aplicar en primera instancia el Derecho comunitario. Cualquier juez nacional ante el que se plantee un litigio relativo al Derecho comunitario puede, y en ocasiones debe, someter al Tribunal de Justicia las correspondientes cuestiones prejudiciales. El Tribunal de Justicia tiene entonces ocasión de dar a conocer su interpretación de una norma de Derecho comunitario o de controlar su legalidad.

La evolución de su jurisprudencia ilustra la contribución del Tribunal de Justicia a la creación de un espacio jurídico para los ciudadanos mediante la protección de los derechos que la normativa comunitaria les reconoce en los distintos aspectos de su vida cotidiana.

El Tribunal de Justicia ha establecido en su jurisprudencia (comenzando por la sentencia Van Gend & Loos de 1963) el principio del efecto directo del Derecho comunitario en los Estados miembros, que permite a los ciudadanos europeos invocar directamente las normas comunitarias ante sus tribunales nacionales.

En 1964, la sentencia Costa estableció la primacía del Derecho comunitario sobre la normativa interna. El Tribunal de Justicia formuló la doctrina de la primacía del Derecho comunitario, basada en la naturaleza específica del ordenamiento jurídico comunitario que obliga a aplicarlo de manera uniforme en todos los Estados miembros.

En 1991, en la sentencia Francovich y otros, el Tribunal de Justicia desarrolló otro concepto fundamental, que es el de la responsabilidad de un Estado miembro frente a los particulares por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento por parte de dicho Estado del Derecho comunitario. Por tanto, los ciudadanos europeos disponen, desde 1991, de la posibilidad de reclamar una indemnización al Estado que infringe una norma comunitaria.

El Tribunal de Justicia, al declarar que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza, ha contribuido a elevar los niveles de protección de estos derechos. A este respecto, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los

derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Composición del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia está compuesto por 27 Jueces y 8 Abogados Generales. Los Jueces y los Abogados Generales son designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años renovable. Se eligen entre juristas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales o sean jurisconsultos de reconocida competencia.

Los Jueces del Tribunal de Justicia eligen de entre ellos al Presidente del Tribunal de Justicia por un período de tres años renovable. El Presidente dirige los trabajos y los servicios del Tribunal y preside las vistas y deliberaciones en las formaciones más importantes del Tribunal.

Los Abogados Generales asisten al Tribunal. Están encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico (las «conclusiones») en los asuntos que se les asignen.

El Secretario del Tribunal de Justicia es también Secretario General de la institución, cuyos servicios dirige bajo la autoridad del Presidente del Tribunal.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (trece Jueces) o en Salas de cinco o tres Jueces. El Tribunal de Justicia actúa en

Pleno en casos excepcionales previstos en su Estatuto (por ejemplo, cuando deba destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un Comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional. Se reúne en Gran Sala cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, así como para los asuntos particularmente complejos o importantes. El resto de los asuntos se examinan en Salas de cinco o tres Jueces. Los Presidentes de las Salas de cinco Jueces son elegidos por tres años y los de las Salas de tres Jueces por un año.

Para que pueda llevar a cabo las tareas que tiene encomendadas, se han atribuido al Tribunal de Justicia competencias jurisdiccionales estrictamente definidas, que ejerce en el marco del procedimiento de remisión prejudicial y de las distintas categorías de recursos.

Las diversas clases de procedimientos.

- La cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que son jueces de Derecho común en materia de Derecho comunitario. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia

para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto de Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un auto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario se halla vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

También en este marco de las cuestiones prejudiciales, cualquier ciudadano europeo puede contribuir a que se precisen las normas comunitarias que le afectan. Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones europeas pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia. De este modo, algunos de los principios más importantes del Derecho comunitario se han establecido a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia.

- El recurso por incumplimiento.

Permite al Tribunal de Justicia controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Antes de someter el asunto ante el Tribunal de Justicia tiene lugar un procedimiento previo dirigido por la Comisión, por el que se requiere al Estado miembro para que responda a las imputaciones de que ha sido objeto. Si tras este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al incumplimiento, puede interponerse un recurso ante el Tribunal de Justicia por vulneración del Derecho comunitario.

Este recurso puede iniciarlo bien la Comisión —es el caso más frecuente en la práctica— bien un Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia declara que se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para ponerle fin. Si después de serle sometido de nuevo el asunto por la Comisión el Tribunal de Justicia reconoce que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva.

- El recurso de anulación.

Mediante este recurso, el demandante solicita la anulación del acto proveniente de una institución (reglamentos, directivas, decisiones). Se

reservan al Tribunal de Justicia los recursos interpuestos por un Estado miembro contra el Parlamento Europeo y/o contra el Consejo (salvo los interpuestos contra el Consejo en relación con las ayudas de Estado, el dumping³¹ o las competencias de ejecución) y por una institución comunitaria contra otra. El Tribunal de Primera Instancia es competente para conocer de todos los demás recursos de este tipo y, en concreto, de los interpuestos por los particulares.

- El recurso por omisión.

Permite controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones comunitarias. No obstante, sólo cabe interponer este recurso después de requerir a la institución para que actúe. Una vez declarada la ilegalidad de la omisión, corresponde a la institución de que se trate adoptar las medidas necesarias para ponerle fin. La competencia para conocer de los recursos por omisión se reparte entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia conforme a los mismos criterios que se aplican para los recursos de anulación.

³¹ Es el término técnico usado en el comercio internacional, para calificar la venta de un producto en moneda extranjera, a precios más bajos que el mismo costo de producción, o por lo menos inferior a aquel a que es vendido dentro del mercado interno del país de origen. Esta práctica introducía un elemento de competencia desleal en los mercados internacionales, por lo que muchos países adoptaron leyes autorizando la imposición de gravámenes especiales "antidumping".

- Los recursos de casación.

Pueden interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de casación limitados a las cuestiones de derecho contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal de Primera Instancia. Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia resolverá el litigio. En caso contrario, devolverá el asunto al Tribunal de Primera Instancia, que estará vinculado por la decisión adoptada en el marco del recurso de casación.

- El reexamen.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia en los recursos interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea pueden ser reexaminadas, excepcionalmente, por el Tribunal de Justicia.

Los procedimientos específicos.

- Resolución mediante auto motivado.

Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a una cuestión sobre la que ya se haya pronunciado el Tribunal de Justicia o su respuesta no plantee ninguna duda razonable o pueda deducirse de la jurisprudencia, el Tribunal de

Justicia, tras oír al Abogado General, puede decidir mediante auto motivado, haciendo referencia, en particular, a la sentencia dictada sobre esta cuestión o a la jurisprudencia de que se trate.

- El procedimiento acelerado.

Gracias a la reducción de los plazos y a la supresión de ciertas actuaciones procesales, el procedimiento acelerado permite al Tribunal de Justicia resolver rápidamente los asuntos de extrema urgencia. Tras la solicitud formulada por una de las partes, corresponde al Presidente del Tribunal de Justicia decidir, oídas las demás partes, si existe una urgencia particular que justifique el recurso al procedimiento acelerado. También está previsto un procedimiento acelerado para las cuestiones prejudiciales. En tal caso, es el órgano jurisdiccional nacional que se dirige al Tribunal de Justicia quien debe presentar la solicitud.

- El procedimiento de medidas provisionales.

El procedimiento de medidas provisionales tiene por objeto la suspensión de la ejecución de un acto de una institución, que haya sido recurrido, o cualquier otra medida provisional necesaria para evitar un perjuicio grave e irreparable para una de las partes.

Gastos del procedimiento.

El procedimiento tramitado ante el Tribunal de Justicia es gratuito. Sin embargo, las partes deben estar representadas por un abogado facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y sus honorarios no son asumidos por el Tribunal. No obstante, si una parte carece de medios suficientes para hacer frente en todo o en parte a los gastos del proceso, puede, sin estar representada por un abogado, solicitar el beneficio de justicia gratuita. La solicitud debe ir acompañada de los documentos que prueben que el solicitante carece de medios.

Régimen lingüístico.

En los recursos directos, la lengua utilizada en el recurso (que puede ser una de las 23 lenguas oficiales de la Unión Europea) será la lengua de procedimiento del asunto, es decir, la lengua en la que va a desarrollarse. En la remisión prejudicial, la lengua de procedimiento es la del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión al Tribunal de Justicia. Los debates que tienen lugar durante las vistas son traducidos simultáneamente por los intérpretes a otras lenguas oficiales de la Unión Europea, según las necesidades de cada caso. Los Jueces deliberan, sin intérpretes, en un idioma común, que tradicionalmente es el francés.

Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Primera Instancia está compuesto por al menos un Juez por cada Estado miembro (27 en 2007). Los Jueces son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años renovable. Los Jueces designan entre ellos, por tres años, a su Presidente. Además nombran a un Secretario por un período de seis años.

Los Jueces ejercen sus funciones con toda imparcialidad y con total independencia.

Contrariamente al Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia no dispone de Abogados Generales permanentes. No obstante, excepcionalmente puede confiarse esta función a un Juez.

El Tribunal de Primera Instancia actúa en salas compuestas por tres o cinco Jueces o, en determinados casos, en formación de Juez único. También puede reunirse en Gran Sala (trece Jueces) o en Pleno, cuando la complejidad jurídica o la importancia del asunto lo justifiquen. Aproximadamente tres cuartas partes de los asuntos sometidos al Tribunal de Primera Instancia son juzgados por una Sala de tres Jueces.

Los Presidentes de las Salas integradas por cinco Jueces se eligen de entre los Jueces por un período de tres años.

El Tribunal de Primera Instancia dispone de su propia Secretaría, pero utiliza los servicios del Tribunal de Justicia para cubrir sus necesidades administrativas y lingüísticas.

Competencias del Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Primera Instancia es competente para conocer de:

- Los recursos directos interpuestos por **personas físicas o jurídicas** y dirigidas contra los actos de las Instituciones comunitarias (de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente) o contra la inacción de dichas Instituciones. Se trata, por ejemplo, del recurso formulado por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se le impone una multa;
- Los recursos formulados por los **Estados miembros contra la Comisión;**
- Los recursos formulados por los Estados miembros contra el Consejo en relación con los actos adoptados por éste en el ámbito de las **ayudas de Estado**, las **medidas de defensa comercial** («dumping») y los actos por los que ejerce **competencias de ejecución;**
- Los recursos **dirigidos a obtener la reparación de los daños** causados por las Instituciones comunitarias o sus agentes;
- Los recursos basados en **contratos** celebrados por las Comunidades **que prevean expresamente la competencia del Tribunal de Primera Instancia;**
- Los recursos en materia de **marca comunitaria.**

- Las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia pueden ser objeto, en un plazo de dos meses, de un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal de Justicia.

Los litigios entre las Comunidades y sus agentes están reservados al Tribunal de la Función Pública. No obstante, es posible un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Primera Instancia dispone de su propio Reglamento de Procedimiento. En principio, el procedimiento comprende una fase escrita y una fase oral.

El procedimiento se inicia mediante una demanda redactada por un abogado o por un agente y dirigida a la Secretaría. Los puntos esenciales del recurso se publican en una comunicación, en todas las lenguas oficiales, en el Diario Oficial de la Unión Europea. El Secretario notifica la demanda a la parte contraria, que dispone de un plazo para presentar un escrito de contestación a la demanda. La parte demandante tiene derecho a presentar una réplica, en el plazo fijado, a la que la parte demandada puede responder mediante una réplica.

Cualquier persona que demuestre un interés en la solución de un litigio sometido al Tribunal de Primera Instancia, los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad pueden intervenir en el procedimiento como coadyuvantes. El coadyuvante presenta un escrito, para apoyar o rechazar las

pretensiones de una de las partes, al que las partes pueden contestar con posterioridad. En determinados casos, el coadyuvante puede también presentar sus observaciones en el procedimiento oral.

Durante la fase oral se celebra una vista pública. En el transcurso de ésta los Jueces pueden formular preguntas a los representantes de las partes. El Juez Ponente resume en un informe para la vista los hechos alegados, la argumentación de cada parte y, en su caso, de los coadyuvantes. Este documento se pone a disposición del público en la lengua de procedimiento.

Los Jueces deliberan a continuación, tomando como base el proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente, y la sentencia se pronuncia en audiencia pública.

El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia está exento de gastos. En cambio, los gastos del abogado facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que debe representar a las partes no corren a cargo del Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, si una persona física carece de medios suficientes para hacer frente a los gastos del proceso puede solicitar el beneficio de justicia gratuita.

El procedimiento de medidas provisionales.

El recurso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia

puede ordenar la suspensión de la ejecución de dicho acto o adoptar otras medidas provisionales.

El Presidente del Tribunal de Primera Instancia, o en su caso otro Juez — en calidad de juez de medidas provisionales —, resuelve sobre dicha demanda mediante auto motivado.

Las medidas provisionales sólo se conceden si se cumplen tres importantes condiciones:

- 1) El recurso en cuanto al fondo debe parecer, a primera vista, fundado;
- 2) El demandante debe acreditar la urgencia de las medidas, sin las cuales sufriría un perjuicio grave e irreparable;
- 3) Las medidas provisionales deben ponderar los intereses de las partes y tener en cuenta el interés general.

El auto tiene carácter provisional y no prejuzga en modo alguno la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre el asunto principal. Por otro lado, puede ser objeto de un recurso de casación ante el Presidente del Tribunal de Justicia.

El procedimiento acelerado.

Este procedimiento permite que el Tribunal de Primera Instancia resuelva rápidamente sobre el fondo del litigio en asuntos considerados particularmente urgentes.

El procedimiento acelerado puede ser solicitado por la parte demandante o por la parte demandada.

1.1.1.4.1.5 Procedimientos en los cuales se desarrolla la aplicación de medidas provisionales dentro del Ámbito del Derecho Comunitario relacionadas a cuestiones de Derecho Contencioso Administrativo.

En el ámbito del contencioso-administrativo comunitario se identifican, en términos generales, tres procedimientos. 1). Los llamados recursos directos; 2). Los recursos de incumplimiento y 3). Cuestiones prejudiciales, en los cuales los órganos jurisdiccionales comunitarios han desarrollado su doctrina en torno a las medidas cautelares

Conforme a lo dispuesto por el Art. 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³² es competencia, tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal de Primera Instancia, garantizar el cumplimiento y la correcta interpretación del Derecho Comunitario.

El control jurisdiccional de la legalidad de los actos ú omisiones de las instituciones comunitarias ó sus agentes ó de un Estado miembro, así como el control de conformidad a derecho en la aplicación e interpretación de las normas del Tratado CE, del Tratado CEEA³³, los estatutos, los reglamentos,

³² Conforme a la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001.

³³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

directivas y decisiones vinculantes, se atribuyen en primera instancia precisamente al TPI, salvo las competencias exclusivas que el Estatuto del Tribunal de Justicia reserva al TJCE.

Lo anterior se deriva de lo dispuesto por los artículos 225, fracción primera del Tratado CE, el cual establece: “El Tribunal de Primera Instancia será competente para conocer de primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 230, 232, 235, 236 y 238, con excepción de los atribuidos a una Sala jurisdiccional y de los que el estatuto reserve al Tribunal de Justicia”.

1.1.1.4.1.6 Disposiciones Normativas que regulan las Medidas Cautelares.

En el marco de los procedimientos antes referidos, es decir, tanto en los recursos directos, el recurso por incumplimiento, así como el procedimiento en que plantea una cuestión prejudicial, es posible la adopción de distintos tipos de medidas cautelares conforme lo previsto en los artículos 242 y 243 del Tratado CE. Así, en su artículo 242, se establece: “Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado”. Por su parte, el artículo 243 dispone: “El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.

Es importante distinguir aquí que, tratándose solamente de las cuestiones prejudiciales planteadas ante los tribunales de justicia de las comunidades europeas, no corresponde a estos tribunales la adopción de medidas cautelares, sino al órgano jurisdiccional nacional (de un Estado Miembro, que es quien somete a consideración del Tribunal de Justicia Comunitario la cuestión prejudicial, solamente en este caso.

Así mismo en el artículo 39 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia se regulan las situaciones en las cuales el Tribunal deba decidir sobre las pretensiones que tengan por objeto la suspensión prevista en el artículo 242 del Tratado CE, la concesión de medidas provisionales de conformidad con el artículo 243 del Tratado CE o la suspensión de la ejecución forzosa con arreglo al párrafo cuarto del artículo 256 del Tratado CE.

1.1.1.4.1.7 Establecimiento Doctrinal por parte del Tribunal de Justicia acerca de la Efectiva Tutela Cautelar en aplicación del Derecho Comunitario Europeo. “Caso Factortame”.

Es de hacer mención que, como ya se expuso con anterioridad, la aplicación y la evolución del Derecho comunitario y su primacía sobre los ordenamientos jurídicos domésticos de cada uno de los Estados miembros, orbita en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia.

El caso Jurisprudencial más emblemático en el que se ha demostrado la primacía del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos de los países

miembros, y en el caso particular, la aplicación de la tutela cautelar, es el caso “Factortame, Leading Case” constituido por la Sentencia de la Cámara de los Lores de 18 de mayo de 1989 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990. En dicho caso, el Gobierno inglés pretendió preservar su cuota nacional de pesca, dictando la Ley Merchant Shipping de 1988, que reservaba para los barcos con bases en puertos británicos, que descarguen la pesca preferentemente en puertos británicos y cuyos propietarios o explotadores sean ciudadanos británicos residentes en el Reino Unido o una sociedad británica, con residencia en su territorio y cuyo capital en su 75% sean de propiedad de británicos y administrada por británicos o residentes en igual proporción. Los recurrentes fueron una serie de sociedades constituidas o adquiridas en el Reino Unido y administradas por ciudadanos españoles y que descargaban 95 barcos, en puertos preferentemente españoles, entablaron un recurso contencioso-administrativo (judicial review) contra la aplicación de la citada ley, pues contradecía el Derecho comunitario; solicitando como medida cautelar (interim relief) la suspensión inmediata de las mismas, para evitar tener que amarrar los barcos o malvenderlos. La High Court hizo lugar a la medida cautelar solicitada, pero la Court of Appeal la revocó, por entender que un Tribunal británico no podía suspender leyes aprobadas por su Parlamento. En una segunda apelación la Cámara de los Lores mantuvo la exclusión de la medida cautelar basada en que en ningún caso los tribunales ingleses pueden acordar (interim

relief) ni dirigir injunctions contra la Corona; preguntando al Tribunal de Justicia de las Comunidades, si el Derecho Comunitario imponía la suspensión de las Leyes nacionales.

La resolución dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Según García de Enterría³⁴, dicha sentencia estableció la doctrina de que la efectividad de la tutela que el Juez nacional ha de dispensar al Derecho Comunitario puede imponerle la necesidad de acordar medidas cautelares contra su propio Derecho nacional, aun contra el precedente de Leyes formales de su propio país, contra las que el juez carece en el orden interno de cualquier jurisdicción propia; esta exigencia llevaría incluso a tener que adoptar medidas cautelares no previstas en su propio ordenamiento interno, siempre que sean precisas para asegurar preventivamente esa tutela judicial efectiva del Derecho Comunitario. Además concluye que dicha sentencia ha definido la obligación de los jueces nacionales, en su aplicación del Derecho comunitario, de suspender cautelarmente su propio derecho nacional, aún el de mayor rango, dando órdenes o injunctions positivas a sus Administraciones respectivas, y todo ello en base al *fumus boni iure*.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La Batalla por las Medidas Cautelares", op. cit. p. 141 y p. 342.

1.1.1.5 Derecho Venezolano.

1.1.1.5.1 Breve evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Derecho Venezolano.

El surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela está íntimamente ligado con los orígenes mismos de La República Venezolana. En efecto, la Constitución del 21 de septiembre de 1830, que en opinión de algunos historiadores, constituye la primera Carta Fundamental como Estado autónomo e independiente en América, consagra por primera vez la atribución de competencia a La Corte Suprema de Justicia para "conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes". Es decir, que se trata de una competencia basada en la responsabilidad contractual de la Administración.

Posteriormente las Constituciones de 1857 y 1858 no aportan nada especial en el aspecto contencioso, pero la Carta Magna del 28 de marzo de 1864 sí es muy importante en el orden judicial y en la evolución del Contencioso Administrativo, ya que la referida Carta crea en Venezuela dos jurisdicciones: la Jurisdicción de los Estados Miembros de la Federación y la Jurisdicción Federal, en cuya cúspide estaba la Alta Corte Federal, es decir, que como órgano máximo del Poder Judicial se crea la Alta Corte Federal, que vino a sustituir a la Corte Suprema de Justicia y a la cual se le otorgan amplias facultades que la convierten en guardián del sistema federal.

Por otra parte, la jurisdicción de los Estados significaba que cada uno de

ellos era autónomo e independiente, en otras palabras, la justicia nacía y moría en cada Estado, es decir, que existían unas Cortes Supremas Estatales, cuyas decisiones no tenían revisión ante la autoridad judicial federal. Pero, al propio tiempo aplicaban la legislación nacional civil, mercantil y penal, con lo cual podía producir que cada Estado interpretara las leyes a su manera, resultando así amenazada la unidad legislativa nacional. Fue por eso que el Presidente Guzmán Blanco el 13 de junio de 1876 promulgó la Ley que introdujo en Venezuela el recurso de casación, facultándose a la Alta Corte Federal para conocer del mismo, pero al poco tiempo fue tachada de inconstitucional porque se alegaba que atentaba contra los principios de la autonomía de los Estados. Sin embargo, es en la Constitución de 1881 cuando se crea La Corte de Casación, la cual se concibe como un tribunal de los Estados, y la Alta Corte Federal se instituye como un tribunal de La Federación, es decir, que se establece en Venezuela un régimen de dualidad de jurisdicciones en el Poder Judicial.

Asimismo, es trascendente La Constitución de 1864, porque en sus Disposiciones Complementarias (artículo 92) se inició el control jurisdiccional sobre los actos del Congreso o del Ejecutivo Nacional, fuesen actos normativos o actos de efectos particulares, pero siempre que esos actos violaran los derechos garantizados a los Estados en la Constitución o atacara su independencia, correspondiendo la titularidad de la acción a las Legislaturas Provinciales, pues de lo que se trataba era de proteger a los Estados federados

y no a los particulares individualmente considerados; sin embargo, con esta disposición se comienza a vislumbrar ya cierto control jurisdiccional sobre las ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder Público.

En la Carta Fundamental de 1893, se establece por primera vez el control jurisdiccional sobre los actos emanados de autoridades nacionales o del Distrito Federal, por usurpación de autoridad o por decisiones acordadas por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión del pueblo en actitud subversiva. Al respecto, el autor Henrique Iribarren Monteverde³⁵ sostiene que la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana obtuvo rango constitucional por primera vez en esta Carta Magna.

La Constitución de 1901 consagra varias innovaciones. En efecto, en este Texto Fundamental se introduce por primera vez la figura del "antejuicio de mérito" cuando se trate de altos funcionarios. Igualmente, da inicio a la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad, tímidamente previsto en la Constitución del año 1893.

En la Carta Fundamental de 1904, el constituyente vuelve a establecer el régimen unitario, cuando se establece un solo órgano judicial, denominado Corte Federal y de Casación, como tribunal supremo de la Federación y de los Estados (artículo 91). La fusión de ambas Cortes en una sola, trajo como consecuencia que las atribuciones que antes les correspondían

³⁵ IRIBARREN MONTEVERDE, HENRIQUE: Publicó el libro titulado: "El estudio del Derecho Administrativo".

separadamente, pasaran íntegramente al nuevo órgano creado.

Ahora bien, algunos de los autores venezolanos consideran que el contencioso administrativo surge en Venezuela a partir de la Constitución de 1925, pues en esta Carta Magna se afirman los criterios básicos que configuran un sistema contencioso administrativo.

En efecto, sostiene el profesor Brewer Carias³⁶, que a partir de esta Constitución puede decirse que se inicia en Venezuela la elaboración del referido sistema separado del control jurisdiccional en materia de inconstitucionalidad, ya que se estableció por primera vez la posibilidad de que la Corte Federal y de Casación "declare la nulidad de los Decretos y Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas" (artículo 120), lo que equivale a un recurso contencioso administrativo de anulación, pero sólo contra actos administrativos generales o individuales dictados por el Presidente de la República.

Sin embargo, la autora Josefina Calcaño de Temeltas³⁷, sin desconocer que la referida Constitución establece las bases del contencioso administrativo,

³⁶ BREWER CARIAS: Jurista venezolano, actual presidente de la Academia venezolana de Ciencias Políticas y Sociales, ha desempeñado la vice-presidencia de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya.

³⁷ CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA: Magistrada y jurista venezolana de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Caracas, Venezuela.

sostiene que es más importante el Texto Fundamental del año 1931, por tres aspectos: porque consagra por primera vez la excepción de ilegalidad oponible en cualquier tiempo; porque contempla por primera vez un lapso de caducidad para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación (13 meses); y, porque amplía el contencioso administrativo a cualquier caso de ilegalidad o por abuso de poder de los actos administrativos, es decir, que se comienza hablar de un contencioso administrativo general.

La Constitución de 1936 extiende el control de constitucionalidad que ejerce la Corte a todos los actos del Poder Público y se establece el lapso de caducidad que sigue siendo de tres meses, sólo con respecto a los actos administrativos viciados de ilegalidad o abuso de poder, porque si el acto ha violado alguna garantía o derecho constitucional no se requería ningún término para el ejercicio de la acción.

En la Carta Magna de 1945 se suprime la competencia de los Estados federados en materia de administración de justicia, la cual se reserva a la competencia del Poder Federal (artículo 15, ordinal 7º), es decir, que a través de esta Constitución se nacionalizó el Poder Judicial, pues la administración de justicia de los Estados pasó a la reserva legal de la Nación.

Posteriormente, La Constitución de 1947 utiliza por primera vez el término "procedimiento" para referirse al contencioso administrativo (artículo 220, ordinales 10º y 12º). Sin embargo, La Carta Fundamental del año 1953 que deroga La Constitución del año 1947, significa una regresión en la

evolución constitucional del Máximo Tribunal de La República y del propio contencioso administrativo, porque al enumerar las competencias de La Corte Federal se eliminó la de conocer la nulidad de los actos administrativos por ilegalidad o abuso de poder. En este sentido, el sistema contencioso administrativo pierde el rango constitucional que venía ostentando hasta ese momento y pasa a ser de naturaleza legal, ya que, es en La Ley Orgánica de La Corte Federal de 1953 donde se le incluye, atribuyendo competencia a la referida Corte para "conocer en juicio contencioso de las acciones y recursos por abuso de poder y otras ilegalidades de las Resoluciones Ministeriales, y en general de los actos de la autoridad administrativa, en cualesquiera de sus ramas Nacionales, Estatales y Municipales" (artículo 7º, ordinal 9º).

Con la Constitución de 1961 se consolida el sistema contencioso administrativo, previsto en el artículo 206, que prevé: "La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a La Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela decretada en el año de 1961 y vigente hasta 1999, sostiene la base contencioso-administrativa en el artículo 259, prevé en la misma tónica de La Constitución anterior, lo siguiente:

"La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Por consiguiente, en Venezuela, con base en esta norma constitucional se ha construido la teoría del contencioso administrativo. Es decir, que el artículo 259 de La Constitución bolivariana de Venezuela, contiene, por sí solo, todo un sistema contencioso administrativo.

Sin embargo, el contenido de este precepto no fue desarrollado hasta 1976, cuando se promulgó La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la referida ley constituye un elemento fundamental en la evolución del contencioso administrativo, porque en sus Disposiciones Transitorias establece toda una organización estructural de la jurisdicción contencioso-

administrativa y, además, en su articulado se regula una serie de procedimientos respecto a las acciones y recursos que se instauran ante la prenombrada jurisdicción.

Asimismo, debemos señalar que cuando el artículo constitucional establece que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, esa ley a la que se refiere el constituyente no es la ley que organiza el funcionamiento del Supremo Tribunal de la República, sino La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual aún no ha sido dictada, sin embargo, existe un proyecto propuesto por La Comisión Presidencial para la reforma del Estado (COPRE).

Por consiguiente se puede concluir que en Venezuela, la jurisdicción contencioso-administrativa surge en materia de contencioso de anulación en la Carta Fundamental del año 1925 y, en materia de demandas contra los entes públicos, en el ámbito contractual, en la Constitución de 1830, como un recurso judicial especial para la Administración Pública, siendo la Carta Magna de 1947 la primera en emplear la expresión "procedimiento Contencioso-administrativo".

Igualmente, se puede afirmar, que bajo la vigencia de la Constitución del 2000, el sistema de control de la legalidad de los actos administrativos es judicialista en Venezuela, pues ha sido el Poder Judicial, a través del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley, y no otro poder, el competente para hacerlo.

En efecto, de la lectura del artículo 259 de La Carta Fundamental se desprende el carácter judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, particularmente, al establecer que la referida jurisdicción corresponde "al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la Ley". Por tal razón, la jurisdicción contencioso-administrativa es completamente judicial, sin que sea posible separarla del resto de las jurisdicciones que integran el sistema judicial venezolano y, en este sentido, le son aplicables todas las exigencias que la Constitución establece para los tribunales, sin distinción alguna mientras la propia Carta Fundamental no las establezca expresamente.

1.1.1.5.2 Breve evolución de la Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Derecho Venezolano.

En el derecho venezolano, en virtud de la potestad de autotutela de la Administración y más específicamente de la autotutela ejecutiva, los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados por la presunción de legalidad, veracidad y certeza, presumiéndose que son válidos y eficaces y que gozan de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 332 de 9 de noviembre de 1989, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, en el caso "Arnaldo Lovera".

No obstante, la existencia del control jurisdiccional pleno de los actos del Poder Público, control que se realiza sin excepciones o lagunas, se tiene establecido que dada la presunción de constitucionalidad de las leyes y demás actos que se dictan en ejecución directa de la Constitución y de la presunción de legalidad de los actos de rango sub-legal, los recursos que se ejerzan para su impugnación tienen carácter no suspensivo de la ejecución.

Así, en la búsqueda constante de un equilibrio entre los privilegios de los órganos del Poder Público y los derechos e intereses de los ciudadanos, ha surgido la tutela judicial cautelar como instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva.

La tutela cautelar en el proceso administrativo, se inicia gracias a una decisión de principio, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de la República Bolivariana de Venezuela, de 4 de diciembre de 1967, pronunciada en el caso "Lanman & Kemp Barclay Company de Venezuela", oportunidad en la cual se resolvió por vez primera, incluso sin texto expreso, la suspensión de la ejecución, mientras se pronunciaba la sentencia definitiva, de la resolución del Gobernador del Distrito Federal que había sido impugnada ante el Máximo Tribunal³⁸.

³⁸ BREWER CARÍAS, ALLAN R.: "Los Efectos no suspensivos del recurso contencioso administrativo de anulación y sus excepciones". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. N° 57-58. Caracas, 1968. pp. 293-302; Ortíz, Luis. Jurisprudencia de Medidas Cautelares. 1980-1994. E.J.V. Caracas, 1995. pp. 33-35.

Luego de esta decisión se comienzan a establecer, por vía jurisprudencial, los requisitos y presupuestos para la concesión de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares, los cuales fueron recogidos en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al establecer la posibilidad de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares de contenido positivo, cuando mediase solicitud del recurrente y fuese indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

Posteriormente, se inicia el período de expansión de la tutela cautelar con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que vino a establecer dos vías para la concesión de la tutela cautelar en el proceso. En efecto, a través de esta Ley, se establece la posibilidad de conceder la tutela cautelar contra los actos administrativos de efectos particulares, cuando estos hayan sido dictados en violación o amenacen con violar derechos y garantías constitucionales y sean impugnados a través del recurso contencioso administrativo de anulación (art. 5), así como contra las leyes y demás actos normativos que lesionen o amenacen con lesionar derechos y garantías constitucionales, siempre que sean impugnados a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 3 párrafo único).

A pesar de ello, ante la necesidad de brindar una tutela judicial cautelar realmente efectiva, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, a partir de 1989, comenzó a conceder las medidas cautelares

innominadas contra los órganos del Poder Público, acudiendo para ello a la remisión que efectúa el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a las normas del Código de Procedimiento Civil. Es así, como se otorgan medidas cautelares conservativas o asegurativas e innovativas o regulatorias, en aplicación de los artículos 585 y 588 del citado Código.

Finalmente, la Sala en su constante proceso de evolución jurisprudencial, resolvió Constitucionalizar la tutela cautelar como mecanismo para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva frente al Poder Público, consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución³⁹.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha concedido las siguientes medidas:

1. La suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares de contenido positivo.
2. Se ha acordado la ejecución de la decisión cautelar de suspensión del acto administrativo, en contra de la Administración. (Sentencia 629 de 22 de noviembre de 1990 y 57 de 2 de marzo de 1993, caso Mochima).

³⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL. "La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo". Vadell Hermanos Editores. 2ª ed. Caracas, 1998, pp. 87-136; y del mismo autor, Las Medidas Cautelares en la Jurisprudencia y Doctrina Recientes. (Derecho Venezolano y Derecho Comunitario Europeo). en Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1997, pp. 114-123; Ortíz, Luis. Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo. Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

3. Las medidas cautelares de prohibición de enajenar y gravar (art. 585 y 588 Código de Procedimiento Civil). (Sentencia 388 de 5 de agosto de 1993, caso Corporación Agrícola Sur C.A.; 466 de 11 de julio de 1996, caso Corporación Vixen C.A.).

4. Las medidas cautelares positivas contra actos administrativos de efectos particulares de contenido negativo (art. 585 y 588 Código de Procedimiento Civil). (Sentencia 567 de 12 de noviembre de 1992, caso Rafael Gutiérrez; 795 de 7 de noviembre de 1995, caso Seagram de Venezuela y 400 de 20 de junio de 1996, caso Dalia Pan Dávila).

5. Las medidas cautelares suspensivas contra actos administrativos de efectos generales. (art. 585 y 588 Código de Procedimiento Civil). (Sentencia 92 de 12 de mayo de 1992, caso Soto Luzardo).

6. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos de efectos generales. (art. 585 y 588 Código de Procedimiento Civil). (Sentencia 35 de 15 de febrero de 1993, caso Navarro Dona y Rosales Peña y 805 de 15 de noviembre de 1995, caso Lucia Hernández y Arnoldo Echegaray).

7. Las medidas cautelares suspensivas contra actos legislativos. (art. 585 y 588 Código de Procedimiento Civil). (Sentencia de 1 de diciembre de 1992, caso Alcalde del Municipio Libertador).

1.1.2 Origen y Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo en el ámbito del Derecho Salvadoreño.

1.1.2.1 Antecedentes del surgimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en El Salvador.

La Constitución salvadoreña del año 1939, incorpora por primera vez la institución contencioso administrativa, pero es hasta en la Constitución de 1950 en que por segunda vez hace referencia a esta materia. No obstante su incipiente regulación, se creó en los años sesenta el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos de Renta y Vialidad, el Tribunal del Servicio Civil (Decreto N° 507 del 24 de noviembre de 1961) y el Tribunal de la Carrera Docente: tres organismos con atribuciones distintas pero con características de Tribunales Administrativos.

En el Salvador, se habló de crear el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el anteproyecto de Constitución elaborado el año de 1949.

El Art. 187 de dicho anteproyecto, en el título VIII relativo al Poder Judicial, creaba el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para resolver las reclamaciones que se interpusiesen contra las disposiciones de las autoridades y cuyo conocimiento no correspondiera a otros tribunales.

La Asamblea Constituyente de 1950 no contempló la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro del Capítulo VIII, que trataba de las atribuciones del Poder Judicial.

Pero a la luz de la Constitución de 1962, se llegó a la conclusión de que la jurisdicción Contencioso Administrativa podía pertenecer al Órgano ejecutivo y/o al Órgano Judicial.

En 1975 se formuló un anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Los conflictos antes relacionados se dirimieron con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, decretada en uso de las facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministerio de Justicia y con base en los artículos 47 No. 13 y 81 de la Constitución de 1962. Definiéndose de una vez por todas que dicha jurisdicción pertenecería al Órgano Judicial.

Así, el artículo 47 numeral 13 prescribía como atribución de la Asamblea Legislativa, erigir jurisdicciones y establecer cargos a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los funcionarios respectivos conocieran de toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles o laborales; y a propuesta del Poder Ejecutivo, para conocer en toda clase de asuntos contencioso administrativos. En consecuencia, se llena el vacío existente en nuestra legislación, ya que mediante la mencionada ley, se garantizaba tanto los derechos reconocidos a los administrados como los derechos de la administración pública.

La ley tenía como fundamento lo prescrito en el Art. 81 de la Constitución Política, en el que se establecía que correspondía al Poder Judicial la potestad

de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral; así como en las otras que determinaba la ley. Por consiguiente, debiendo juzgarse la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, constitucionalmente debía corresponder al Poder Judicial la potestad para conocer de las contenciones o asuntos que se suscitaran sobre esta materia.

Es así que el 14 de noviembre de 1978 se decreta la “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, la cual entró en vigencia el uno de enero de 1979. A consecuencia de haberse erigido la jurisdicción contencioso administrativa y atribuido a la Sala de lo contencioso administrativo la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia, es que se reformó la Ley Orgánica Judicial, aumentado a 13 el número de Magistrados y a 4 las Salas Jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia, quedando organizadas así: Sala de Amparo, Sala de lo Civil, Sala de lo Contencioso Administrativo⁴⁰ y Sala de lo Penal.

El 15 de Diciembre de 1983 la Asamblea Constituyente decretó la Actual Constitución en la que desaparece toda duda sobre la ubicación y la naturaleza del tribunal contencioso administrativo. En efecto en el artículo 131 establecen que corresponde a la Asamblea Legislativa “Erigir Jurisdicciones y establecer cargos, propuesta de la Corte Suprema de Justicia para que los Funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, penales,

⁴⁰ El 3 de Enero de 1979 se estableció la Sala de lo Contencioso administrativo.

mercantil, laboral, y de lo contencioso administrativo, así como las otras que determine la ley”.

Si bien es cierto, que en el plano teórico, la tutela contra los actos administrativos de forma judicial nace en 1979, el verdadero auge de la justicia administrativa surge a finales de la década de los noventa, y que se incrementa debido al aumento de casos que afecta a buena parte de los particulares y personas jurídicas que demandan soluciones en esta rama del derecho. A manera de ejemplo se puede citar: la privatización de los servicios públicos, las atribuciones de los entes reguladores de los servicios públicos, los conflictos de competencia entre la Administración Central y Municipal, la tutela efectiva de los derechos de los consumidores o usuarios, etc. La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y el establecimiento del Tribunal que habría de ejercerla, ha significado un cambio fundamental en el Derecho Público Salvadoreño. Pero la ley por si sola no basta para garantizar su efectividad práctica; prueba de ello, es que aún no se ha reconocido en nuestro país la trascendencia que ese cambio amerita. En el año de 1996 se realizó la única y la última reforma a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde se derogó el literal F del Artículo 4, el que expresaba: “No corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa:

f) Las resoluciones del Tribunal de la Carrera Docente, provenientes de la aplicación de la ley de Escalafón del Magisterio Nacional y de la Profesión de

Maestro. Dicha reforma se decreta el 22 de Marzo de 1996 en el D.O. N° 58, T. 330. Como se puede observar, no fue una reforma sustancial e importante a la vigente Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En la actualidad la Corte Suprema de Justicia estudia un anteproyecto de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en donde se proponen verdaderos cambios estructurales para adecuar la Ley a la realidad actual y a las necesidades de los administrados.

1.1.2.2 Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo en El Salvador.

En la evolución de nuestra Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa, en 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 un perjuicio irreparable ó de difícil reparación por la sentencia definitiva, esto es, la causa que técnicamente conocemos como periculum in mora: pero la propia ley establece una restricción (art. 18): no se concederá la medida cautelar cuando esta ocasionare perjuicio a bienes de interés social u ocasionare ó pudiere ocasionar un peligro ó trastorno grave al orden público.

Los aspectos a que se hace referencia son, por tanto, el perjuicio irreparable ó de difícil reparación, y que la medida cautelar no derive perjuicio sobre el interés social y no ocasione directa ó potencialmente un peligro ó trastorno grave del orden público⁴¹.

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

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 ó de difícil reparación, y a priori no derivan perjuicios sobre el interés social ni ocasionan trastornos del orden público:

- ✓ Materia urbanística;
- ✓ Suspensión ó retirada de autorizaciones;
- ✓ Denegación ó anulación del permiso de residencia de extranjeros;
- ✓ Multas de privación de libertad.

⁴¹ Sobre el tema vid. Específicamente RODRÍGUEZ PONTÓN, J.: “pluralidad de intereses en la Tutela Cautelar del proceso Contencioso-administrativo”, Cede Cn, Barcelona, España, 1999.

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 la suspensión automática mediante caución del demandante.

La denominada Apariencia de Buen Derecho ó “Fumus Boni Iuris”, que viene 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 deducirse que el demandante tiene cierta razón o hay un alto grado de verosimilitud en su pretensión. Ejemplo de ello sería una multa impuesta de plano, sin tramitación alguna del expediente sancionador, acto que es nulo de pleno derecho.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha declarado que ambos motivos inciden en la adopción de medidas cautelares en el Contencioso Administrativo salvadoreño⁴². Aunque en esos casos no

⁴² Sentencia 9-11-99, Amp. 337-97 “Es preciso señalar, que las medidas cautelares –cual es el caso de la suspensión ordenada en el desarrollo del procedimiento sancionatorio- parten de una

ocasione un perjuicio de reparación imposible ó de difícil reparación, parece absurdo que el administrado deba soportar la ejecución del acto administrativo si después va a ser anulado y deberá conseguir el restablecimiento del derecho violado.

Por ello, y en aplicación de la máxima de que la necesidad de seguir un proceso para obtener la razón no debe convertirse en un obstáculo para quien tiene la razón, y de acuerdo con el derecho a la protección jurisdiccional, los ordenamientos jurídicos contemporáneos están reconociendo esta causa como motivo independiente de adopción de medidas cautelares.

Existen tres momentos diferentes en los que puede procederse a la adopción de medidas cautelares, según Eduardo Gamero Casado⁴³, que son los siguientes: 1). Con ocasión del auto de admisión de la demanda, 2). En un momento posterior a este trámite, e incluso, 3). Antes de la interposición de la demanda. Es de hacer mención que de la Ley sólo se entiende que se puede proceder a la petición y adopción de la medida en razón de los dos primeros.

base común, cual es, la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus boni iuris*- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso ó procedimiento –*periculum in mora*-.

⁴³ EDUARDO GAMERO CASADO, “Derecho Administrativo, Monografías”, *La Jurisdicción Contencioso Administrativo*, año 2001, P.99-103, primera edición, CNJ, El Salvador

Adopción con ocasión del Auto de Admisión de la Demanda.

Esta posibilidad aparece expresamente reconocida en el Art. 16 de la LJCA “Al admitir la demanda, la Sala en el mismo auto podrá resolver sobre la suspensión provisional del acto administrativo que se impugna”. Como se observa, ésta es una medida provisionalísima, dentro de la tutela cautelar, que se adopta en tanto la Sala pueda tramitar el incidente separado de la suspensión que establecen después los Arts. 20 a 22 de la propia ley, y que conducirían a su vez a ratificar la medida cautelar, o bien hacerla decaer.

El demandante podrá solicitar esta medida en un escrito de interposición de la demanda. En cuanto a la restricción adicional que contempla el inciso segundo del Art. 16 de LJCA, conforme al que sólo procede otorgar la medida cautelar respecto de actos administrativos que produzcan ó puedan producir efectos positivos, el autor, a dicha disposición, la entiende materialmente derogada por la Constitución, pues afirma que justamente cuando mayor sentido adquiera la medida cautelar, es en relación con actos desfavorables, ya que pueden ocasionar perjuicios irreparables, de tal manera que la no adopción de la cautela haría perder al recurso su finalidad legítima y privaría al demandante de su derecho de protección jurisdiccional.

Suspensión como Incidente (pieza separada) dentro del Litigio Principal.

El segundo mecanismo por el que puede acordarse la medida cautelar es

el que dicho autor denomina “ordinario”, una vez admitida la demanda se procede a la apertura de una pieza contradictoria separada, en cuya virtud las partes en litigio razonan sobre la conveniencia ó no de adopción de la medida. Este procedimiento aparece regulado por los Arts. 20 a 22 de la LJCA.

Suspensión previa a un Litigio eventual posterior.

La trascendental importancia de la tutela cautelar en el Contencioso Administrativo deriva del carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo.

Siendo así, y para Gamero Casado, según clarifica los efectos que persiguen evitarse mediante las medidas cautelares pueden producirse también antes de la presentación de la demanda; si la Administración decide ejecutar el acto una vez agotada la vía administrativa y durante el plazo de interposición de la demanda contencioso administrativa, para no frustrar el derecho a la protección jurisdiccional, parece necesario buscar un mecanismo de adopción de medidas cautelares que permita solapar la fase administrativa con la contencioso administrativa, admitiendo la tutela cautelar incluso antes de la presentación de la demanda.

En ese sentido, hace especial énfasis en que el Art. 53 de la LJCA remite supletoriamente al Código de Procedimientos Civiles. Y como es sabido los Arts. 134 y sigs. C.Pr.C, establecen una serie de medidas cautelares que puede adoptar el juez como actos previos a la presentación de la demanda.

Para concluir este punto conviene precisar que el Art. 19 de la LJCA

establece que una vez acordada la medida cautelar ésta se notificará a la autoridad ó funcionario demandado. Esta comunicación tendrá lugar cualquiera que haya sido el procedimiento de adopción de la medida, y constituye, de hecho, el último trámite de esta pieza incidental, aunque la Ley establezca en un artículo previo la regulación del procedimiento.

Así mismo existe un Anteproyecto de Ley Procesal Administrativa, el cual plantea reformas en cuanto a las Medidas Cautelares, ya que la única medida cautelar que regula la vigente Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa es la suspensión provisional de la ejecución del acto impugnado, o como erradamente y expresi verbis lo enuncia la LJCA “suspensión provisional del Acto administrativo impugnado”, que se adopta con la admisión de la demanda, siendo notable la inexistencia de otras medidas y contracautelas, por tanto una lógica escasez de normas de ejecución de estas medidas cautelares no positivizadas en la competencia Contencioso administrativa. En cambio en el Anteproyecto de Ley Procesal Administrativa encontramos que si se regulan, aunque con merito a ciertas críticas, medidas cautelares de cualquier naturaleza, también llamadas innominadas, medidas cautelares anticipatorias o provisionales, y un régimen amplio de contracautelas y por tanto, potestades de ejecución de las medidas cautelares (como en el caso de la sentencia), dejando todas estas a discreción del juzgador.

Capítulo II

“Aspectos Doctrinarios de la Tutela Cautelar Judicial en el Proceso Contencioso Administrativo”.

2.1 Contenido del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, según la Doctrina.

El principio de la Tutela efectiva forma un pilar decisivo de cada ordenamiento jurídico, del cual emanan, en lo referido a la accesibilidad de la justicia administrativa, importantes reivindicaciones.

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva es un derecho de naturaleza compleja, pues acoge derechos menores tales como:

- ✓ El derecho de toda persona a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos;
- ✓ El derecho a una justicia sin dilaciones indebidas;
- ✓ El derecho a que se emita una sentencia que resuelva la controversia; y
- ✓ El derecho a la efectividad de la tutela.

2.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia.

El derecho de acceso a los Órganos de la Administración de Justicia debe estar regido por el principio de igualdad y no discriminación, aplicable en todos los ámbitos de actuación del Estado, de manera que el acceso a los órganos de Administración de Justicia no esté sujeto, directa o indirectamente, a condiciones de naturaleza discriminatoria. Se entiende por condiciones discriminatorias todas aquellas que consideran características subjetivas tales como sexo, religión, afiliación política, condición económica, entre otras, para denegar el ejercicio de derechos fundamentales. De allí que los ordenamientos jurídicos universales, a través de sus Estados, se impongan la obligación de garantizar "una justicia gratuita", como una medida tendente a salvar el obstáculo económico que impide la activación de un proceso judicial a quienes carecen de recursos económicos. Lo contrario conllevaría una discriminación de hecho, pues dejaría a una parte de la población al margen de la justicia estatal por motivos económicos.

Otra implicación para el Estado, derivada de este derecho, es la obligación de legislar en materia procesal. Es decir, el Estado tiene la obligación de construir un aparato procesal que facilite su activación por cualquier persona que se sienta vulnerada en sus derechos, regido por los principios de la Tutela Judicial Efectiva y el debido proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya ha recalcado la obligación del Estado de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales, en el marco de las funciones de protección que le atribuyen los artículos 25 y 1.1 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, el derecho de acceso a la justicia da lugar al principio "pro actione", según el cual la admisibilidad de la acción es la regla, y su inadmisibilidad la excepción. La legitimación activa se ve ampliada por un derecho de acceso que abarca la tutela de los derechos subjetivos y de los derechos e intereses colectivos y difusos, por lo que ya no es exigible un "interés legítimo, personal y directo" para emprender una acción.

El solo hecho de que un sujeto sea afectado en el ámbito de sus intereses, aún cuando éstos sean compartidos por un número determinado o indeterminado de personas, lo legitima para ejercer una acción jurisdiccional. No obstante, hacer valer derechos o intereses colectivos y difusos está sometido a ciertas condiciones, desarrolladas por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de cada Estado.

2.1.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Colectivos.

El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer derechos e intereses colectivos, reconoce la legitimación activa de

cualquier persona, para acudir ante los tribunales y exigir el restablecimiento de derechos lesionados o amenazados de lesión, aún cuando éstos derechos no le correspondan de manera "personal y directa", sino que los comparta con un conglomerado de personas y le afecte de manera indirecta.

Los derechos e intereses colectivos son bienes jurídicos supra-personales, en contraposición con los individuales, que se ven lesionados o amenazados de lesión. Dicha lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de un país afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc.

2.1.1.2 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Difusos.

En este caso, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que vea lesionados o amenazados sus derechos e intereses, aún cuando estos no le sean reconocidos directa y personalmente, ni le correspondan por pertenecer a un grupo determinado de personas.

El derecho o interés difuso, según sentencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se refiere a: “un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos), que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión”.

Ellos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada.

2.1.2 Derecho a una Justicia sin Dilaciones Indevidas.

Estamos ante una dilación indebida cuando existe una actuación judicial que por su tardanza origina un daño a un particular. La Tutela Judicial Efectiva supone la emisión de una decisión definitiva en un plazo razonable. Para determinar la razonabilidad de un plazo se deben considerar los siguientes factores: realidad de la materia litigiosa de que se trate; término inicial del procedimiento; lo que estipula la ley procesal sobre la materia; la complejidad del asunto; la conducta de los litigantes y las autoridades; y las consecuencias del proceso para los litigantes.

El sistema de justicia, establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, por lo que las leyes

procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptar un procedimiento breve, oral y público.

2.1.3 Derecho a una Sentencia que resuelva la Controversia.

El artículo 25.2 literal a) de La Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye al Estado la obligación de garantizar que la autoridad competente, prevista por el sistema legal del Estado, decida sobre los derechos de toda persona que interponga un recurso. Esta decisión debe ser fundada en derecho, es decir, ser producto de una valoración jurídica de los hechos, sobre la base de normas jurídicas preexistentes. Asimismo, la decisión debe resolver sobre todo lo solicitado; omitir un pronunciamiento sobre alguna solicitud, aún cuando sea una cuestión menor en el marco de una solicitud más amplia, conlleva la vulneración del derecho a La Tutela Judicial Efectiva.

2.1.3.1 Derecho a la Efectividad de la Tutela.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad.

Un recurso no tiene efectividad, cuando se demuestra su inutilidad en la práctica; el poder judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad; o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en

ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión o el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.

Como parte del derecho a la efectividad de la tutela se contempla el derecho a la tutela cautelar, mediante la cual se busca mantener provisionalmente una situación fáctica que avale la ejecución cabal de la sentencia que definitivamente se dictará, o anticipar total o parcialmente los efectos de la sentencia con la finalidad de que no quede ilusorio su disposición. Por otra parte, garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente la acción o recurso judicial, es una obligación del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 literal c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, las sentencias no son hechas para quedar como meras declaraciones de intenciones. Una vez que los jueces deciden sobre la disputa que le ha sido planteada, deben seguidamente llevar al plano de la realidad el fallo, de lo contrario todo el fenómeno procesal es inocuo y pierde sentido.

2.1.4 Diferencia entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho al Debido Proceso.

Tanto el derecho a la Tutela Judicial Efectiva como al debido proceso son derechos procesales que muchas veces inciden en la misma etapa del proceso.

Mientras el derecho a la Tutela Judicial Efectiva apunta a garantizar un mecanismo eficaz e íntegro que permita a los particulares reestablecer una situación jurídica vulnerada; el Derecho al Debido Proceso trata de garantizar que, mediante el establecimiento de exigencias procesales, el proceso judicial que se siga no vulnere derechos fundamentales. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva está integrado por: El derecho de acceso; el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia. Por otra parte, el Derecho al Debido Proceso abarca: El derecho a la defensa; a la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; a ser juzgado por los jueces naturales; a no confesarse culpable ni declarar contra sí mismo; a no ser juzgado sino por leyes preexistente; a no ser juzgado por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente, y al restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada.

2.2 La Tutela Cautelar Contencioso Administrativa como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva.

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, ó incluso eviten un dispendio jurisdiccional.

El principio de la Tutela Cautelar, es una 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 ó excepcionales, sino que se convierten en instrumento de la tutela judicial ordinaria, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional”. Dicha aseveración es establecida por el Tribunal Supremo español en sentencia del 10 de Noviembre de 2003.

El derecho a la Tutela Cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, y adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, el del derecho sustantivo.

Los efectos negativos que trae consigo la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales pueden ser paliados, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado, que les devuelva a los particulares la confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir. Así, la Tutela Cautelar Judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de 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, los

derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserve la seguridad jurídica.

Del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos ó 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 Contencioso-Administrativa, y por el contrario, esa eventualidad es más gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones. Ello resulta así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto reclamado, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la administración que denieguen las solicitudes de los administrados ó prohíban el desarrollo de alguna actividad. La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda ó deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto deja de ser justicia⁴⁴.

2.2.1 Fundamento para la aplicación de Medidas Cautelares.

El derecho a obtener Tutela Cautelar, se enmarca dentro de un derecho de mayor comprensión, el de Tutela Judicial Efectiva, cuyo contenido esencial

⁴⁴ PASTOR DE PEIROTTI, IRMA y ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INÉS DEL C.: “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, pág. 433.

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 (este último componente también es denominado el derecho a la efectividad de la tutela judicial). 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 sólo en el plano jurídico, sino también en el plano fáctico, 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 cumple un papel central al momento de contrastar 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 administrativo u otra actividad o inactividad de la administración 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, el juez deberá

conceder las medidas cautelares pertinentes e idóneas 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.

2.3 Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo.

2.3.1 Concepto de Medida Cautelar.

Etimológicamente la palabra Medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención o cautela a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo.

Las medidas cautelares, conocidas también como medidas provisionalísimas ó precautorias, es un concepto que surge inicialmente en el ámbito del derecho procesal privado, y se refiere precisamente a las medidas que está facultado para decretar un órgano jurisdiccional, a solicitud de las partes ó inclusive de oficio, con el fin de conservar la materia objeto del proceso y garantizar la eficacia de la eventual decisión de fondo.

Para **Calamandrei**, la providencia cautelar es la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”. Son un medio predispuesto para

un mejor éxito de la providencia definitiva, es decir son, “Instrumento del instrumento”.

Para **Manuel María Diez**, las medidas cautelares son “actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso ó previamente a él, a pedido de un interesado ó de oficio, para asegurar bienes ó pruebas ó mantener situaciones de hecho”⁴⁵. Son instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes ó de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes ó a la sociedad, con motivo de tramitación del proceso⁴⁶. También pueden ser utilizadas para dar justicia anticipada ó autónoma, como es el caso de las medidas cautelares autónomas. El establecimiento de un sistema de medidas cautelares viene a compensar, a favor del derecho fundamental de Tutela Judicial Efectiva, el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, que supone una ventaja para las administraciones.

Para **Aguado I Cudola, Vinçenc**, las medidas cautelares se revelan como “un instrumento fundamental e insustituible de cualquier sistema

⁴⁵ DIEZ, MANUEL MARÍA: “Derecho Procesal Administrativo”, Buenos Aires, Plus, Ultra, 1996, págs. 311 y 312 comenta: “Al objeto de garantizar la situación y derechos del litigante desde que plantea su pretensión en sede administrativa ó judicial hasta la terminación del juicio, es necesario acordar al peticionante algunas facultades cuyo ejercicio le permita poder ejecutar a su tiempo los derechos que eventualmente pueden reconocérsele en la sentencia, para que estos no resulten ilusorios”.

⁴⁶ FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR Y OVALLE FAVELA, JOSÉ: “Derecho Procesal”, El Derecho en México, una visión conjunto, México, UNAM, 1991, t. III, pág. 1268.

jurisdiccional, debiendo ejercitarse todas las veces en que, atendida la duración del proceso, la realización de la función declarativa del derecho pueda ir en perjuicio del titular de éste”⁴⁷.

Para **Eduardo Gamero Casado**, las medidas cautelares son “las que puede adoptar el juez para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso actual ó futuro”⁴⁸. Para el referido autor, la tutela cautelar debería constituir un componente esencialísimo del proceso contencioso administrativo. Es así que en la reciente reforma española del régimen procesal administrativo, el tema de las medidas cautelares ha generado un intenso debate doctrinal aun no fenecido, que pone claramente de relieve la capitalidad de esta cuestión. La razón principal de esta importancia deriva 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. Las medidas cautelares parten de una base común, cual es, la probable existencia

⁴⁷ AGUADO I CUDOLA, VINÇENC. “La reciente evolución de la tutela judicial cautelar en el proceso contencioso administrativo. En La Protección Jurídica del Ciudadano”. Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo II. 1993. págs. 1694-1696.

⁴⁸ GAMERO CASADO, E.; “Derecho Administrativo”, Monografías, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001. págs. 94-95.

de un derecho amenazado-fumus boni iuris- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso ó procedimiento -periculum in mora⁴⁹.

Señala **Carnelutti** que la razón de la existencia de la función cautelar, radica en que no sirve “para procurar a uno de los litigantes una posición favorable en el proceso de cognición ó de ejecución, al contrario, evita que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes”; se trata pues del factor duración del tiempo y del hecho, en relación con las mutaciones de una situación.

2.3.2 Características de las Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares se caracterizan por lo siguiente⁵⁰:

✓ Tienen el carácter de **Jurisdiccionalidad**: El carácter de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares se refiere a que la adopción de la medida cautelar compete al órgano jurisdiccional. Puede ser el órgano jurisdiccional que conozca inicialmente del proceso, en caso de ser posteriormente incompetente ó el que conozca de todo el proceso.

✓ Tienen el carácter de **Instrumental ó Accesoriedad**: Es decir, que están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad. Más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo

⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional de El Salvador. De 9-11-99. Amp. 337-97.

⁵⁰ GAMERO CASADO, E.; “Derecho Administrativo”, Monografías, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001. págs. 94-95.

tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que, a su vez, actúa el derecho; en ese sentido, tal como lo señala Fairén Guillén “el proceso cautelar mas que hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso”. Es decir que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí misma, sino que nacen al servicio de un proceso principal. Es decir que las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en si mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso que reviste el carácter de principal, del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que se va a dictar. Estas dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal, y se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. Por tanto la instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de una acción contencioso-administrativa, acción que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir, lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario”.

✓ Tienen el carácter de **Provisionales ó de Provisoriedad**: O sea, sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse nunca en

definitiva, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia ó resolución sobre el fondo del asunto.

Es decir que tales medidas, decretadas antes ó durante un proceso principal, sólo duran hasta la conclusión de éste. La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

✓ Tienen el carácter de **Urgentes**: Ya que no basta para su pronunciamiento, la idea de peligro, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad.

✓ Tienen el carácter de **Susceptibles de Alteración, flexibles ó variables**: Son variables y aún revocables, siempre de acuerdo al principio “rebus sic stantibus”, esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento ó disminución del “periculum in mora”, desaparición del mismo; disminución del “fumus boni iuris”). Es decir que estas pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan. Por tanto, debe de

entenderse que la variabilidad se refiere al hecho de que, según las exigencias de cada caso en particular, la medida debe ser valorada. Así, la medida cautelar está sujeta, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones que corresponden a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva medida cautelar, considere que dicha medida ordenada inicialmente ya no sea adecuada a la nueva situación creada durante ese tiempo.

✓ Tienen el carácter de **Extinguirse a Término ó Plazo**: Es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal.

✓ Tienen el carácter de que **las Resoluciones Cautelares no surten efectos de Cosa Juzgada**: su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión de cosa juzgada. La medida cautelar no causa estado (no supone un pronunciamiento sobre el fondo) y puede revocarse en cualquier momento.

2.3.3 Presupuestos para la Adopción de las Medidas Cautelares.

2.3.3.1 En General.

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 ó la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al

recurso. Pese a ello puede denegarse, cuando la adopción de la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales ó de terceros, que el juez ó 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.

2.3.3.2 Periculum In Mora.

El peligro de mora procesal es uno de los presupuestos en que se debe fundar la adopción ó no de la medida cautelar. Pero no cualquier peligro, sino aquel que pueda impedir la efectividad de la sentencia. El perjuicio que puede producir el retraso en la tramitación del proceso con respecto a la futura ejecución de la sentencia que en su día pueda dictarse no es, por tanto, una característica más de las medidas cautelares, sino parte esencial de ellas, constituyendo un punto de partida necesario para su obtención.

Con relación a este presupuesto es recurrente la cita de **Chiovenda** quien señala que “El tiempo necesario para tener razón no ha de perjudicar a quien la tiene”; así, el perjuicio que la mora procesal puede ocasionar a los intereses implicados en el proceso hace necesario la existencia de las medidas

cautelares⁵¹. Esto significa, que un elemento de las medidas consiste en demostrar la urgencia de la adopción de las mismas, el peligro que existe en la afectación a una determinada situación ó derecho de no ser adoptadas.

2.3.3.3 Los Intereses en Conflicto.

Una vez afirmada la existencia del “periculum in mora” entra en escena la valoración de los intereses en juego, cuya ponderación es la que, a la postre, debe determinar la concesión ó no de la medida cautelar. En cuanto a esta valoración, debe realizarse de forma “circunstanciada”, es decir, atendiendo a las características y peculiaridades de cada caso, y además que el juicio de ponderación que al efecto debe de realizar el Órgano Jurisdiccional, debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y se debe de exigir una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción ó no de la medida cautelar solicitada. Hay que establecer que “si bien ha de prevalecer el interés general sobre el de los particulares, no siempre es fácil discernir el peso que este interés general ó de terceros ha de tener la ponderación con los intereses privados, y en particular, aquel que pueda compararse en términos de igualdad con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva”⁵².

⁵¹ SIERRA, SUSANA DE LA, “Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo”, Navarra, Thomson Aranzadi, España. 2004, pág. 223.

⁵² Según auto del Tribunal Supremo español, De fecha 21 de Marzo de 2001.

2.3.3.4 Fumus Boni Iuris.

Desde el punto de vista del juez, el Fumus Boni Iuris es la apreciación provisional que éste hace de la adecuación a derecho de las pretensiones de las partes, esto es, cuál es y a quién asiste la presunción de inicio ó arranque de acuerdo con el ordenamiento. **Piero Calamandrei** señaló que “la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad ó de verosimilitud”⁵³.

En opinión de **Susana de la Sierra**, el fumus boni iuris se vincula a la “existencia de una situación jurídica” que requiere protección en tanto no se dicte sentencia definitiva en el pleito.

Según **Menéndez Pérez** afirma que “el examen provisional, con base en una aportación, aún no completa de los datos y razonamientos que contradictoriamente afluirán al proceso, que conlleva la toma en consideración de aquel criterio, constituye ciertamente un riesgo, pero para un Estado de derecho siempre será ó deberá ser más temible el riesgo de la irreversible conculcación del derecho⁵⁴”. La apariencia del buen derecho no es una noción incontrovertible, se enfrenta por lo regular a la exigencia de no prejuzgar el fondo de la cuestión. Lo que se pretende es marcar un límite a la decisión cautelar, a efectos de que no llegue al grado de hacer superflua ó simplemente

⁵³ SIERRA, SUSANA DE LA, “Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo”, Navarra, Thomson Aranzadi, España. 2004, pág. 281.

⁵⁴ Consejo General del Poder Judicial, “Constitución y Control de la Actividad Administrativa”, Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 206.

reiterativa la decisión de fondo, misma que se dicta tomando en cuenta todos, y no sólo algunos elementos aportados en el proceso.

2.3.3.5 Otros Presupuestos.

Otros presupuestos admitidos por diversas doctrinas y dentro del marco de ordenamientos jurídicos de Sur América y Europa, contemplan dentro de los presupuestos para decretar las medidas cautelares los siguientes:

1). La Contracautela: Son aquellas que el tribunal exige al demandante, para garantizar la reparación de los daños que puedan ocasionarse a la parte demandada, a raíz de la medida precautoria solicitada, sobre todo porque se presume que toda actuación de una entidad administrativa persigue un fin público.

Es decir, que las medidas cautelares sólo pueden decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho y es el juez, conforme a su discreción y prudencia, quien debe graduar la cantidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, siempre que su monto no torne ilusorio el derecho del peticionante.

2). La no afectación del Interés Público: En los litigios contra la Administración Pública ó sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos establecidos ya para las medidas cautelares, se requiere

específicamente que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia. Cabe aclarar que no se trata de un interés genérico sino de un interés concreto y específico, vinculado directamente con las circunstancias del caso planteado, cuya ponderación impone un balance entre el daño a la comunidad y el que le ocasiona a quien demanda la suspensión del acto reclamado.

2.3.4 Clasificación de Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares suelen clasificarse en:

- ✓ Personales ó reales, según recaigan sobre personas ó bienes;
- ✓ Conservativas ó Innovativas, según tiendan a mantener ó a modificar el estado de cosas anterior al proceso principal; y
- ✓ Nominadas ó Innominadas, según signifiquen una medida específica que el juzgador puede decretar, ó un poder genérico del juzgador para decretar las medidas pertinentes con el fin de asegurar las condiciones necesarias para la ejecución de la futura y probable sentencia del proceso principal⁵⁵.

En el ámbito administrativo podría hablarse de una clasificación específica, atendiendo a: Si las medidas son adoptadas con motivo del

⁵⁵ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "Las Medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil", *Justicia*, Barcelona, núm. 1, 1988, pp. 75-90 citado por Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 7ª. Edición, México, Harla, 1997, p. 31.

procedimiento administrativo o, por otro lado, se trata de aquellas que pueden dictarse en el contencioso administrativo.

En el primer caso, habría que distinguir las medidas que puede adoptar la autoridad administrativa, de manera previa ó iniciado el procedimiento administrativo, que se pueden denominar medidas pro autoritate, en virtud de que las determina la autoridad administrativa para asegurar la eficacia de su actuación; estas medidas contrastan con la llamada suspensión del acto administrativo, que es también una medida cautelar pero “pro-administrado” y que se solicita en vía de recurso administrativo ante la autoridad que vaya a conocer del mismo, con el fin de suspender el acto administrativo en tanto es resuelto en definitiva el recurso correspondiente.

En el segundo caso, se encuentran las medidas cautelares que puede solicitar el demandante con motivo del recurso contencioso administrativo, esto es, ante el órgano de la jurisdicción administrativa.

En el Derecho Contencioso Administrativo las medidas cautelares se pueden dividir en dos clases, dependiendo de la naturaleza “positiva ó negativa del acto administrativo”⁵⁶:

1). 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

⁵⁶ CARMONA TINOCO, JORGE LUIS: “Algunas notas comparativas entre las Medidas Cautelares en el Derecho Administrativo español y mexicano”. México. 2005 Pág. 30.

positivas deben de acreditarse los supuestos de inactividad ó de la vía de hecho, caso contrario la medida cautelar no se concederá. Asimismo, en este caso también se revisará si la concesión de la medida cautelar perturba ó no los intereses generales ó 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 ó de un tercero que lleven a concluir la inexistencia de una finalidad legítima del recurso.

2). Medida cautelares de carácter negativo (en virtud de un acto administrativo positivo): éstas se denominan como la “suspensión” de la ejecución 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 ó no la medida cautelar negativa ó positiva deberá ser tomada por el juez ó el tribunal a través de una “ponderación de intereses” en forma circunstanciada. Dicha ponderación tendrá el objeto de revisar si existe ó no la finalidad legítima del recurso ó comprobar la actualización de los supuestos de

inactividad ó 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 ó a tercero con interés legítimo.

2.3.5 Tipos de Medidas Cautelares posibles.

2.3.5.1 Amplitud de Tipos de Medidas Innominadas.

Apertura explicita a las Medidas Positivas.

Para la adopción de medidas cautelares deben de acogerse cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en vista de la amplitud que hoy tiene el recurso contencioso-administrativo en casi todos los ordenamientos jurídicos, la suspensión de la ejecución del acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible.

Por lo que diversos sistemas en sus respectivas legislaciones introducen, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso

las de carácter positivo, correspondiendo al Juez ó Tribunal determinar las que según las circunstancias fueren necesarias. Resulta así que el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista, es decir, “La Garantía de la Efectividad de la sentencia”. Por lo que el Sistema Cautelar no se debe de centrar única y exclusivamente en la Suspensión de la Ejecución del Acto.

2.3.5.1.1 Las Medidas Precautelares.

En muchas ocasiones los jueces suelen dictar medidas llamadas “Precautelares”, con objeto de suspender los efectos del acto administrativo. Dicha situación se puede presentar ante el sólo requerimiento del actor y mientras se solicita y obtiene de la administración el envío de las actuaciones y/o la producción del informe respectivo sobre la cuestión planteada por el actor.

Se le denomina “Precautelar” porque es una medida previa al dictado de la medida cautelar innovativa⁵⁷; que permite al juzgador, con todos los elementos de juicio, resolver ya la medida cautelar con un mejor conocimiento del litigio al que se enfrenta, y evita, mientras tanto, al administrado un perjuicio propio de toda tramitación administrativa, que quizá ya no pueda ser reparado si

⁵⁷ Afirma DOS SANTOS, BRUNO: “El administrado lesionado en sus derechos ó intereses legítimos por los actos, hechos ú omisiones de la Administración Pública, se presenta ante los estrados judiciales del fuero contencioso administrativo federal peticionando, en la mayoría de los casos, el dictado de medidas cautelares innovativas”.

el juez simplemente se dedica a esperar que los expedientes y/o informes le sean enviados.

Así, mediante el dictado de la medida “precautelar”, el juez puede analizar y decidir acerca de la procedencia de la pretensión cautelar, asegurando el objeto del litigio ó suspendiendo los efectos del acto, hasta contar con los antecedentes ó informes administrativos.

2.3.5.1.2 Las Medidas Cautelares Autónomas.

La medida cautelar autónoma consiste en pedirle al juez que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la Administración Pública no resuelva el recurso que agota la vía administrativa en un sentido ó en otro. Mientras tanto, el administrado obtiene tutela y sin un mayor perjuicio para la Administración, quien con su propia diligencia determinará la duración de la medida cautelar dictada en su contra, y resolverá el recurso que agota la vía administrativa, si es que el juez ha condicionado la vigencia de la cautela a dicha situación.

Su admisibilidad exige la concurrencia de alguna circunstancia de la que pueda extraerse la posibilidad de que se produzca un perjuicio especial, ya en el peticionario, ya en otros intereses en juego, ó la concurrencia de una

ilegitimidad tan manifiesta que por si sola pudiese justificar la anticipada intervención del órgano jurisdiccional⁵⁸.

Por lo tanto, mientras está pendiente de resolución por la administración el recurso interpuesto ante ella contra un acto administrativo, puede ser procedente una medida cautelar judicial de suspensión de la ejecución del acto impugnado en sede administrativa, hasta tanto se resuelva el recurso administrativo.

2.3.5.1.3 Las Medidas Cautelares Innovativas.

La Medida Cautelar Innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal 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 un proceder antijurídico.

La Medida Cautelar Innovativa estriba en la emisión de un mandato judicial a la administración para que esta observe una conducta activa, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino, directamente, una obligación de hacer. Tal clase de medida debe afianzarse en el proceso administrativo,

⁵⁸ Cámara Contencioso Administrativa, núm I de Santa Fé, “Caminos, Rodolfo A. y otros c/Provincia de Santa Fe s/Medida Cautelar Autónoma”, Argentina. Sentencia del de octubre de 2003.

cuando la suspensión de los efectos del acto no sea una respuesta cautelar efectiva para la protección peticionada.

Finalidad de la Medida Cautelar Innovativa.

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 medida cautelar 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.

2.3.5.1.4 Las Medidas Autosatisfactivas.

La Medida Autosatisfactiva es el requerimiento urgente formulado al Órgano Jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad ó decaimiento⁵⁹.

Es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del Órgano judicial.

⁵⁹ PEYRANO, JORGE W.: “Medidas Autosatisfactivas” , Editorial Rubinzal Culzoni, 1997, p. 13.

Su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea ó ulterior de una pretensión principal.

En el caso de la medida autosatisfactiva se está ante un requerimiento urgente, formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela cautelar judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión.

No se trata, en sentido estricto, de una medida cautelar, se asemeja a ella porque ambas se inician con la postulación de que se despache favorablemente, e inaudita et altera pars, un pedido, y diferenciándose en:

1. El despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la que se conforma la diligencia cautelar;
2. Su dictado acarrea una satisfacción definitiva de los requerimientos del peticionario, y 0

Ubicación de la Medida Autosatisfactiva dentro de los Procesos Urgentes.

El primer elemento que se debe tener en cuenta para abordar el estudio de las medidas autosatisfactivas es su ubicación dentro de los procesos urgentes. Lo primero que se debe tener en cuenta para calificar a un proceso

como urgente es la entidad del bien jurídico y la naturaleza del derecho violentado o amenazado. A tal fin resultará relevante valorarlo comparativamente con el derecho que se le contrapone (así por ejemplo, la vida es un bien jurídico que tiene mucho mas valor que la propiedad).

En segundo lugar es necesario determinar el grado de certeza y liquidez que presentan los hechos y el derecho del caso. Es decir, cuanto más certeza exista en el derecho invocado, más patente y evidente se expongan lo hechos, cuanto más precisa e inequívoca se presente la prueba, mayores serán las oportunidades para flexibilizar las formas, postergando el contradictorio hasta el momento mas oportuno.

Ahora bien, el elemento distintivo y tipificante del proceso urgente tiene que ver con la gravedad del daño efectivo y potencial; su inminencia y su irreparabilidad; y la imposibilidad de subsanar el perjuicio por cualquier otra vía.

Dentro de los procesos urgentes están comprendidas las medidas cautelares, las cuales aseguran la satisfacción futura del interés sustancial comprometido ante la necesidad de ejecutarse en su momento la sentencia de mérito. Dicho en otras palabras, se llama cautelar al proceso cuando sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, por ello la voz cautelar significa "prevenir", "precaver",y da idea del carácter provisorio de la medida.

Las sentencias anticipatorias, por su parte y como su nombre lo indica, tienden a satisfacer el interés sustancial comprometido antes de la sentencia de mérito, a fin de evitar la frustración irreparable de dicho interés.

Con la tutela autosatisfactiva se persigue igual finalidad, pero no dentro de un proceso de conocimiento pleno, sino en el marco de un proceso especial y autónomo que se extingue al agotar su objeto con la obtención de la tutela.

En base a lo anterior, se puede definir al **proceso urgente** como aquel cuya procedencia y admisibilidad exige, mas allá del peligro en la demora, una fuerte probabilidad o cuasi certeza que sean atendibles las pretensiones del accionante, cuya falta de tutela inmediata produce un perjuicio irreparable para este. La cuestión planteada encuadra en la estructura del proceso urgente denominado “medida autosatisfactiva”, caracterizada por ser una solución jurisdiccional excepcional, urgente, autónoma, de ejecutoriedad inmediata, despachable inaudita et altera pars, mediando una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible, y que se juzga tan atendible que deviene innecesaria la contracautela⁶⁰.

Finalidad de la Medida Autosatisfactiva.

Ya que las medidas autosatisfactivas son soluciones “jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars” y en ellas media

⁶⁰ SLISARANSKY, FABIÁN GUILLERMO, Tesis de grado: “El juez pretor y la medida autosatisfactiva”, Argentina, Junio 2003. pág. 483, bajo la asesoría de la Dra. MABEL ALICIA DE LOS SANTOS, autoridad en la materia, siguiendo éste el lineamiento de la jurisprudencia en sus obras: "Lo urgente y lo cautelar", "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia" y "Procesos urgentes," año 2000, Argentina.

una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia⁶¹.

Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión⁶². Así mismo, dicho remedio de urgencia, resulta útil para solucionar vías de hecho.⁶³

Presupuestos de fundabilidad de las Medidas Autosatisfactivas.

Los presupuestos básicos de fundabilidad de las medidas autosatisfactivas, son la situación de urgencia y fuerte probabilidad de que el derecho material esgrimido sea atendible, y a su carácter autónomo.

- Situación de urgencia: En primer lugar: una situación urgente que reclama tutela inmediata imprescindible: se trataría de situaciones especialísimas en las cuales la falta de satisfacción de la pretensión en tiempo oportuno, es decir, en forma inmediata, implica directamente y sin más la frustración del derecho que se tiende a proteger, o bien la producción de un daño de difícil o de imposible reparación para el solicitante de la medida. Esta primera característica se confunde con el clásico *periculum in mora* exigido por

⁶¹ DE LOS SANTOS, MABEL, Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800.

⁶² PEYRANO, JORGE W. " Lo urgente y lo Cautelar"

⁶³ DE LOS SANTOS, MABEL, Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800.

las medidas precautorias tradicionales, las cuales si bien en la generalidad de los supuestos se dirigen principalmente a asegurar el cumplimiento de la sentencia, o la conservación de bienes, pruebas o derechos, indirectamente, también evitan un perjuicio irreparable para el solicitante de la medida, ya que de no concederse harían imposible arribar a una sentencia útil. En definitiva, el requisito de satisfacción de una pretensión urgente cuya denegatoria produciría un perjuicio irreparable para el requirente de la medida no se diferencia, cualitativamente, en las medidas autosatisfactivas y en la precautorias tradicionales.

- Fuerte probabilidad de que el Derecho Invocado sea atendible: El segundo presupuesto de estas medidas es la fuerte probabilidad de que el derecho invocado sea atendible⁶⁴, debemos estar en presencia de un interés cierto y manifiesto, frente a una evidencia de derecho; el derecho invocado debe presentarse límpido y sin ambigüedades; el juzgador no debe tener prácticamente duda alguna acerca de la procedencia del derecho esgrimido por el peticionante. Este presupuesto, se confunde con el *fumus boni juris* o verosimilitud del derecho que debe acreditar el peticionante de las medidas cautelares, sobre todo teniendo en cuenta que la certeza jurídica exigida al juez para la resolución de un litigio y para la atribución de un derecho controvertido a

⁶⁴ PEYRANO, JORGE W: "Medidas Autosatisfactivas" director, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.

cualquiera de las partes, se puede adquirir solamente después de una instrucción con amplias posibilidades de debate y respetando el principio del contradictorio, cuestión que nunca sucede en las medidas autosatisfactivas, ya que se tramitan inaudita et altera pars o con un contradictorio muy reducido. Tanto en las medidas autosatisfactivas como en las cautelares, el juez tiene un conocimiento periférico o reducido de la cuestión, compatible con la urgencia del despacho de las medidas. En definitiva, tanto en las medidas autosatisfactivas como en las cautelares el juicio del juzgador es un juicio de probabilidades sobre la atendibilidad del derecho esgrimido, pero no un juicio de certeza; puede haber una diferencia cuantitativa en la probabilidad de verosimilitud del derecho.

Presupuestos de Admisibilidad de la Medida Autosatisfactiva.

✓ En cuanto al presupuesto de las medidas cautelares se hizo referencia a la existencia de la verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris*, pero esto cambia sustancialmente cuando hacemos mención a las medidas autosatisfactivas, ya que el grado de conocimiento para el otorgamiento de tal tutela es la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud.

✓ Así mismo y como segundo presupuesto, es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista peligro en la demora. El mismo consiste en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata, de manera

que en caso contrario se frustre el derecho invocado, situación que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo.

✓ Finalmente no en todos los casos será necesaria la prestación de la contracautela, la que sólo podrá proceder cuando la medida se decreta inaudita parte y sin la suficiente certeza en el derecho invocado. Esto último se debe a que la verosimilitud en el derecho y la contracautela opera como una "balanza" tanto en las medidas cautelares como en los procesos autosatisfactivos. Es decir, cuando mayor sea la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, menor será la exigencia de contracautela, ya que menores serán las posibilidades que la respectiva medida sea pedida abusivamente con la eventualidad del acaecimiento de un perjuicio para la otra parte. A la inversa, cuando menor sea la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, mayor será la exigencia de la contracautela, ya que mayores serán las posibilidades que la medida sea solicitada sin derecho.

Caracteres de la Medida Autosatisfactiva.

✓ De acuerdo a las circunstancias **pueden ser dictadas inaudita parte o no**. Esto se debe a que la medida autosatisfactiva no necesariamente se dicta sin sustanciación; debiendo reservarse dicha posibilidad exclusivamente para los supuestos en que exista convicción suficiente, cercana a la certeza, respecto del derecho invocado. Por ende, puede existir sustanciación, pero en

el plazo más breve posible de acuerdo a las circunstancias del caso, o puede ser dictada sin notificación a la otra parte.

✓ Nos son **provisionales**, ya que si bien se puede acordar una medida diferente a la peticionada o limitarla, teniendo en cuenta el derecho a proteger, su resultado no queda ligado a la litis principal ya que, como se mencionó, tienen una pretensión independiente y la medida se agota con su despacho favorable.

✓ **No son accesorias**, porque no necesitan un proceso principal para su existencia. Son autónomas y aquí encontramos la primer gran diferencia con las providencias cautelares. La pretensión se agota con su sola concesión. No son un medio para garantizar un fin, como las cautelares, sino que son un fin en si mismas.

Así, la Medida Autosatisfactiva es autónomas, no tiene fines asegurativos de un eventual pronunciamiento futuro favorable, sino que es principal y se agota en sí misma, porque persigue el dictado de una sentencia de fondo anticipada al trámite del proceso. Para su procedencia, se exige un grado superior de convicción en el órgano jurisdiccional requerido, equivalente a la alta o fuerte probabilidad de que el actor posee el derecho que invoca, vinculado estrictamente con los efectos de la resolución que dicte el juez, de contenido material, es decir, el peticionario que requiere la acción autosatisfactiva debe llevar al juez elementos probatorios suficientes como para que éste concluya que el derecho por él invocado es inmediatamente aplicable,

sin probabilidad de que el demandado pueda rebatir aquellos elementos probatorios que fundan la convicción.

2.3.6 La Suspensión Jurisdiccional de la Ejecución del Acto Administrativo.

2.3.6.1 Consideraciones preliminares.

La duración de los procedimientos de autotutela administrativa, así como de los procedimientos contencioso-administrativos, hace necesario establecer algún método preventivo, como remedio de protección de los administrados, contra los daños emergentes de la ejecución de los actos administrativos; tratando de evitar el riesgo del daño irreparable, cuando, por lo menos, resulte más gravoso que la interrupción de la ejecución del acto⁶⁵.

Para poder abordar con mayor eficacia el tema de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, se requiere la previa consideración de algunas precisiones terminológicas y de ciertas cuestiones teóricas⁶⁶, que a continuación se detallan:

⁶⁵ CASSINELLI MUÑOZ, HORACIO: Derecho público, vol. II, p. 134, párr. 343.

⁶⁶ Además, como señala LEVRERO, es evidente que la ejecución no será la misma en el caso de un reglamento (norma abstracta y general, de carácter permanente) que en el de un acto individual, y que aún dentro de esta última categoría, hay actos que requieren una mera ejecución material, en tanto que otros producen sus efectos desde el momento de su vigencia, o necesitan de la emisión de otros actos para su completa ejecución (Vé.: Constancio Levrero: Suspensión de la ejecución del acto administrativo y agotamiento de los efectos; en RDJA t. 69, p. 238).

En primer lugar, no puede pasar desapercibido que tanto en el vocabulario normativo, como en la terminología de ciertos autores, se suele invocar indistintamente las frases "**suspensión de la ejecución del acto administrativo**", y "**suspensión del acto administrativo**", como si fueran sinónimas; y no lo son. Ni literal⁶⁷, ni conceptualmente, es lo mismo suspender un acto, que suspender la ejecución de un acto⁶⁸.

Suspender un acto supone bloquear todos sus efectos, incluso los ya cumplidos; **suspender la ejecución del acto**, supone solamente detener los efectos futuros del cumplimiento del mismo⁶⁹.

⁶⁷ Para SAYAGUÉS LASO, la palabra suspensión se emplea con dos significados distintos: para indicar el estado del acto suspendido en sus efectos y para individualizar el acto que dispuso la suspensión.- Vé.: "Tratado de Derecho administrativo", t. II, p. 447.- Según señala Levrero, para el Diccionario de la Real Academia Española, "ejecución" es "la acción y efecto de ejecutar", y "ejecutar" significa "poner por obra una cosa". Pero también dicho texto señala que "ejecutar" es sinónimo de "cumplir", y este término equivale a "llevar a efecto", siendo "efecto", "lo que se sigue por virtud de una causa". Combinando las definiciones precisadas, parece posible concluir, en principio, que la ejecución de un acto administrativo se extenderá por todo el tiempo que medie entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que se logran todos los efectos jurídicos que el acto ha querido producir. De esta manera, el fin de la ejecución viene a asimilarse con lo que los autores llaman el agotamiento del acto administrativo, el cual tiene lugar cuando éste ha producido todos sus efectos.- Vé.: "Suspensión de la ejecución del acto administrativo y agotamiento de sus efectos, en RDJA, t. 69, p. 236 y ss.

⁶⁸ CANNADA-BARTOLI sostiene que la suspensión del acto administrativo designa tanto el acto que suspende, como el efecto subsecuente. Vé.: Eugenio Cannada-Bartoli: Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo, en NDI.

⁶⁹ BOQUERA OLIVER, J. M0: "Suspensión del acto administrativo", en Enciclopedia Jurídica Básica, t. IV, p. 6437 - Madrid, 1995; quien sostiene que suspender un acto administrativo significa paralizar temporalmente su eficacia. Para Sayagués Laso la suspensión del acto es,

Se sostiene que la denominada suspensión de la ejecución del acto administrativo, ya sea en vía administrativa o jurisdiccional conocida como la vía contenciosa administrativa, supone técnicamente la cesación temporal, provisional o transitoria de la eficacia del acto administrativo⁷⁰.

Se trata de una medida que tiende a asegurar la integridad del objeto del litigio, en tanto se produce la decisión definitiva acerca de la anulabilidad del acto.

En el ámbito contencioso, cuando se emite una providencia conclusiva sobre el fondo, cesa la referida situación de provisionalidad, reapareciendo la eficacia temporalmente suspendida (fallo confirmatorio), o cesando la eficacia en forma definitiva (fallo anulatorio).

En la mayoría de ordenamientos jurídicos, esa notoria confusión terminológica del legislador, y a veces de la doctrina, puede y debe superarse mediante una interpretación histórica, armónica y sistemática, considerándose que de lo que se trata es de considerar la suspensión de la ejecución del acto administrativo en vía jurisdiccional.

En segundo lugar corresponde determinar a qué se debe denominar **ejecución del acto**.

La ejecución del acto puede tener dos significados:

por tanto, un preliminar de su ulterior extinción o de las otras medidas de contralor que puedan adoptarse. Vé.: Tratado de Derecho administrativo, t. II, p. 447.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN: "Curso de Derecho administrativo" - Madrid, 1986, t. I, p. 543 y ss.

- a) Hacer efectivo o realizar lo que el acto dispone⁷¹; o
- b) El surgimiento de los efectos jurídicos o materiales causados por el acto.

Para **Levrero**, la ejecución de un acto administrativo se extenderá por todo el tiempo que medie entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que se logran todos los efectos jurídicos que el acto ha querido producir⁷², manifestando que el perjuicio grave e irreparable de que habla la norma habilitante de la suspensión jurisdiccional, no es el causado por el acto impugnado, sino el que deriva de la ejecución de ese acto.

En tercer lugar, es necesario perfilar distintos **conceptos conexos**:

- La **eficacia**⁷³, es la idoneidad del acto para producir efectos jurídicos: constitutivos, declarativos o preclusivos; e individualiza el momento operativo del acto perfecto, en el cual éste despliega sus efectos, en tanto se han integrado sus elementos esenciales y de eficacia. A veces, los actos producen efectos en forma inmediata y automática; otras veces es necesario recurrir a la fase de ejecución.

⁷¹ COUTURE, EDUARDO J.: Vocabulario jurídico, p. 260.

⁷² LEVRERO BOCAGE, CONSTANCIO: "Suspensión de la ejecución del acto administrativo y agotamiento de sus efectos", en RDJA, t. 69, p. 238; quien agrega que el fin de la ejecución viene a asimilarse con lo que los autores llaman el agotamiento del acto administrativo, el cual tiene lugar cuando éste ha producido todos sus efectos.

⁷³ La eficacia se distingue de la perfección, que refiere a la conclusión del procedimiento conducente a la existencia del acto; y de la validez, que indica que el acto carece de vicios. El acto perfecto, podría no ser eficaz; la validez del acto, no condiciona su eficacia.

- La **ejecución**, es la actividad normativa o material que debe realizar la Administración para desarrollar los efectos propios del acto.
- La **exigibilidad**, es la posibilidad concreta de realizar el acto ejecutivo, en cuanto no ha sido suspendido.
- La **ejecutividad**, es la situación del acto cuando no existen obstáculos para su ejecución por la propia Administración.
- La **ejecutoriedad**, es la situación del acto cuya ejecución coactiva puede realizarse por la propia Administración; es la denominada autotutela administrativa⁷⁴.

La suspensión incide sobre la ejecución del acto, provocando su inercia; pero no incide sobre la eficacia del mismo.

La suspensión impide a los titulares de las situaciones jurídicas subjetivas generadas por el acto en cuestión, durante el período de veda, el ejercicio de la legitimación necesaria para realizar las operaciones correspondientes.

En cuarto lugar, según **Couture** la suspensión, como acción y efecto de suspender, supone detener o parar, por cierto tiempo, un término, obra, ejercicio de empleo u otra forma de actividad⁷⁵.

⁷⁴ VIRGA, PIETRO: "Diritto amministrativo". La autotutela administrativa es la potestad mediante la cual, la Administración queda directamente facultada para -sin autorización jurisdiccional y contra la voluntad del sujeto pasivo- realizar el objeto del acto. t. 2, p. 97 y ss

⁷⁵ COUTURE, EDUARDO J.: Vocabulario Jurídico, p. 564.

Por ello, cabe concluir que, en cuanto a los efectos, la terminación de la suspensión de la ejecución del acto, habilita a tomar en consideración lo ocurrido con anterioridad a ella.

En quinto lugar, corresponde aclarar si la suspensión de la ejecución del acto posee el carácter de transitoria o de provisoria.

Según enseña **Calamandrei**, el concepto de provisoriedad -al igual que el de interinidad- es más restringido que el de temporalidad; temporal es lo que no dura siempre, lo que tiene duración limitada; **provisorio** es lo que está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; provisorio equivale a interino, pues ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento. La calidad de provisorio, significa que los efectos jurídicos de las medidas cautelares no sólo tienen duración temporal (pronunciada con la cláusula **rebus sic stantibus**: “duran mientras no cambien las circunstancias de hecho de la relación”), sino que se limitan al lapso que deberá transcurrir entre la emisión de la providencia cautelar y la emisión de la providencia definitiva. La medida cautelar es una medida provisoria, adoptada para evitar, interinamente, un mal mayor; y sin perjuicio de lo que se decida en definitiva.

2.3.6.2 Acercamiento al concepto de Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo.

La ejecución del acto administrativo puede cesar ya sea en forma definitiva, ya sea en forma provisoria, lo que importa un cierto estado de inercia de las situaciones jurídicas producidas por su emisión.

Técnicamente, la suspensión de la ejecución del acto administrativo constituye la antítesis de su generalmente reconocida ejecutividad. La suspensión de la ejecución no produce efectos sobre la validez, ni sobre la eficacia del acto, ni posee una función de reprimir al mismo acto; sino que suspende, *ex nunc*⁷⁶ (es decir que no tiene un carácter retroactivo, sino que producen sus efectos desde el momento de la iniciación ó perfeccionamiento de la relación jurídica), la posibilidad de ejecutarlo⁷⁷. El acto suspendido conserva su imperatividad, y la suspensión opera solamente sobre uno de los contenidos de la eficacia: La ejecución⁷⁸.

Procesalmente, la suspensión de la ejecución del acto administrativo constituye una especie de medida cautelar⁷⁹, una de cuyas finalidades es impedir que resulte eficaz la decisión que ponga fin a la impugnación incoada, o impedir que el acto cuestionado siga produciendo efectos dañosos. Según

⁷⁶ “Desde Ahora”

⁷⁷ ALDO M. SANDULLI: “Manuale di Diritto amministrativo”, vol. 11, p. 655.

⁷⁸ SEVERO GIANNINI, MASSIMO: “Diritto amministrativo”, vol. 21, p. 1035.-

⁷⁹ MASSIMO SEVERO GIANNINI: “Diritto amministrativo”, vol. 21, p. 1035.

Calamandrei, el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar, es el que surge de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*)⁸⁰.

En base a los elementos anteriormente citados se establece que la Suspensión de la Ejecución del acto:

- Constituye una necesaria excepción al carácter ejecutivo de los actos administrativos, en la medida que provoca la cesación temporal y transitoria de la eficacia del acto.

- Tiende a repartir equitativamente entre la Administración y el Administrado, la carga de la casi eterna lentitud de los procedimientos administrativos y contenciosos administrativo.

- Es una garantía de naturaleza preventiva, pues supone la paralización transitoria de los efectos del acto impugnado.

- Es una medida provisional que protege al administrado frente a posibles efectos irreversibles de la normal ejecución inmediata de los actos administrativos.

⁸⁰ CALAMANDREI, PIERO: “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, p. 40. Según este autor la tutela cautelar permite hacer las cosas pronto y bien; entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando el problema de justicia intrínseca a la sentencia definitiva.

2.3.6.3 Fundamento de la Suspensión de la Ejecución del Acto.

La Suspensión de la Ejecución del Acto tiene su fundamento en:

- Proceder cuando con el acto puedan derivarse daños graves o irreparables, permitiéndole al recurrente solicitar incidentalmente la suspensión de su ejecución.
- Tener por finalidad “evitar la producción de nuevos efectos (ex nunc) perjudiciales, emergentes de la ejecución del acto impugnado, antes de permitir una más adecuada ponderación de los presupuestos de hecho y de derecho que lo motivaron”.
- Una valoración comparativa entre dos bienes jurídicamente protegibles: a) El necesario cumplimiento de la función pública; y b) La intangibilidad de los derechos y el patrimonio del interesado.
- Ser una típica medida de amparo, cautelar y autónoma, tendente a enervar los efectos dañosos de la ejecución de un acto impugnado de nulidad; y poder efectivizar el derecho a no padecer o soportar daños y, en su caso, a recibir la reparación correspondiente.
- Tener como función: a) Para unos, el mantenimiento del statu quo, hasta la emisión del acto conclusivo; y b) Para otros, la anticipada realización de los efectos conclusivos de la sentencia definitiva.
- Evitar la ineffectividad temporal del recurso interpuesto, respecto de la suspensión de la ejecución el acto.

- Partir de la base inexorable que la Carta Magna de cualquier Estado, reconoce el derecho a la protección en el goce de todos los derechos, y a la reparación integral del daño; y que, si se prohíbe causar daño al prójimo (neminem laedere), implícitamente debe impedirse, en lo posible, la eminente (peligro) comisión de cualquier daño; o atenuarse el daño ya causado; o posponerse el daño actual, posible o probable, causado por un acto sospechado de ilegitimidad. En consecuencia, con o sin normativa legal expresa, los Derechos Fundamentales gozan de una clara, continua, actual y necesaria protección internacional⁸¹ y constitucional, la que, además, prevé su insoslayable e impostergable efectividad⁸².

2.3.6.4 Caracteres de la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo.

Las medidas cautelares constituyen micro procedimientos especiales, incoados para encarar ciertas situaciones de peligro o de urgencia; y se les considera provisionales, cautelares o de conservación, porque son dictadas antes de finalizar el proceso principal; permitiendo que, sin resolver sobre el

⁸¹ En el ámbito internacional rigen al respecto, como normas generales, las siguientes: I) Declaración Universal de Derechos Humanos.-Art. 81.- II) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. - Art. 21.3.- III) Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 25.1. IV) Convención Europea de Derechos Humanos.- Art. 131.

⁸² La vocación de efectividad de los Derechos humanos se encuentra reconocida a nivel planetario, y constituye una de las características inherentes a este tipo de derechos.

fondo del asunto, se proteja al accionante respecto de daños graves y actuales, provocados por la ejecución del acto impugnado.

Calificada como medida cautelar por excelencia, la suspensión de la ejecución del acto administrativo, poseería los caracteres propios de este instituto procesal:

a). Es un procedimiento contradictorio: Es contradictorio porque la decisión siempre está fundada en la valoración de la probabilidad de contraste entre el comportamiento de la Administración al dictar el acto y las normas jurídicas; por lo que la decisión posee un carácter anticipado. La accesoriedad al juicio principal y la naturaleza incidental, le atribuyen el mismo carácter que al proceso principal al que accede⁸³.

b). Debe constituir un procedimiento relativamente rápido, sencillo y efectivo: En teoría, la suspensión de la ejecución del acto ante la jurisdicción contencioso administrativa es un típico procedimiento de carácter breve y urgente⁸⁴, sencillo y efectivo, tendente a paralizar los efectos dañosos de un acto impugnado en sede administrativa y jurisdiccional. En la práctica, en realidad el procedimiento lleva un tiempo que no es el ideal para los medios de tutela de los derechos lesionados.

c). Es un procedimiento instrumental o accesorio: La suspensión de la ejecución del acto administrativo es una medida instrumental, en tanto que no

⁸³ CAIANIELLO, VINCENZO: "Lineamenti del processo amministrativo", p. 426 y 427.

⁸⁴ MARÍN, CARMEN CHINCHILLA: "La tutela", op. cit. p. 36 y 37.

constituye un fin en si misma, sino un medio para obtener un resultado presuntamente igual al del proceso principal.

Se ha afirmado que el incidente de suspensión es autónomo (proceso dentro del proceso), porque constituye una acción de conservación distinta de la acción de impugnación, dado que paraliza temporalmente los efectos lesivos del acto y tiene una causa petendi diferente (posibilidad de daños graves). Pero ello no supone la iniciación de un procedimiento independiente, sino que está ligado e integra un proceso de impugnación del acto, a iniciarse o ya iniciado (en los ordenamientos que así lo aceptan)⁸⁵.

La autonomía entre el proceso principal y el procedimiento cautelar supone, en ambos casos, la independencia del examen de los presupuestos procesales. Por otro lado, la finalidad perseguida es la de retrotraer la situación al estado que se encontraba antes de comenzar la ejecución del acto impugnado.

d) Es un procedimiento preventivo y asegurativo: Asegura la eficacia de una probable sentencia definitiva; y previene el daño que la ejecución del acto genere durante la duración del proceso.

e) Es un procedimiento temporal: La suspensión jurisdiccional del acto sometido a anulación, dura hasta que se dicte la sentencia definitiva de confirmación del acto, o mientras no se revoque la suspensión.

⁸⁵ ROEHRSEN, GUGLIELMO: "La Justicia Administrativa en Italia", p. 161 y ss. - Vé.: ALDO M. SANDULLI: Manuale di Diritto amministrativo, vol. 21, p. 1289.

f) Es un procedimiento provisional y cautelar: Como procedimiento de carácter provisional⁸⁶ y subordinado al principal, su eficacia perdura hasta la conclusión del juicio al que accede⁸⁷; y puede ser revisable en cualquier momento antes de dictarse la sentencia definitiva, y como consecuencia de ésta, siendo un pronunciamiento rebus sic stantibus, es modificable durante el transcurso del juicio principal; y ello, a pesar de la injustificable prohibición del planteamiento fuera de la demanda⁸⁸.

Es un procedimiento cautelar⁸⁹, en cuanto garante de la eficacia del proceso definitivo, asegurando, mediante la evitación de futuros daños, que la situación de hecho quede en posición de poder adecuarse a la situación jurídica emanada de la decisión de la acción principal⁹⁰. La suspensión tiende a

⁸⁶ Señala GIORGI que la suspensión es una medida de orden cautelar que no destruye la manifestación de voluntad administrativa, sino que la enerva en sus efectos, provisoriamente; a diferencia de la anulación que es un procedimiento jurisdiccional de contenido constitutivo y de efecto definitivo. Vé.: El Contencioso, op. cit. p. 38. Como su eficacia está subordinada a la decisión de mérito sobre la demanda principal, cesa con la decisión definitiva del proceso.- Vé.: Pietro Virga: Il provvedimento amministrativo, p. 327.

⁸⁷ SALEMI, GIOVANNI: "La giustizia amministrativa", p. 260.

⁸⁸ SANDULLI, ALDO M.: "Manuale di Diritto amministrativo", vol. 21, p. 1291.

⁸⁹ Según algunos autores, como consecuencia de la naturaleza cautelar de la suspensión: a) no requiere necesariamente el examen preventivo de las cuestiones prejudiciales; b) no constituye juzgamiento implícito sobre el fondo; c) no es susceptible de impugnación por revocación o por defecto de jurisdicción.- Vé.: Pietro Virga: Il provvedimento amministrativo, p. 327 y 328.

⁹⁰ SALEMI, GIOVANNI: "La giustizia amministrativa", p. 259.

conservar hasta el término del proceso contencioso-administrativo, la situación de hecho y de derecho preexistente a la emisión del acto impugnado⁹¹.

g) Es un procedimiento precario: El objeto de esta especie de medida cautelar, no es garantizar la efectividad de la decisión final, sino asegurar el resultado de una probable sentencia definitiva. Sus efectos duran hasta la emisión de la sentencia que decide la causa principal; pero podrían desaparecer antes, cuando por cualquier causa, cesen los efectos del acto en cuestión.

h) Es un procedimiento excepcional: Salvo casos excepcionales, la impugnación jurisdiccional de los actos administrativos carece de efecto suspensivo. La facultad de suspender la ejecución de un acto administrativo, supone una excepción al principio según el cual los recursos no suspenden la eficacia de los actos impugnados.

2.3.6.5 Presupuestos de la Suspensión de la Ejecución del Acto.

La sentencia que resuelve el incidente posee carácter provisorio, y su eficacia se agota con la emisión de un pronunciamiento del Tribunal ó Instancia correspondiente, o mediante la sentencia confirmatoria que culmine el accionamiento anulatorio. Dicha sentencia se funda en una sumaria deliberación sobre dos presupuestos básicos e inseparables:

⁹¹ VIRGA, PIETRO: "Il provvedimento amministrativo", p. 327.

a) Fumus bonis juris.

El recurso debe ser proponible y fundado, con un mínimo de credibilidad; y el acto cuestionado debe estar teñido de ilegalidad manifiesta. La ilegalidad exigida es la que emerge del contraste del acto impugnado con la totalidad del ordenamiento jurídico superior, incluida la Constitución.

Lo manifiestamente ilegal -según afirma Gelsi Bidart- alude a lo indudable, a lo que todos pueden advertir; se trata de un resultado de conocimiento al que se llega espontáneamente, sin requerir cargos y específicos razonamientos; que aparece sin tropiezos, sin alternativas para todo el que conoce el ordenamiento jurídico.

Pero el acto de manifiesta o aparente legalidad, no debe ser suspendido, so pena de incurrirse en violación del principio de separación de poderes⁹².

En tal sentido señala Marienhoff que así como al acto administrativo portador de una "ilegalidad manifiesta" corresponde suspenderlo, del mismo modo, el acto administrativo de "manifiesta o aparente legalidad", no debe ser suspendido en sus efectos; materia ésta en que el órgano jurisdiccional debe proceder con harta cautela o prudencia, so pena de incurrir en una violación del principio constitucional de separación de poderes estatales".

⁹² MARIENHOFF, MIGUEL H.: "Tratado de Derecho administrativo", t. I, p. 657 y ss.

b) Periculum in mora.

El acto impugnado debe ser susceptible de acarrear un daño grave, considerable o no fácilmente reparable⁹³.

La reparabilidad del daño emerge de la comparación entre el sacrificio que se impone a la Administración suspendiendo el acto; y el sacrificio que se le impone al administrado, ejecutando el acto impugnado.⁹⁴

La doctrina establece dos criterios determinantes de la procedencia de la medida cautelar: a) El daño; y b) La ilegalidad.

En esta materia, citando a Marienhoff, se ha sostenido que ambos supuestos pueden funcionar conjunta o separadamente, como en el caso en que el acto sea legal, pero cause perjuicios⁹⁵. En cuanto a las situaciones susceptibles de suspender la ejecución del acto procesado, ha sostenido que:

a) Los efectos perjudiciales (por ej.: la pérdida de clientela) provenientes de la ejecución del acto (clausura del establecimiento), deben ser

⁹³ El art. 122.1.2 de la LJCA española admite la solicitud de suspensión en caso de que la ejecución pudiese ocasionar perjuicios de reparación imposible o difícil.

⁹⁴ La Ley española exige que el órgano administrativo competente para resolver el recurso administrativo ordinario, pondere, en términos suficientemente razonados, el perjuicio que la suspensión causaría al interés público o a terceros, y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.-Vé.: Eladio Escusol Barra - Jorge Rodríguez-Zapata Pérez: Derecho procesal español - Madrid, 1995, p.229.

⁹⁵ MARIENHOFF, MIGUEL H.: "Tratado de Derecho administrativo", t. I, p. 657 y ss..

incuestionables, irreparables y difícilmente indemnizables (en cuanto no resulte fácil reestablecer situaciones de mercado) y producir prueba.

b) En el supuesto en que un sujeto quede en situación de interino, no constituye una situación irreversible o susceptible de causar perjuicios irreparables. La consecuencia dañosa debe derivar directamente de la ejecución o cumplimiento del acto. En consecuencia, no procede la suspensión, si la consecuencia dañosa, no deriva de la ejecución del acto impugnado, sino de la negativa a cumplir ese acto.

c) Agotamiento previo de la vía administrativa.

El accionamiento ante un Tribunal ó Instancia correspondiente está condicionado al agotamiento previo de la vía administrativa; es decir que tal acción de nulidad sólo podrá ejercitarse una vez agotada la vía administrativa, mediante la interposición y sustanciación de los recursos correspondientes, transformándose el acto originario en acto administrativo definitivo.

2.3.7 Similitudes y Diferencias entre las Medida Cautelar y el Amparo.

2.3.7.1 Similitudes entre las Medidas Cautelares y el Amparo.

Similitudes:

- ✓ El amparo, para cumplir su finalidad (la restitución del derecho constitucional lesionado), supone la existencia de una vía rápida, un

procedimiento de urgencia y es por ello un proceso sumarísimo. La confrontación entre el procedimiento de amparo y los procedimientos cautelares, sirve para comprobar que estos últimos difícilmente son autónomos.

- ✓ Ambos institutos encuentran su misma justificación en el "peligrum in mora". En ese sentido, la actualidad o inminencia de la afectación a derechos y garantías, para el amparo configura el mismo peligro en la demora requerido para el despacho de medidas cautelares.

2.3.7.2 Diferencias entre las Medidas Cautelares y el Amparo.

Diferencias en cuanto a:

1. Procedimiento.

- ✓ El procedimiento cautelar es un procedimiento subordinado a otro procedimiento, el principal.
- ✓ El procedimiento de amparo tiene un fin en sí mismo: reparar totalmente el agravio producido a un derecho y para asegurar la eficacia de esta sentencia es que se admiten ciertas medidas cautelares.

2. Tutela Jurisdiccional.

- ✓ La tutela jurisdiccional en el amparo es preventiva e inmediata, pero no cautelar.
- ✓ La tutela jurisdiccional en el procedimiento cautelar es siempre mediata.

3. Sentencia del proceso de Amparo y procedencia de la Medida

Cautelar.

- ✓ La sentencia del proceso de amparo declara la certeza de la existencia del derecho.
- ✓ Para establecer la procedencia de la medida cautelar es necesario, entre otros presupuestos, exigir el "fumus bonis iuris", esto es, la apariencia de un buen fundamento o, si se quiere, la mera apariencia del derecho subjetivo.

4. Acción.

- ✓ El amparo es una acción principal, con autonomía procesal y sustancial.
- ✓ Las medidas cautelares resultan tributarias de otro proceso al que acceden y del que siguen su suerte.

5. Finalidad.

- ✓ En el amparo se persigue la nulidad del acto.
- ✓ En la medida cautelar se persigue la suspensión del acto.

Capítulo III

“Comportamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo Salvadoreño”.

3. Importancia de una debida existencia de medios cautelares dentro de un Proceso Contencioso Administrativo tendentes a garantizar la efectiva tutela del administrado frente a las actividades e inactividades de la Administración Pública.

3.1 El Proceso Cautelar.

3.1.1 Objeto del Proceso Cautelar.

En la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos, la posibilidad de hacer efectiva la tutela cautelar encuentra su cauce a través de un proceso específico, denominado “proceso cautelar”, por medio del cual se procura el dictado de una providencia de carácter provisional que elimine o evite la posibilidad de un daño cierto e inminente, conservando el estado de hecho o de derecho mientras está pendiente la declaración judicial de certeza sobre la existencia del derecho material controvertido, e inclusive, en ciertos casos, alterando si fuese necesario la situación fáctica o jurídica existente con el dictado de una medida de contenido positivo.

El proceso cautelar se configura como una verdadera tutela del proceso, precisamente para evitar, dentro de lo posible, aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes, que pueden derivarse de la dilación indebida del litigio. Su objeto, expresa Guasp, es facilitar la vida del proceso principal al que se halla preordenado, posibilitando la remoción de los obstáculos que pueden presentarse respecto de la eficacia de los efectos de la decisión judicial que, en ese proceso, acaso se produzcan. Desde esta óptica, el objeto del proceso cautelar consiste en facilitar el desarrollo de otro proceso, que en general se denomina principal, garantizando la eficacia cierta, y no meramente conjetural, de sus resultados.

3.1.2 La Acción Cautelar.

Sistematizada por Chiovenda, sostiene que el derecho a obtener una medida cautelar no es otra cosa que una forma en si misma de acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, pues existe como un derecho actual, aun cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez⁹⁶.

⁹⁶ CHIOVENDA: "Instituciones de derecho procesal civil", vol. I cit, pg 298.

La idea esencial que caracteriza al proceso cautelar es la de intentar que no se disipe, por efecto de la inevitable dilación de un litigio, la eficacia práctica de una eventual decisión judicial, todavía no obtenida, y por lo tanto, la de adoptar precauciones o aseguramientos ante la posible ineficacia de la misma.

3.1.3 Proceso, Pretensión y Sentencia Cautelar.

En todo proceso, explica Guasp, existe un elemento objetivo alrededor del cual gira toda la serie de actos que componen la actividad procesal, el que está constituido por la concreta y específica reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. Esta específica reclamación es la pretensión procesal. Desde este punto de vista, el proceso judicial se caracteriza por ser esencialmente un instrumento de satisfacción de pretensiones.

El conjunto de actividades que integran el proceso cautelar tiene por objeto la declaración de voluntad por la cual se solicita al órgano jurisdiccional un pronunciamiento que asegure la tutela judicial, posibilitando la eficacia práctica de la sentencia definitiva, de manera de evitar que el derecho que eventualmente se reconozca en el proceso principal quede reducido, por efecto de la inevitable dilación del litigio, a un simple enunciado teórico.

En consecuencia, el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar o precautoria) que tiende en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución

judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso de conocimiento o ejecución. La particularidad de la sentencia cautelar radica en que la declaración que contiene no es de certeza, sino simplemente de verosimilitud del derecho, es decir, está circunscripta al terreno de lo probable y no de lo verdadero.

Del mismo modo que el proceso cautelar en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado, la tutela cautelar administrativa tiene por objeto pretensiones que no difieren en sustancia de las que se hacen en aquél, en cuanto persiguen también impedir (proceso cautelar inhibitorio), eliminar (proceso cautelar restitutorio) o anticipar (proceso cautelar anticipatorio) los posibles cambios que puedan sobrevenir durante el lapso que lamentablemente transcurre entre el inicio y la finalización del litigio.

Lo que define propiamente a la pretensión cautelar administrativa, en cambio, es que la actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en el derecho administrativo y se deduce con relación a una actividad revestida originariamente de la presunción de legitimidad,- lo que implica que sus actos son considerados válidos y conformes al ordenamiento jurídico -y fuerza ejecutoria- posibilitando su inmediata ejecución por la autoridad estatal sin que los recursos o acciones destinados a impugnarlos puedan paralizar su eficacia-, todo lo cual confiere ciertas particularidades a la cautela judicial en este campo del derecho.

3.2 La Tutela Cautelar como parte Integrante de la Tutela Judicial Efectiva.

3.2.1 Fundamento de la Tutela Cautelar.

Tres posiciones más relevantes:

1. El mantenimiento de la igualdad procesal de las partes como fin propio del proceso cautelar: Para los sostenedores de esta tesis, las medidas cautelares encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso, evitando que la sentencia a dictarse en el proceso principal se frustre y convierta en ilusoria la realización práctica de la decisión definitiva. En tal sentido, Carnelutti advirtió tempranamente que “en lugar de procurar a uno de los litigantes una posición favorable, se trata de lo contrario, esto es, de evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración de desequilibrio inicial de fuerzas entre las partes”.

2. El principio publicístico de la tutela cautelar: garantía de seriedad y eficacia de la actividad jurisdiccional del Estado: Poniendo el acento en el carácter instrumental del proceso cautelar, ilustres juristas, como Calamandrei y Chiovenda, han destacado la finalidad publicística de este tipo de providencias jurisdiccionales. Aludiendo al fin preponderantemente público de las denominadas providencias cautelares, expresa el primero de los citados maestros, que ellas están dirigidas “más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función

jurisdiccional”. De este modo, la tutela cautelar se dirige a “salvaguardar el imperium iudicis”, o sea, a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde.

3. La doble finalidad de la tutela cautelar: garantía de eficacia de la actividad jurisdiccional y respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: En los últimos años se ha puesto de relieve la doble dimensión de la tutela cautelar, la que aparece encaminada no ya solamente a garantizar la eficacia y seriedad de la justicia, sino también a satisfacer el derecho de todo ciudadano a la tutela efectiva a través de un litigio sin dilaciones indebidas, propugnándose así, por parte de la doctrina y jurisprudencia europeas, la existencia de un derecho fundamental a obtener la protección preventiva de los derechos e intereses jurídicos.

Esta elogiada concepción de la finalidad del proceso cautelar, en su doble dimensión, pública y privada, ha sido definitivamente recibida por la jurisprudencia comunitaria europea. Al respecto, estudios recientes ponen en evidencia que para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la finalidad perseguida por la tutela cautelar, reconoce- como señala el profesor Bacigalupo- una doble dimensión: “por un lado, garantizar, con carácter provisional y en tanto se sustancia el proceso principal, el respeto de la

legalidad comunitaria objetiva; y, por otro, satisfacer el derecho subjetivo de los justiciables, incluido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (garantizado igualmente en el ámbito del derecho comunitario- esto es, por la jurisprudencia del TJCE-, en cuanto principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros), a la efectividad de la decisión judicial que ponga fin al litigio principal.

3.2.2 Finalidad de la Tutela Cautelar.

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, ó 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 ó excepcionales, sino que se convierten en instrumento de la Tutela Judicial⁹⁷.”

El derecho a la tutela cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la tutela judicial efectiva, y adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: “Asegurar la eficacia del Proceso

⁹⁷ RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España”, 2005, pág. 303.

Judicial y, con ella, la del derecho sustantivo, y mantener el equilibrio entre las partes durante la sustanciación de éste”.

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 en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como son, entre muchos otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, 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 ó las Leyes⁹⁸.

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

⁹⁸ Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Blake, Guatemala, párrafo 101.

“La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda ó deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto deja de ser justicia”⁹⁹.

Con la expresión “Tutela Cautelar”, se denominan tanto las medidas destinadas a asegurar provisionalmente no sólo el buen fin de un proceso, sino también todas aquéllas otras que tienden a garantizar preventivamente lo que puede ser necesario para defender esos derechos ó intereses legítimos, aún generales; ello 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 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 sólo suspensiones de actos administrativos¹⁰⁰.

⁹⁹ PASTOR DE PERIOTTI, IRMA y ORTIZ DE GALLADOR, MARÍA INÉS DEL C.: “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, pág. 433.

¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: “La Batalla por las Medidas Cautelares”, 2da, Edición, Madrid, Civitas, 1995, pág. 15.

3.2.3 Derecho del Administrado a la Efectividad y Ejecutividad de la Sentencia.

La Tutela Cautelar tiene determinadas finalidades específicas, que pueden cifrarse genéricamente en construir un límite ó contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares y/o administrados, ante los tribunales, sin la cual sería ficticia la facultad de controlar ó fiscalizar las actuaciones de la Administración Pública, es decir, que son los Tribunales los que controlan la legalidad de esas actuaciones administrativas emitidas por la administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que justifican.

La Tutela Cautelar Efectiva actúa como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada su ejecución, no resulte tardía o inejecutable.

En efecto, la potestad de los jueces y tribunales de adoptar medidas cautelares responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del Órgano Jurisdiccional, evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de eficacia por la conservación ó consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho ó interés reconocido por el Órgano Jurisdiccional en su momento; es decir, que para evitar que la ejecutividad genere supuestos de “irreversibilidad”, se somete a control judicial para que se repare en dicha situación.

Todo administrado y/o particular tiene derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone un grave quebrantamiento del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, asegurándose que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva, es decir que lo que se pretende con la imposición de medidas cautelares es que con la duración del proceso no se altere el equilibrio inicial de fuerzas entre el Administrado y la Administración Pública, en este sentido debe de entenderse que el principio de efectividad de la tutela judicial reclama que el control jurisdiccional haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Así, dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse a la sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto.

Cuando la eficacia de la actuación administrativa impone que los actos de las Administraciones Públicas deban ser inmediatamente ejecutivos, ello implica que la actuación de la Administración produce sus efectos desde la fecha en que se dictan, y permite que la Administración adopte las medidas necesarias para su efectividad. Este principio de ejecutoriedad, configurado como una prerrogativa de la Administración, tiene su contrapartida en la existencia de “garantías del administrado” para la defensa de sus intereses legítimos. Entre estas “garantías” se incluyen medidas cautelares que pueden adoptarse para asegurar el equilibrio entre las partes y cumplimiento y la efectividad de la Sentencia que en su día se dicte en la impugnación judicial de

la actuación administrativa, y que forma parte del contenido a la Tutela Judicial Efectiva. Así es, aunque la prerrogativa de la ejecutividad de las actuaciones administrativas sea conforme a derecho, no por ello es permitido desconocer que, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía judicial, una merma en la efectividad de la tutela judicial, por eso la efectividad de dicha tutela reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso, porque la potestad jurisdiccional no se agota en la declaración del derecho, sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone, por ende, la facultad de adoptar las medidas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto, aunque la “Tutela Cautelar”, inserta en la Tutela Judicial Efectiva, no justifica por su sola invocación la procedencia de la suspensión, sino que sólo impone a los Tribunales el deber de “acordar la suspensión (ó la medida cautelar procedente, incluso positiva) cuando se acredite, en alguna forma, su necesidad de asegurar la Efectividad de la Sentencia”¹⁰¹.

La razón de ser de la Tutela Cautelar, como parte integrante de la Tutela Judicial Efectiva, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de

¹⁰¹ Auto del Tribunal Supremo de España, 12 de Julio de 2000.

asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso ó el de asegurar la efectividad de la sentencia.

No puede desconocerse en ningún momento el carácter instrumental de las medidas cautelares, en cuanto sirven para asegurar un resultado procesal. Y en la medida en que el mismo proceso tiene carácter instrumental, por cuanto está al servicio de la aplicación del derecho al caso concreto, puede decirse que las medidas cautelares tienen una naturaleza doblemente instrumental, es decir de instrumentos del instrumento. De lo que se deduce, que las dos notas definitorias de las medidas cautelares son , en primer lugar, que tienen un fin asegurativo, y, en segundo lugar, que están preordenadas a un proceso pendiente.

3.3 Regulación de La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo Salvadoreño.

3.3.1 La mal lograda positivización de la tutela cautelar dentro de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En vista de la capital importancia que merece la institución de la tutela cautelar, como manifestación de la efectiva tutela judicial, dentro del proceso contencioso-administrativo, es imperioso hacer notar el precario tratamiento que el legislador de la actual Ley, valga decir “preconstitucional”, y decretada el catorce de Noviembre de Mil Novecientos Setenta y ocho, otorgó a los medios cautelares.

En el momento histórico en el cual se erigía la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en nuestro país, y en razón de la novedosa expectativa que sembraba el control (valga decir “revisión”) jurisdiccional sobre la actividad de la Administración (limitada primordialmente a sólo actos administrativos) por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, el legislador debía, necesariamente y como a menudo sucede- por no afirmar que es la regla general- echar mano de un ordenamiento foráneo para darle vida, en ley positiva, a la creación de esa nueva jurisdicción. Fue así que se tomó de parámetro, en lo pertinente a la realidad salvadoreña, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española del año de 1956 para crear nuestra normativa, recogiendo, en lo que respecta a medios cautelares, solamente “la suspensión del acto administrativo impugnado” como única medida cautelar, en virtud de la restringida concepción y objeto de la acción contencioso-administrativa, limitado a una revisión judicial de actos administrativos, conocido también como “acción o recurso al acto”, obligando de esta manera al administrado a una única pretensión¹⁰² deducible ante el estrado Contencioso-Administrativo salvadoreño, y obtener así, y muy difícilmente, dicha medida cautelar, ya que, como es sabido, es la excepción a la regla.

¹⁰² Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la Sala de lo Contencioso Administrativo, única y exclusivamente, tiene competencia para declarar la ilegalidad de los actos administrativos (artículo 2 y 9). (Sentencia Definitiva de SALA DE LO CONTENCIOSO, Ref. 202-C-2001 de 08:00 de 14/07/2003).

En la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se establece *expresi verbis*, un apartado o capítulo destinado a medidas cautelares, ya que, como se ha expresado, el legislador no revistió de carácter a esta importante institución dentro de la ley Contencioso-Administrativa, tanto es así que ni tan siquiera se expresa la frase “medida cautelar” a la suspensión de la ejecución del acto (dentro del contenido de los artículos 16 al 23 LJCA), que a su vez erradamente la conceptualizó “suspensión del acto administrativo impugnado”, cuestión que ya fue profundamente abordada y discutida en capítulos anteriores.

Jurisprudencialmente la Sala de lo Contencioso-Administrativo sigue la estrecha senda de recoger y reconocer- conforme al desfasado objeto de la acción contencioso-administrativa contenido en los añejos lineamientos de una Ley pre-constitucional y que no responde efectivamente ya a las necesidades de los administrados- como única medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto. Así establece: “En el proceso Contencioso-Administrativo salvadoreño, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) recoge como única medida cautelar típica la “suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado” (art. 16). Según esta norma, la suspensión del acto se encuentra condicionada a los siguientes requisitos: 1.) la previsibilidad de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación por la sentencia definitiva; y 2.) que la adopción de la suspensión no produzca una perturbación a los intereses públicos o sociales” (Interlocutoria del 22/VI/2005, referencia 88-T-2004).

“Corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, cuando dichos actos produzcan a los administrados violación a sus derechos o intereses legítimos, contenidos en leyes administrativas o disposiciones de rango inferior a la ley (Sentencia Definitiva de Sala de lo Contencioso, Ref. 113-R-99 de 12/02/2003).

Reconocida tácitamente como medio cautelar “típico” y único, en virtud de su notable naturaleza de impedir la ejecución del acto, es que la Ley carece formalmente de un instituto “pleno” que logre denotar la existencia de una efectiva tutela cautelar dentro del proceso Contencioso-administrativo que permita al administrado “defenderse” plena e integralmente de la actividad de la Administración Pública, incluso provisionalmente y antes de resolverse el fondo del litigio, esto en razón de la efectiva tutela judicial a que todo ciudadano es merecedor. Cuando se afirma que al administrado se le debe de dotar y facilitar herramientas para defenderse plena e integralmente de las actuaciones o actividades de la administración pública, y ya no solamente limitado a defenderse de las posibles ilegalidades que pueda revestir el acto administrativo por medio de la suspensión de la ejecución del acto- como “típica” medida cautelar-, dicha afirmación debe dirigirse a que ya no es posible que la Sala de lo Contencioso mantenga el criterio de no ampliación y aplicación de medios precautorios para otras actividades de la administración distintas al acto administrativo.

Es así que, en los supuestos en los cuales el administrado sea afectado en su esfera jurídica por la actuación administrativa que consista en la denegación presunta, vías de hecho o actos que se pronuncien en aplicación de una disposición general, el medio cautelar o precautorio único en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es idóneo para otorgar, por parte del Órgano Jurisdiccional, una debida tutela cautelar que resguarde la efectividad de una posible sentencia favorable al administrado al incoar la acción contencioso-administrativa, ya que en la mayoría de ocasiones lo que procedería sería el dictado de medidas positivas, a las cuales nuestros Magistrados de lo Contencioso-Administrativo se encuentran aún renuentes a acoger como un criterio de amplitud de la tutela cautelar- basados en que no lo permite la actual Ley por no regularlo- u otro tipo de medios precautorios en razón de la naturaleza de la actividad administrativa que se pretenda impugnar.

Es entonces que el margen de maniobra que le otorga la actual Ley al administrado para hacerle frente al poder de la Administración Pública es extremadamente limitado en razón de los medios cautelares disponibles para una efectiva tutela cautelar, y por ende, de una efectiva tutela judicial al momento de hacer ejecutar lo resuelto, ya que la sentencia no debe ser un mero pronunciamiento, sino que debe ser efectivamente llevada a su pertinente ejecución.

El reconocimiento de la necesidad que la Sala de lo Contencioso-Administrativo debe ampliar criterios para una efectiva tutela judicial y cautelar,

verdaderamente amplia y no restringida,- guareciéndose hasta la fecha bajo el sacrosanto “principio legalista” de no proceder si la Ley no regula tal o cual actividad o inactividad administrativa pretendida a impugnar, o tal o cual medida cautelar solicitada para resguardar equilibrio procesal y efectividad de la eventual sentencia favorable- es una necesidad manifiesta, ya que la realidad socio-jurídica (relaciones administrado-Administración) de tres lustros a la actualidad, han cobrado más protagonismo, y por ende la tutela judicial del administrado en sede Contencioso-Administrativo debe también revestir y contemplar un universo más amplio de las actuaciones de la Administración sujetas a control jurisdiccional (ya no solamente el carácter revisor de la legalidad de los actos administrativos), como también, más y mejores medios de defensa (precautorios o provisionales) ante esas actuaciones de la Administración Pública, lo que impone el reconocimiento de un sistema de medidas precautorias adecuadas a la naturaleza y a la finalidad de la pretensión que se espere hace valer en el proceso.

La Sala de lo Constitucional, en su sentencia 9-II-99, expresa “ De modo que, estima este Tribunal, sí a través del Proceso Contencioso-Administrativo se logra obtener el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Pública, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, debe evitar hacer interpretaciones restrictivas de su respectiva ley, y más bien buscar la manera de llenar los vacíos legales que eventualmente se puedan suscitar, a través de una concreción jurisprudencial, encaminada a determinar el contenido de cada

concepto jurídico indeterminado o abierto utilizado en la ley, sin que ello signifique que se esté invadiendo facultades constitucionalmente atribuidas al Órgano Legislativo”. De dicha sentencia se desprende la clara intención, aunque también limitada, por parte de la Sala de lo Constitucional, de que de la Sala de lo Contencioso-Administrativo deba emanar una interpretación evolutiva -enmarcada en su jurisprudencia y que hasta hoy en día es claramente deficiente- de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y que, a criterio personal, no deba limitarse a una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados o abiertos y llenar vacíos legales que no sean relevantes (relevante sería el hecho de una fehaciente ampliación del objeto de conocimiento de otras actividades de la Administración sujetas a control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para no dar cabida ya a reductos inmunes de la Administración Pública cuando su actividad afecte flagrantemente al administrado, e impidiendo así la realización de una tutela judicial efectiva), así mismo, puede también afirmarse que la notable inexistencia de instrumentos cautelares y la existencia de normas limitantes a la aplicación de la “típica” medida cautelar, (siendo el caso de la parte final del artículo 16 LJCA, al establecer que sólo procede la suspensión de la ejecución del acto respecto a actos que produzcan efectos positivos) denotan que, existiendo ese campo fértil para un criterio de amplitud de la tutela cautelar, la voluntad de la Sala de lo Contencioso parece, hasta hoy en día, anclada en vastos criterios restrictivos y enervada en potenciar y efectivizar la obligación de

prestar una protección jurisdiccional “integral” a los administrados, asegurando la idónea tutela judicial y efectividad de la decisión jurisdiccional, por los adecuados medios cautelares para cada caso en concreto.

Los criterios empleados en la actualidad por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que limitan o restringen una posible interpretación evolutiva en materia cautelar, en el caso de una solicitud en la que se pide a la Sala de lo Contencioso-administrativo dicte una medida de carácter positivo, se puede ver reflejada en la sentencia 130-R-2000, en la que la Sala expresa (citada): “Recibido dicho informe, se resolvió que no procedía la suspensión de los efectos del acto, ya que lo que la demandante había solicitado a este tribunal era una "medida cautelar de carácter positivo", con la cual se le permitiera realizar provisionalmente la conexión de agua en los términos que solicitó a la Administración. Sobre ello la Sala expuso que nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, la cual tiene carácter negativo, ya que con ella el tribunal únicamente puede ordenar a la Administración que "suspenda" un hacer; que el caso de autos, se solicita por el contrario que se le ordene a la Administración que permita realizar una conexión en determinados términos, medida positiva cuya adopción no ha sido regulada en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”(Sentencia Definitiva Ref. 130-R-2000 del 30-08-2002). Es notable, en los términos expresados por la Sala, el categórico rechazo e

imposibilidad de adoptar una medida cautelar positiva en pro de la tutela efectiva del administrado, bajo el intolerable argumento de que si “no ha sido regulada en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” no puede, por tanto, ser adoptada. Entonces habrá que preguntarse, ¿en donde queda el propósito renovador de llevar al estrado Contencioso-Administrativo una interpretación actualizada y/o evolutiva de todos los componentes de la actual Ley en beneficio de una efectiva tutela judicial?

En la Jurisdicción Contencioso-Administrativo es ineludiblemente necesario que se genere un plus evolutivo en la interpretación de su Ley, basado en una concreción jurisprudencial que recoja la aplicación del derecho de Acceso a la Jurisdicción¹⁰³ y Protección Jurisdiccional¹⁰⁴ en el primero de

¹⁰³ Citando Sentencia en el proceso de amparo del 09/02/1999. Ref. 384-97 “Entre los aspectos esenciales que comprende el derecho al acceso a la jurisdicción podemos señalar: a) el libre acceso al órgano judicial -entiéndase tribunales unipersonales o colegiados-, siempre y cuando se haga por las vías legalmente establecidas; b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; c) que en el proceso, se conceda a las parte la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que desde su propia posición, puedan defender sus derechos; y d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla”.

¹⁰⁴ Citando Sentencia Definitiva Sala de lo Contencioso, Ref. 51-F-2001, del 28/07/2003 “El derecho a la protección jurisdiccional se ha instaurado en el art. 2 de la Carta Magna "con la esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y

esos derechos, concerniente en el aspecto al cumplimiento efectivo del fallo obtenido, sin instrumento cautelares adecuados que aseguren la eficacia de la resolución, tal derecho de acceso a la jurisdicción se ve afectado en su practicidad, es por ello que se afirma que no hay una efectiva tutela judicial sin una adecuada tutela cautelar; y en el segundo, a la obligación de prestar una protección jurisdiccional “integral” al administrado cuando, ante actos de la Administración, se vea vulnerado en sus derechos e intereses legítimos, y, a la hora de hacer efectiva una eventual sentencia estimatoria-tras el largo y tortuoso lapso que transcurre hasta recaer el pronunciamiento judicial firme-, su derecho no se vea burlado e imposibilitado de concretarse por falta de una imperiosa tutela cautelar que le asegure la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso.

Los pronunciamiento sobre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo

estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

Tal derecho viene a reconocer de manera expresa la posibilidad que tiene toda persona de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier reclamo tendente al establecimiento de alguna vulneración a una categoría fundamental. Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado Salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos”.

Constitucional, son visiblemente escasos, y no recurrentes cuando lo ameritaría en ciertos casos, así la Sala de lo Constitucional, en Sentencia definitiva de amparo, Ref. 737-2001, del 4/06/2002 establece, al aplicar fundamentos doctrinarios sobre la naturaleza, procedencia, etc., de las medidas cautelares, establece en el séptimo párrafo del Considerando II lo siguiente: “Desde una perspectiva constitucional, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Bien es cierto que, a este respecto, existen importantes diferencias según la clase de proceso, pues mientras el tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal importa más a la libertad personal y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, en los procesos no penales el aspecto más relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva.”

Dicha consideración, por parte de la Sala de lo Constitucional, reconoce y reviste al instituto de la Tutela Cautelar como un derecho inserto dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que tal consideración no se entiende limitada a un proceso de amparo-cual ha sido el caso-, un proceso penal, etc., sino que es amplia a todo proceso, y el aspecto de la faceta cautelar a considerar por el juzgador será en razón y aplicación de la tutela judicial efectiva.

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el derecho a la Tutela Cautelar- sea como derecho subjetivo autónomo o como derivación del de Tutela Judicial Efectiva-, entendidos como se han venido desarrollando, desde el punto de

vista doctrinario y del derecho comparado que los reconoce “expresamente” como derechos subjetivos dentro de sus Cartas Fundamentales; en El Salvador no son reconocidos expresamente como tales dentro del ordenamiento positivo¹⁰⁵, y es que dichos conceptos han sido precariamente desarrollados - en especial la Tutela Cautelar como una derivación de la tutela judicial efectiva-, por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya que no hacen énfasis en delimitar, de forma inequívoca, el contenido y comprensión de estos institutos, aunque son homologables y/o

¹⁰⁵ Así, en Sentencia de Habeas corpus del 14/12/1998, Ref. 442-98/52798ac., señala la Sala de lo Constitucional: “Ha señalado la Sala de lo Constitucional que la terminología “Tutela Judicial Efectiva”, se encuentra regulada como un derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución española, la cual, según Joan Picó i Junoy en su obra “Las garantías constitucionales del proceso”, tiene, en palabras del Tribunal Constitucional Español un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto; en El Salvador, no encontramos una disposición constitucional que se refiera expresamente a la tutela judicial efectiva, puesto que, como ya se dijo, es un derecho fundamental propio del sistema jurídico español, sin embargo en nuestro país, puede existir un proceso constitucionalmente configurado, el cual tenga como fundamento la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos en la norma fundamental, tales como la presunción de inocencia, juicio previo, derecho de audiencia, etc., dentro de los cuales encontramos aspectos tales como los señalados por el Tribunal constitucional español. (Sentencia Habeas Corpus, Ref. 442-98/52798ac.)

integrantes al derecho al Acceso a la Jurisdicción¹⁰⁶, al derecho a la Protección Jurisdiccional¹⁰⁷, a la garantía de la ejecución de la sentencia y al Debido

¹⁰⁶ “Entre los aspectos esenciales que comprende el derecho al acceso a la jurisdicción podemos señalar: a) el libre acceso al órgano judicial -entiéndase tribunales unipersonales o colegiados, siempre y cuando se haga por las vías legalmente establecidas; b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; c) que en el proceso, se conceda a las parte la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que desde su propia posición, puedan defender sus derechos; y d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla.”(Sentencia Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo, Ref. 384-97, del 09/02/1999.)

¹⁰⁷ El principio de acceso a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.

A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003.

Proceso¹⁰⁸. Así la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia definitiva, Ref. 70-M-94, del 26/06/1998, establece: “la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuere cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende no sólo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada en derecho, sino, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto.” De forma expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo reconoce la existencia de dicho derecho, contenedor de otros derechos como el de acceder a los órganos jurisdiccionales, el de obtener una sentencia que resuelva la controversia, y a la ejecución y efectividad de dicha sentencia-este último componente es el que se conoce como la efectividad de la tutela judicial- y es en ese contexto que la tutela cautelar debe ser un instrumento de la tutela judicial efectiva, en tanto contribuye a su consecución, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico, sino también en el plano fáctico, y eso se logrará precisamente a través de una

¹⁰⁸ El debido proceso --*due process*, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento--, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva (artículos 8 y 25 de la Convención Americana). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SENTENCIA DE 07 DE SEPTIEMBRE DE 2004, CASO TIBI VS. ECUADOR.

idónea medida cautelar, que se constituya en el instrumento por excelencia para darle eficacia a la decisión final del proceso.

Es así que, la actual insuficiencia normativa de las medidas cautelares en el Contencioso-Administrativo salvadoreño, pone en tela de juicio la eficacia de la función jurisdiccional en esta materia, y coloca en ostensible riesgo la concreción de derechos fundamentales como lo es el de Acceso a la Jurisdicción y el derecho a la efectividad de la tutela judicial, cuyo contenido esencial comprende, como ya se mencionó, el de alcanzar la oportuna y total ejecución de la sentencia¹⁰⁹.

Cabe también traer a colación, con respecto a procurar la efectividad de la sentencia, lo establecido en el artículo 172 de la Constitución, en cuanto que la potestad jurisdiccional comprende dos funciones: la de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado. Y ocurre, entonces, que esas funciones no se cumplen instantáneamente, sino que se requiere la previa tramitación de un proceso

¹⁰⁹ El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003, CASO MYRNA MACK CHANG VS. GUATEMALA.

cuya misma existencia, al margen de su mayor o menor duración, puede ocasionar dificultades para la efectividad de la sentencia que se dicte. A evitar ese resultado y, principalmente, para asegurar que la sentencie sea plenamente efectiva se encaminan las medidas cautelares. A su vez, el instituto de la tutela cautelar dentro del Contencioso-Administrativo salvadoreño no cumple con la finalidad para la cual ha sido ideada y evolutivamente desarrollada por la doctrina y ordenamientos Contencioso-administrativos foráneos, esto, por su misma situación incipiente de la que la ha revestido, tanto el legislador nacional -al decretar una Ley que, en su momento fue un hito, pero con el devenir del tiempo su objeto de control (revisor de la legalidad de actos administrativos solamente) ya no responde a la realidad-¹¹⁰, como el aplicador de la actual Ley -

¹¹⁰ Afirmación de ello es la fecha de su nacimiento formal en el país, bajo decreto número 81 de fecha 14-11-1978, es decir, hace casi treinta años; pero más relevante aún, y es donde se denota el manifiesto desfase de la norma sustantiva contenida en dicho decreto, en razón al ordenamiento foráneo del cual se tomó su contenido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española del 27-12-1956, es decir, que nuestra jurisdicción está regida por un conjunto de normas, en lo sustancial, que datan de hace más de cincuenta años, una realidad totalmente diferente, aunque con características propias, a la que exigen hoy las relaciones administrado-Administración que se suscitan en nuestro país, siempre con la conocida desventaja para el administrado en virtud de las prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública.

que mantiene criterios limitadores a una tutela judicial efectiva¹¹¹, así lo deja entrever jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la

¹¹¹ Ejemplo de ello es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la Sentencia Definitiva Ref. 134-M-97, del 28/10/1998, en la que se expresa: “Que la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye una jurisdicción especial, es decir referida al conocimiento de una materia especializada, cual es el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Que **no son susceptibles de impugnación ante la Sala, tanto las denominadas materias ajenas, como las materias excluidas**, la primera categoría de actos comprende aquellas materias que por su propio tenor no corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir **actuaciones de la Administración Pública que no constituyen actos administrativos**, y la segunda de ellas en cambio, se refiere a aquellas actuaciones que aún siendo propiamente administrativas, es decir actuaciones que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por determinados motivos se han apartado y excluido expresamente del conocimiento de este Tribunal. Que el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, además de hacer referencia a una serie de materias ajenas a esta jurisdicción, enumera también actuaciones propiamente administrativas que se excluyen de control, las cuales constituyen recortes asistemáticos a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza a un ámbito jurisdiccional diferente. Las exclusiones de esta índole, para el caso la relativa al Consejo Superior de Salud Pública, dejan fuera de la revisión jurisdiccional creada especialmente para la revisión de actos administrativos, una materia eminentemente administrativa, con lo cual convierten la revisión de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de los Tribunales, **situación que contraría la tutela judicial efectiva**. Se reiteró que **en un Estado de Derecho, no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados**

Sentencia Definitiva Ref. 134-M-97, del 28/10/1998, en la que expresa las “materias ajenas” a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- que aun siendo actividades administrativas que, eventualmente, puedan incidir negativamente en la esfera del administrado (ejemplo de ello sería la vía de hecho) dejan a la deriva una tutela judicial y protección jurisdiccional inherente al administrado y que es obligación del órgano Jurisdiccional prestarla- y las “materias excluidas”, en las cuales, lo relevante en la sentencia sobre estas últimas materias excluidas, es que deja sin efecto la prohibición de conocer sobre los actos del Consejo Superior de Salud Pública (artículo 4, literal d), Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), en razón que se violenta y se contraría la “Tutela Judicial Efectiva”, soy del criterio que, con ese mismo basamento la Sala debió y debe dejar de lado las materias “ajenas”, que siendo de naturaleza administrativa, no permiten que sean controladas jurisdiccionalmente, creando así campos de manifiesta impunidad en detrimento de los derechos de los administrados.

defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alejadas de la ley, por lo cual se sostiene que es este Tribunal el competente para conocer de las actuaciones del referido Consejo.” (Subrayado y negritas son mías).

3.3.2 Procedencia y Función de la limitada Tutela Cautelar en el Contencioso-Administrativo salvadoreño.

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 administrativo y su demás actividad pueda someterse al control judicial.

La positivización de un sistema de medidas cautelares viene a compensar, a favor del derecho fundamental de Tutela Judicial Efectiva, el peligro de la ejecutividad de los actos administrativos, que supone una ventaja posicional para los administrados.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa manifiesta que únicamente se pueden suspender los actos administrativos que produzcan ó puedan producir efectos positivos, entendiendo por efectos positivos a todos aquellos necesarios para la ejecución del acto administrativo, y que además generan una modificación sobre la esfera jurídica del administrado, ya sea: extinguiendo ó generando un derecho, extinguiendo ó generado una situación jurídica favorable ó desfavorable, así lo ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo en reiterada jurisprudencia¹¹². Así mismo, esta ha considerado en Sentencia Interlocutoria, Ref.88-T-2004, del 22-06-2005, que la “Función de la Tutela Cautelar consiste en evitar que posibles daños y perjuicios, derivados de la duración del proceso, puedan convertirse en realidad, de modo que hagan

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia Interlocutoria, Ref. 184-S-2004 del 25-08-2004.

perder la efectividad de la sentencia definitiva. En el Proceso Contencioso-Administrativo salvadoreño, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recoge como medida cautelar típica la Suspensión de los Efectos del Acto Impugnado, (artículo 16). Según esta norma, la suspensión del acto se encuentra condicionada a los siguientes requisitos: 1) la previsibilidad de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación por la sentencia definitiva; y 2) que la adopción de la suspensión no produzca una perturbación a los intereses públicos o sociales”. La Sala ha entendido que: “El artículo 17 LJCA impone, como criterio fundamental, que será procedente ordenar la suspensión “cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”. Por último, a pesar de que concudiesen tales requisitos, según el artículo 18 LJCA, la suspensión no será otorgada “si al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave al orden público”. Por tanto, de acuerdo con la Ley, son tres los requisitos o presupuestos que deben examinarse para determinar si procede otorgar o denegar la suspensión: a) que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia; b) que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pudiera ocasionar un peligro al orden público; y, c) que sea un acto capaz de producir efectos positivos. Según se deriva del artículo del inciso primero del citado artículo 16, la suspensión podrá ser decretada en el mismo auto de admisión. Lo anterior conlleva a que, para que la medida pueda ser resuelta en el auto de admisión,

el examen de los presupuestos antes mencionados deba efectuarse, por regla general, a partir de la propia naturaleza del acto impugnado y de los preceptos de la demanda. Sin embargo, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16 no tiene un carácter preceptivo, de ahí que no existe ningún impedimento para aplazar, cuando así lo estime conveniente la Sala, la resolución de la medida cautelar de suspensión. En efecto, este aplazamiento puede darse cuando, de la forma antes indicada, no se puedan obtener los elementos suficientes para determinar el daño irreparable ó de difícil reparación que la ejecución del acto podría producir ó, en su caso, el perjuicio que el otorgamiento de la suspensión podría provocar a un evidente interés social. En este caso, la decisión cautelar será diferida, y, a efecto de obtener los elementos de juicio necesarios, el Tribunal podrá requerir la intervención de cualquiera de las partes para que se pronuncie sobre alguno de los extremos que determinan la procedencia ó no de la suspensión”¹¹³. En el Proceso Contencioso Administrativo salvadoreño, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) recoge como única medida cautelar típica la “Suspensión del Acto Administrativo Impugnado”, regulada en el Capítulo III, a partir del artículo 16 hasta el artículo 23. Según estos artículos, específicamente los artículos 16, 17 y 18, la Suspensión del acto se encuentra condicionada a los siguientes requisitos: 1). La previsibilidad

¹¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia Interlocutoria, Ref116-2005 del 31-08-2005.

de daños y perjuicios de imposible ó de difícil reparación por la sentencia definitiva; 2). Que la adopción de la suspensión no produzca un perturbación a los intereses públicos y sociales y, 3). Que sea un acto que sea capaz de producir efectos positivos. Así mismo, nuestra Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, sólo admite la aplicación de la referida medida cautelar sólo ante Actos Administrativos que produzcan efectos positivos, dejando de lado una serie de Actividades e Inactividades, privándole al administrado que pueda acceder a una tutela judicial efectiva cuando esté frente a actividades ó inactividades que nada tienen que ver con un acto administrativo. El acto administrativo es “una declaración de voluntad, de conocimiento, deseo ó juicio, emanado por un sujeto de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa”¹¹⁴. Esta definición ha sido acogida y adecuadamente completada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵. Pues bien, nuestra legislación únicamente

¹¹⁴ ZANOBINI, G.: “Corso di Diritto Administrativo”, Giuffrè, Milano, 1950, pág. 245.

¹¹⁵ En un pronunciamiento especialmente dirigido a distinguir el Acto Administrativo de las actuaciones materiales que lleva a cabo la Administración; se trata de la SCSJ (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 24/2/93 Ref. (283-D), en la que se dice: “La Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa, exterioriza su voluntad a través de actividades jurídicas, en declaraciones de voluntad destinadas a surtir efectos jurídicos; y actividad material, en realizaciones ó ejecuciones de operaciones materiales. De ahí que la actividad de la Administración se materializa ó canaliza en acto jurídicos (declaraciones de voluntad) y hechos jurídicos (operaciones materiales). Los actos jurídicos son declaraciones de voluntad, conocimiento ú opinión, destinados a producir efectos jurídicos, es decir, el nacimiento,

reconoce como medida cautelar la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la Administración Pública que denieguen las solicitudes de los administrados ó prohíban el desarrollo de alguna actividad. Si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico derivado de un retraso en la decisión judicial definitiva, el panorama es desolador en el proceso contencioso administrativo salvadoreño, ya que en él la única forma de hacer eficaz la Tutela Cautelar Judicial es a través de la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo, regulada además en términos muy restrictivos. La ausencia de otras medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo salvadoreño, trae como consecuencia el incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizarles a los ciudadanos el cumplimiento de los efectos de las sentencias, pues tal es el alcance del principio de la Tutela Judicial Efectiva, ya que el mismo abarca no solamente el derecho a la Jurisdicción y el Debido proceso, sino que se extiende a la eficacia de las decisiones judiciales. Por ello, la Ley debe facilitarle al ciudadano las medidas cautelares que le aseguren los efectos de la sentencia, para que sus intereses no se vean burlados después de un proceso dispendioso y dilatado, de manera que cuando el conflicto con el Estado sea

modificación ó extinción de derechos y obligaciones; y abarcan todas las manifestaciones de voluntad administrativa, cualesquiera que sean sus formas ó sus efectos.

finalmente resuelto a través de una sentencia, esta todavía tenga vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios.

Como se ha dicho, la institución de la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo se muestra insuficiente para satisfacer plenamente el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, pues la misma carece de eficacia respecto de actos de limitación negativos, ni cuando lo que se pretende de la Administración Pública es una actuación positiva, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho –aunque en casos “muy excepcionales” podría la Sala dictar ante uno de estos supuestos la suspensión, pero actualmente nada se ha dicho a través de su jurisprudencia-, por lo cual se requiere como solución la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier actividad ó inactividad de la administración.

En tal virtud, la necesidad de arbitrar medidas que proporcionen una protección adecuada al titular del derecho reclamado judicialmente y aseguren la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, hace que la Tutela Cautelar se imponga como un mecanismo idóneo para satisfacer plenamente el Derecho obtener una Tutela Judicial Efectiva, y por lo tanto el legislador está en el deber de proporcionar esas medidas para evitar la indefensión de los administrados cuando se enfrentan a actos de la Administración Pública que les han negado una petición ó prohibido una actividad.

Capítulo IV

“Tratamiento de la Tutela Cautelar como parte Integrante de la Tutela Judicial en el Derecho Comparado”.

Medidas Cautelares en el Derecho Europeo.

4.1 Francia.

Tradicionalmente mirada con desconfianza e, incluso, frontalmente resistida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto significaba atentar contra el carácter inmediatamente ejecutorio del acto administrativo-elevado a la categoría de “principio fundamental del derecho público” en el arrêt “Huglo”, del 2-7-1982- y desconocer la prohibición de diriger injonctions contra la Administración Pública, la posibilidad de que los tribunales dispusieran la suspensión de las decisiones administrativas, con anterioridad al examen sobre su legalidad ha resultado, hasta hace algunas décadas, una alternativa escasamente empleada en Francia. Previsto originariamente con relación a los litigios promovidos ante el Consejo de Estado, tribunal de instancia única, durante muchos años, para juzgar las controversias entre los particulares y la Administración, el sursis á exécution fue extendido a los Tribunales administrativos- y luego a las Cortes Administrativas de Apelación- por el decreto del 30-11-1953. En la actualidad, la suspensión cautelar de los actos

administrativos es posible en el marco del denominado référé suspensión, proceso de carácter sumarísimo incorporado al contencioso-administrativo francés por la reforma del 30-6-2000.

4.1.1 El Sursis Á Exécution.

Concepto.

La suspensión de la ejecución del acto administrativo es la excepción a la regla- vigente en el ordenamiento jurídico galo- del carácter no suspensivo del recurso contencioso-administrativo. Este principio, enunciado ya en el art.3 decreto del 22-7-1806- con relación a la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado-, ha sido reafirmado desde entonces en las distintas regulaciones procesales sucedidas en Francia hasta la actualidad. Expresamente previsto en el art. R.118, CTA-CCA, de acuerdo con el cual: “El recurso ante el Tribunal Administrativo no tiene efectos suspensivos, salvo que el Tribunal disponga otra cosa”, el principio del carácter no suspensivo de los recursos ha sido mantenido por el art. L4, nuevo CJA. El sursis á exécution es una medida cautelar de carácter específicamente conservatorio, destinada a paralizar total o parcialmente los efectos de una decisión administrativa impugnada por medio de un recurso contencioso-administrativo, a la espera del juzgamiento de fondo a dictarse sobre su legalidad. En principio, se trata de un mecanismo de

carácter excepcional, en tanto obstaculiza una decisión que goza de la presunción de legitimidad.

Carácter accesorio de la suspensión.

Se trata de una medida cautelar accesoria del recurso contencioso-administrativo de anulación, que debe promoverse ante el tribunal administrativo competente para conocer sobre el fondo del asunto. La procedencia de la suspensión se encuentra condicionada a la previa existencia de un acto administrativo directamente ejecutorio. La demanda de sursis á exécution, como su propio concepto lo expresa, debe tener por objeto la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa, que podrá ser expresa o implícita e, incluso, presunta, pero que no debe haberse ejecutado al deducirse la pretensión cautelar. En efecto, sin la existencia de un acto administrativo que deba ejecutarse- o que se halle en curso de ejecución-, la demanda destinada a obtener la suspensión cautelar de sus efectos estará desprovista de objeto. Ello es lo que sucederá, por ejemplo, cuando la decisión administrativa ha sido enteramente ejecutada por la Administración Pública antes de presentarse la demanda cautelar o durante el desarrollo de la instancia judicial.

Carácter Excepcional de la Suspensión. Las Razones Históricas del Principio. Criterio del Consejo de Estado.

De acuerdo con la concepción francesa del acto administrativo, la suspensión constituye un procedimiento extraordinario, ultima ratio del ordenamiento jurídico, al obstaculizar el poder de acción de la administración pública, cuyas decisiones gozan de presunción de legitimidad (conformité au droit) y fuerza ejecutoria. De ahí el carácter de “excepcional” con que la jurisprudencia ha considerado, tradicionalmente desde antiguo, las demandas de sursis á exécution. En este aspecto, la opinión dominante entre los autores franceses es que el régimen de la suspensión cautelar del acto administrativo-elaborado a lo largo de casi dos siglos por la praxis jurisprudencial del Consejo de Estado resultaba demasiado riguroso y que su interpretación estricta constituía un resabio del histórico temor a comprometer la acción de los órganos administrativos.

4.1.2 El Référé Suspensión.

La reforma del Contencioso-Administrativo francés por la Ley del 30-6-2000.

La ley del 30-6-2000 ha significado la supresión del clásico proceso del susrcis á exécution, y su reemplazo por un nuevo mecanismo que se presenta como una variante particular de référé admistratif.

El cambio más significativo del nuevo régimen cautelar consiste en la atribución a un juez único (denominado *juge des référés*) de mayores poderes de suspensión de los actos administrativos- lo que resulta visible particularmente en materia de actos negativos (de *refus* o de *rejet*)-, dentro del marco de un proceso abreviado destinado a, fundamentalmente, simplificar las condiciones de otorgamiento de la tutela cautelar y acelerar el desarrollo de la instancia de *référé*s.

No obstante los importantes cambios producidos, resulta evidente que la ley ha conservado la lógica fundamental del *sursis á exécution*, lo que se pone de manifiesto al considerar los siguientes aspectos de la nueva figura cautelar: 1.) El sometimiento al principio del carácter ejecutorio de los actos administrativos; 2.) La naturaleza accesoria de la demanda de suspensión; 3.) La vinculación de la medida cautelar a la existencia de determinadas condiciones de fondo. La posibilidad de disponer la suspensión de una decisión negativa se encuentra ahora expresamente prevista en el art. L.521-1, CJA, de acuerdo con el texto introducido por la reforma de la ley del 30-6-2000.

Con arreglo a la citada norma procesal, cuando una decisión administrativa, incluso denegatoria, sea objeto de una demanda de anulación, el juez de *référé*s podrá ordenar la suspensión de su ejecución- incluso parcialmente- cuando la urgencia lo justifique y exista un estado de hecho susceptible de crear una “duda seria” en cuanto a la legalidad de la decisión impugnada. Con la entrada en vigor del nuevo Código de Justicia

Administrativa, la demanda de référé suspensión es perfectamente admisible con relación a los actos negativos.

4.1.3 El Refere Administratif

El (référé administrativo), consistente en un procedimiento por medio del cual se adopta, a petición del interesado, cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y que exista un asunto en litigio, así aún no haya sido presentada demanda; en todo caso, con la medida no puede obstaculizarse la ejecución de un acto administrativo, pues para ello existe la suspensión provisional, (surcis à exécution).

4.2 España.

4.2.1 El principio del efecto no suspensivo del recurso contencioso-administrativo.

Al igual que sucede en Francia, la regla general en el derecho español es que los recursos administrativos y judiciales no suspenden- salvo disposición expresa en contrario- la ejecución del acto administrativo impugnado. El fundamento que sostiene el principio del efecto no suspensivo de los recursos es evitar que la actividad de la Administración Pública, encaminada a la

inmediata satisfacción de los intereses generales de la comunidad (art.103 Cn España), resulte, en los hechos, paralizada por la simple oposición de los particulares. No obstante, el ordenamiento jurídico atribuye a quien resulta afectado por un comportamiento estatal, el derecho a solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo y, en ciertos supuestos, la posibilidad de obtener una condena provisional contra la administración pública para que suspenda la ejecución de un acto administrativo o realice determinada actividad. El paradigma de esta nueva forma de interpretar la materia cautelar, es el célebre auto del 20-12-1990, al que seguirán otros pronunciamientos de similar importancia, en los cuales la base para el otorgamiento de las medidas cautelares- y no ya exclusivamente la suspensión de los efectos del acto administrativo- contra la Administración Pública, se amplía considerablemente con la aplicación de la doctrina de la apariencia del buen derecho y otros principios semejantes. Forzando una “reinterpretación” de la tutela cautelar para hacerla compatible con el postulado de la tutela judicial efectiva y la interdicción de toda forma de indefensión-según la conocida fórmula del art. 24.1 Cn española-, el auto del Tribunal Constitucional del 17-1-1991 expresa- de manera que no deja ya lugar a dudas sobre el deber de los jueces administrativos de acordar medidas cautelares siempre que peligre la satisfacción plena de los derecho e intereses legítimos- que “ha de configurarse como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a una tutela cautelar por fuerza del principio de derecho que se resume

en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.” En esas condiciones, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constituirá un elemento de fundamental importancia en el proceso de constitucionalización de la tutela cautelar, llevado a cabo en España en las últimas décadas, hoy en día definitivamente consolidada.

4.2.2 El nuevo panorama a partir de la sanción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, del 13-7-1998.

A diferencia del panorama existente bajo la vigencia del ordenamiento procesal de 1956, fuertemente criticado en este aspecto por su inadecuación a los postulados de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 Cn de 1978, la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa española permite el dictado de medidas cautelares contra actos denegatorios en el marco del art. 130.1, relativo a la tutela cautelar en los procesos contra actos administrativos y disposiciones reglamentarias. Dado que la pretensión contenida en el recurso no se circunscribe a pedir la anulación de la decisión denegatoria, sino que persigue además que se condene a la administración pública a realizar la actuación requerida, la tutela cautelar en estos casos exigirá trascender la clásica suspensión del acto y garantizar la anticipación de la tutela del derecho a través de la correspondiente medida positiva- mientras se sustancia el proceso principal. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio del derecho

español que prohíbe a los jueces resolver, en vía cautelar, la cuestión de fondo, ¿cuál es el alcance de la medida positiva a dictarse en estos casos? ¿puede la medida provisional dejar resuelto definitivamente el derecho reclamado en el recurso contencioso-administrativo?. Sobre la base del margen de apreciación amplio que la ley jurisdiccional acuerda a los jueces administrativos para disponer las medidas cautelares que, de acuerdo con las circunstancias presentes en cada caso concreto, fuesen necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia y el mantenimiento de la finalidad legítima del recurso (art.129.1), la doctrina más caracterizada ha postulado- como criterio de interpretación válido en este ámbito del obrar administrativo- la procedencia de medidas positivas de carácter anticipatorio, por medio de las cuales podrá condenarse a la Administración Pública a otorgar el acto o prestación denegados, en principio, en forma provisional y reversible en cualquier momento.

4.2.3 Medidas Positivas contra la Inactividad Administrativa.

El abandono del criterio tradicional contrario al control judicial de la inactividad.

La posibilidad de que los particulares acudieran a los órganos judiciales para vencer la pasividad o indolencia de la administración Pública era tradicionalmente resistida por la doctrina y jurisprudencia española, sobre la base del dogma revisor atribuido a la jurisdicción Contencioso-administrativa. El

legislador de 1998 ha consagrado la ruptura con la vieja concepción revisora del proceso contencioso-administrativo, mediante el simple mecanismo-expresado de manera elocuente en su Exposición de Motivos- de “abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

La nueva ley establece una presunción favorable al dictado de las medidas cautelares contra la inactividad administrativa y las vías de hecho. En este ámbito del control judicial de la Administración Pública, la tutela cautelar puede asumir dos modalidades diferentes, según el tipo de inactividad administrativa impugnada: material o formal.

Analizaremos cada una de ambas instituciones por separado, poniendo de relieve las condiciones que habilitan el dictado de las medidas precautorias.

4.2.3.1 Inactividad Material.

En este supuesto, la naturaleza del objeto del recurso contencioso-administrativo, necesariamente exigirá adoptar medidas cautelares positivas que condenen provisionalmente a la Administración a realizar u otorgar la prestación material omitida en tanto se sustancia el proceso. Como regla general, la posibilidad de anticipar en sede cautelar el contenido de una eventual sentencia condenatoria es admitida en el supuesto de actuaciones regladas y siempre que la naturaleza de la prestación omitida pueda ser

otorgada en forma provisional o, lo que es lo mismo, cuando ésta pueda revertirse en el supuesto de que la sentencia de fondo no acoja finalmente el recurso.

4.2.3.2 Inactividad Formal.

En el caso de inejecución de actos administrativos firmes, la medida cautelar está dirigida a anticipar el contenido de la eventual sentencia de condena, imponiendo a la administración la ejecución provisional de la decisión invocada en el recurso contencioso-administrativo. Así, por ejemplo, si el incumplimiento consiste en la omisión de ejecutar un acto que reconoce una deuda a favor del peticionante, la tutela cautelar impondrá la provisión anticipada de la suma de dinero reconocida por la Administración. El límite de la potestad jurisdiccional será siempre, como principio, la naturaleza reversible de la medida cautelar anticipatorio.

4.2.4 Medidas Positivas contra Actuaciones Materiales constitutivas de Vía de Hecho.

La necesidad de un acto administrativo expreso y la nueva interpretación del tribunal Constitucional.

La posibilidad de que los jueces ejerzan el control judicial de las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho fue, durante largos años, formalmente resistida por la jurisprudencia española. El argumento

tradicionalmente invocado por el Tribunal supremo consistía en afirmar la ausencia de condición de actos jurídicos susceptibles de residenciarse en sede contencioso-administrativa. La vigencia del criterio restrictivo había conducido a sostener- de manera similar a lo sucedido en Francia- la intervención del juez civil en el control de las vías de hecho, por considerarse que, en tales casos, la Administración se ha despojado de su estatuto privilegiado colocándose, en definitiva, fuera del derecho.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español abandonará dicho criterio en su sentencia del 18-7-1991, al declarar- con carácter de doctrina legal- que en la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al derecho Administrativo” prevista en el art. 1.1 Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa de 1956, no sólo debían considerarse incluidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, sino además, las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho.

4.2.5 Los Principios Fundamentales del Régimen Actual.

Innovando sobre el régimen procesal derogado, la Ley jurisdiccional de 1998 reconoce ahora en forma expresa, como objeto del recurso judicial, a las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que lesionen derechos e intereses legítimos de cualquier clase. En tal sentido, el art. 32.2, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que “ el demandante podrá pretender que se declare contrario a derecho, que se ordene

el cese de dicha actuación y que se adopten en su caso, las demás medidas previstas en el art. 31.2.”.

Estas últimas son aquellas medidas cautelares que resulten adecuadas, en cada caso, para obtener el pleno restablecimiento de una determinada situación jurídica individualizada.

La consagración legislativa del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales que constituyan vías de hecho, ha significado abandonar finalmente la jurisprudencia restrictiva, vigente con anterioridad, de acuerdo con la cual resultaban inimpugnables los comportamientos de facto de la Administración Pública por no revestir la condición de actos administrativos en los términos del art. 1.1, Ley Reguladora de la Jurisdicción de 1956, criterio que había merecido fuertes críticas de la doctrina española y del propio Tribunal Constitucional. A partir de la sanción de la ley 29/1998, debe entenderse que si bien coexisten, en el plano legal, las acciones interdictales y el recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho, son los órganos de la jurisdicción administrativa- como ocurre también en Francia- los que ostentan la competencia universal para entender prioritariamente sobre cualquier actuación material de la Administración. En ese contexto, con arreglo al nuevo esquema procesal, el demandante puede ejercitar tres tipos de pretensiones diferentes:

- 1.) Una pretensión declarativa de nulidad de la actuación material impugnada;
- 2.) Una pretensión de condena encaminada a obtener la cesación de dicha actuación; y
- 3.) Una pretensión de restablecimiento del status quo ante,

ilegalmente alterado por la actuación material objeto del recurso contencioso-administrativo.

En atención al contenido de la pretensión deducida por el actor, las medidas cautelares a adoptarse por el tribunal pueden asumir dos modalidades de diferentes: 1.) La condena a la administración pública a cesar inmediatamente en la actuación material cuestionada, y 2.) Idéntica condena a restablecer provisionalmente las situación jurídica alterada por la vía de hecho. Si bien en ambos casos se trata de medidas positivas, debe repararse que cuando se persigue el cese de una actuación material la tutela cautelar es de carácter propiamente conservativa en tanto, si lo que se pretende es el restablecimiento de la situación inicial modificada por la vía de hecho, la protección cautelar no podrá sino revestir un carácter anticipatorio y provisional.

4.2.6 Medidas Positivas en Recurso contra Disposiciones Generales.

La cuestión en el régimen actual.

La doctrina española se ha interrogado acerca de la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas- en especial, de contenido anticipatorio- en los recursos judiciales deducidos contra una disposición general, tanto cuando se trata de recursos directos como cuando lo impugnado es el acto de aplicación de la norma reglamentaria que resulta, así, indirectamente impugnada.

Para algunos, como el profesor Bacigalupo, la conclusión es que, si los órganos jurisdiccionales no pueden determinar en la sentencia de fondo la forma en que se han de quedar redactados los preceptos anulados de la disposición general impugnada, por oponerse a ello el art. 71.2, tampoco es posible innovar el contenido de los mismos mediante la adopción de una medida cautelar anticipatorio. Esta es la línea que ha seguido invariablemente el Tribunal Supremo, desde antiguo, en el sentido de afirmar- sobre la base de una interpretación que ha de realizarse de modo prudentemente restrictivo- que su misión se limita a examinar la legalidad (formal y material) de la disposición reglamentaria, no siendo competencia suya- por ejemplo- condenar a la Administración Pública a promulgar un decreto con determinado contenido.

Sin embargo, desde una perspectiva diferente, prestigiosos doctrinarios como García de Enterría y Fernández, admiten la posibilidad de sustituir o modificar la disposición general impugnada por una regulación provisional, aunque con efectos limitados sobre el recurrente.

4.2.7 Las Medidas Cautelares Provisionalísimas.

Concepto y ámbito de aplicación.

Al margen de las medidas cautelares susceptibles de ordenarse con arreglo al procedimiento general previsto en el art. 131 y siguientes, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa española contempla la posibilidad de disponer medidas provisionalísimas cuando concurren

circunstancias de especial urgencia que torna aconsejable, a criterio del juez o tribunal, adoptar la medida sin oír a la parte contraria. En tal sentido el art. 135, Ley 29/1998, establece: “el juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria”. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el juez o tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales”.

Las circunstancias de especial urgencia que permiten dictar esta clase de medidas aluden a situaciones de urgencia inminente, excepcional o extraordinaria, en las cuales existe el riesgo que se pueda frustrar los efectos de una eventual resolución favorable de la pretensión cautelar si la medida no es dispuesta inmediatamente. De acuerdo con los artículos 135 y 136, Ley del 13-7-1998, tres son los rasgos fundamentales que caracterizan el régimen de las medidas provisionalísimas en el nuevo ordenamiento jurídico español: En primer lugar, su adopción inaudita parte deudorism -aunque se reconoce cierto carácter contradictorio al instaurarse la audiencia de la parte afectada en el brevísimo plazo de tres días-; En segundo lugar, la posibilidad de disponer el levantamiento o modificación de la medida adoptada; y 3.) En tercer lugar, el

carácter irrecurrible (“no se dará recurso alguno”, dispone el art. 135, Ley 29/1998) de la providencia que dispone la medida provisionalísima.

4.2.7.1 Características generales del procedimiento para la adopción de las Medidas Provisionalísimas.

Como regla general, las medidas provisionalísimas deben solicitarse luego de presentado el recurso contencioso administrativo. Sin embargo, tratándose de los supuestos de los arts. 29 (Inactividad) y 30 (vía de hecho), la ley contempla la posibilidad de que la medida sea solicitada incluso antes de la interposición del recurso (art. 136.2). En tal caso, deberá pedirse su ratificación al interponerse el recurso judicial, lo que habrá de hacerse “inexcusablemente” en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto que acuerda la medida provisionalísima. De acuerdo con el último párrafo del art.136.2, la falta de interposición del recurso provoca la caducidad inmediata de las medidas acordadas, y la parte que la obtuvo debe de indemnizar los daños y perjuicios producidos.

4.3 Alemania

4.3.1 Generalidades.

El sistema alemán de justicia administrativa contempla dos tipos de medidas cautelares: 1.) La suspensión del acto administrativo (aufschiebende

wirkung); 2). La orden provisional (einstweilige anordnung). Mientras que el efecto suspensivo es la medida cautelar anexa a la acción de anulación, la orden provisional lo es respecto de las acciones de condena.

4.3.2 La Suspensión del Acto Administrativo. La regla del efecto suspensivo automático.

El Art. 80.1, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sancionada el 21-1-1960 dispone que el recurso administrativo y la acción contenciosa-administrativa, por la que se pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen, tiene efecto suspensivo. La regla del efecto suspensivo rige también respecto de los actos constitutivos y declarativos de derechos, así como de los actos administrativos mixtos o de doble efecto (art. 80ª, VwGO), que son aquellos que resultan simultáneamente favorables y gravosos para su destinatario. En cambio, la pretensión de anulación de una decisión de alcance general o reglamentaria no tiene efectos suspensivos “erga omnes”, sino exclusivamente con relación a la persona del demandante.

Se ha destacado la vertiente Constitucional del efecto suspensivo como una derivación directa de la garantía a la tutela judicial efectiva, prevista en el art. 19.4 Ley Fundamental de 1949¹¹⁶ habiéndose interpretado que su vigencia

¹¹⁶ Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional federal: “El derecho fundamental consagrado por el art. 19, inc., 4, Ley Fundamental, no garantiza solamente el derecho formal y la

comporta una medida imprescindible para evitar la consumación de perjuicios irreparables derivados del obrar estatal.

Suspensión Cautelar de los Actos Negativos.

Generalidades.

Tradicionalmente rechazada por los tribunales especializados al considerar que por no producir efectos tampoco podía causar daño a los particulares, la posibilidad de que los jueces administrativos ordenen la suspensión de los actos de contenido negativo es hoy en día, ampliamente admitida en los ordenamientos jurídicos francés, español e italiano. También aquí es posible advertir la aproximación de los sistemas cautelares de esos países, tanto en relación con las condiciones exigidas para disponer la suspensión como respecto de los criterios empleados por los tribunales del fuero contencioso-administrativo a la hora de juzgar la urgencia en el otorgamiento de la tutela judicial.

Improcedencia de la suspensión del acto denegatorio.

En el proceso administrativo alemán, por su parte, no siendo admisible la pretensión de anulación contra actos denegatorios, tampoco es procedente el

posibilidad teórica de acceder a los tribunales, sino también la efectividad de la protección jurisdiccional”.

efecto suspensivo. De ese modo, la tutela cautelar en supuestos semejantes debe obtenerse a través de la denominada orden provisional del art. 123, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960 (VwGO).

4.3.3 La Orden Provisional.

Concepto y ámbito de aplicación.

La orden provisional es la segunda modalidad de la tutela cautelar existente en el proceso administrativo alemán. Su regulación está prevista en el art. 123, VwGO, que acuerda al tribunal la facultad de adoptar, a instancia de parte e incluso con anterioridad a la presentación de la demanda, alguna medida cautelar con relación al objeto litigioso cuando haya peligro de que, por la alteración de su estado actual, se frustre o resulte afectado sustancialmente el ejercicio del derecho del actor.

En su conexión con la garantía constitucional a una efectiva protección jurídica de los derechos subjetivos de los particulares, prevista en el art. 19.4, Ley Fundamental de Bonn, la orden provisional se presenta como la medida cautelar por excelencia, en tanto posibilita dar una respuesta satisfactoria al factor tiempo en el proceso y, además, cubrir el espacio dejado por la aplicación del remedio cautelar clásico- previsto con carácter general en el art. 80.1, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- que es el efecto suspensivo.

Técnicamente, la orden provisional es la medida cautelar procedente para el aseguramiento de la pretensión típica de la acción prestacional general

y acción obligacional, a una prestación. La demanda que solicita una orden provisional, debe apoyar una acción dirigida a obtener que la Administración Pública observe determinada actividad (por ejemplo que dicte un acto o realice una prestación) u omisión o reconozca un derecho.

En otras palabras: la limitación –objeto de la orden provisional- debe provenir de una actividad material o de la omisión de actividades administrativas, y no de un acto administrativo respecto del cual pueda pedirse la medida cautelar suspensiva del artículo 80.1, VwGO.

Clases de Órdenes Provisionales.

Órdenes provisionales de aseguramiento y de regulación.

La orden provisional presenta dos modalidades perfectamente diferenciadas, según que exista el peligro de que por un cambio de las circunstancias preexistentes se malogre o perjudique un derecho (orden provisional para asegurar una pretensión individual), o bien que sea necesario regular un estado o situación que puede sufrir una desventaja jurídica (orden provisional para la regulación de una relación jurídica). De acuerdo con el art. 123 inciso 1^o y 2^o, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras que la orden provisional de seguridad tiende a garantizar el mantenimiento de un statu quo amenazado, sin mejorar la posición jurídica del demandante, la orden provisional de regulación persigue lo contrario, esto es, reglar una

situación provisoria con relación a una situación jurídica litigiosa, mejorando el statu quo a favor del actor.

El distinto alcance de la orden provisionales es descrito por el profesor Sommermann en los siguientes términos: “La medida de aseguramiento se dicta en relación con el objeto litigioso cuando hay peligro de que, por alteración de su estado actual, se frustre el ejercicio del derecho del actor o quede afectado sustancialmente (art. 123.I.1, VwGO). Con ello se asegura el status quo , pero no se mejora la posición del actor antes de que se resuelva el proceso principal. Se impide así, por ejemplo, que un funcionario obtenga un ascenso antes de que se resuelva la acción de su competidor que también se considera apto para el puesto. Por el contrario, cuando se trata de mejorar el statu quo del actor, se aplican las medidas reguladoras (Regelungsanordnung) que en la práctica tienen aún más importancia. Su objeto es la regulación provisional de la relación jurídica en litigio cuando tal regulación- sobre todo en las relaciones jurídicas duraderas- parezca necesaria para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños, o bien por otras razones. Mediante estas medidas de regulación se puede otorgar provisionalmente, por ejemplo, una beca a un estudiante o acordar la concesión cautelar de una prestación social. Como no es fácil distinguir con claridad entre las medidas de aseguramiento y las de regulación, es frecuente que los tribunales fundamenten sus disposiciones cautelares en el art. 123.1, VWGO, en forma genérica, sin diferenciar entre el inc. 1º y 2º.

4.3.4 Ejecución de la Sentencia Cautelar.

A los efectos de asegurar la ejecución de las órdenes provisionales adoptadas sobre la base del art. 123, VwGO, el ordenamiento jurídico alemán atribuye carácter de título ejecutivo a la resolución judicial (art. 168.1) La ejecución se dirige contra quien ostenta la posición de parte contraria en el escrito de solicitud de la orden provisional. La ley procesal administrativa faculta a los tribunales administrativos a condenar a la Administración recalcitrante al pago de una suma de dinero por cada día de retardo. Si la autoridad administrativa no cumple con el pago del importe de la condena, el tribunal puede intimar el cumplimiento de tal obligación en un plazo que no excederá de un mes, a cuyo vencimiento podrá ordenar la ejecución forzosa sobre los bienes de uso no indispensables para el ejercicio de los objetivos públicos.

4.4 Italia.

4.4.1 El Principio del Acto Administrativo Ejecutorio.

Durante bastante tiempo, en el derecho italiano, la tutela cautelar tuvo como función exclusiva “paralizar” una actividad positiva de la Administración Pública. En ese contexto, la legislación anterior a la reforma del año 2000 sólo permitía que el juez administrativo ordenase la suspensión de los efectos de un acto ejecutorio impugnado por medio del recurso de anulación, lo que ciertamente resultaba de escasa (o nula) utilidad cuando el reclamo judicial, en

lugar de una actividad ejecutiva, se dirigía contra actos administrativos denegatorios o presuntos respecto de los cuales el actor es titular de un interés de pretensión frente a la Administración.

En efecto, tratándose de la impugnación de actos negativos, la suspensión comporta la imposición a la administración Pública de una obligación de hacer que- de acuerdo con la interpretación dominante en la doctrina y jurisprudencia italianas- los tribunales administrativos no pueden- en razón de la naturaleza esencialmente revisora de esta jurisdicción-, en manera alguna, disponer. No obstante, resulta evidente que en numerosas situaciones, la denegación administrativa produce- de hecho- perjuicios irreparables modificar la situación jurídica preexistente, que son perfectamente evitables con el otorgamiento de una medida cautelar, como- por ejemplo- los actos de exclusión de concursos públicos o aquellos que deniegan el pedido de renovación de una concesión o la dispensa al servicio militar obligatorio.

4.4.2 La Constitucionalización de las Medidas Cautelares Positivas.

Los notables avances logrados en Italia por la labor de sus jueces y tribunales se vieron finalmente plasmados, en el derecho positivo, con la sanción de la ley 205/2000, del 21-7-2000, sobre disposiciones en materia de justicia administrativa. En efecto, consciente de que la vieja configuración de la tutela cautelar resultaba inadecuada para dar satisfacción a las diversas

situaciones en que actualmente se desarrolla la materia procesal en las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, el legislador italiano ha establecido en el artículo 3º- como regla general del nuevo sistema de justicia cautelar,- la facultad de disponer cualquier medida cautelar que sea idónea según las circunstancias y así asegurar, interinamente, los efectos de la decisión del recurso.

Indudablemente, la finalidad de la ley es garantizar de una manera completa, en consonancia con el mandato del art. 24 Cn italiana, la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses jurídicos de los administrados. En este aspecto, cabe recordar que el fundamento constitucional de la tutela cautelar había sido expresamente afirmado por la Corte Constitucional en 1996, en su sentencia 249, oportunidad en la que se sostuvo que “la disponibilidad de la medida cautelar es instrumental a la efectividad de la tutela jurisdiccional y constituye una expresión del principio según el cual la duración del proceso no debe causar daños a quien tiene razón, en aplicación del art. 24 de la Cn.”

En consonancia con la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial impuesta por el texto fundamental, la reglamentación legal en vigor no impone otro límite a la forma de la tutela cautelar administrativa que el que deriva del carácter instrumental y provisorio inherente a su propia naturaleza precautoria. De este modo, con la sanción de la Ley de Reformas del Proceso Administrativo, se ha introducido definitivamente en el Contencioso-Administrativo italiano un régimen de tutela cautelar de contenido general y

atípico, superándose así la histórica restricción de la materia a la sola suspensión de los efectos del acto impugnado, prevista por la ley 1034. La nueva legislación introduce trascendentales reformas en materia cautelar en el proceso Contencioso-Administrativo, las que están encaminadas al cumplimiento de dos objetivos fundamentales: 1.) Incorporar al derecho positivo aquellos institutos procesales que habían sido reconocidos a lo largo del tiempo por la jurisprudencia, y 2.) Simplificar y dotar de mayor celeridad el desarrollo de la instancia judicial. El art. 3 de la Ley 205/2000, es la regla general del nuevo sistema cautelar administrativo italiano. En efecto, dicho precepto innova en numerosos aspectos el proceso contencioso-administrativo, así:

1.) Extiende la tutela cautelar a lo supuestos de omisiones materiales de la administración (inactividad de la administración);

2.) Prevé el dictado de medidas atípicas, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso y que aseguren los efectos de la futura decisión judicial sobre el recurso contencioso-administrativo,

3.) Resuelve en sentido positivo las dudas acerca de la necesidad del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*; Y

4.) Establece la posibilidad en caso de “extrema gravedad y urgencia”, de que el presidente del Tribunal Administrativo Regional o de la Sección del Consejo de Estado en la cual el recurso ha sido presentado, disponga una medida cautelar provisoria, si es el caso ,inaudita altera parte, hasta el pronunciamiento del tribunal en pleno.

4.4.3 Medidas Positivas contra el Silencio de la Administración Pública.

Principios generales del sistema.

La inercia de la administración es susceptible de producir consecuencias dañosas para los particulares, que pueden justificar- en determinados casos- la intervención urgente de los órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que se configuren perjuicios irreparables. Evidentemente, la suspensión, prevista originariamente para la hipótesis de impugnación de un acto administrativo expreso de carácter ejecutorio, resulta insuficiente para enfrentar aquellas situaciones producidas por el silencio en que suelen incurrir con frecuencia los entes públicos. En supuestos semejantes, la tutela cautelar sólo puede garantizarse de manera “efectiva”, a través de medidas de carácter positivo. En tal sentido, el art. 21 ley 1034- de acuerdo con el texto introducido por la reforma del año 2000- , prevé ahora, en forma expresa, un mecanismo de tutela cautelar respecto del silencio administrativo.

4.4.4 Medidas Cautelares Provisorias.

Innovando respecto del régimen jurídico precedente, el texto introducido en el art. 21, inciso 9, Ley 10/34, por la reforma del 21-7-2000, atribuye el presidente del Tribunal Administrativo Regional (TAR) ó de la Sección del Consejo de Estado en que el recurso contencioso administrativo ha sido presentado, la facultad de disponer medidas cautelares provisorias en caso de

extrema gravedad y urgencia. Al igual que sucede en España con las denominadas medidas cautelares provisionálísimas –previstas en el art. 135 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- las medidas provisorias del derecho italiano constituyen un instrumento excepcional establecido para dar satisfacción inmediata en supuestos de gravedad extrema y por ello mismo, aun con anterioridad a que pueda sustanciarse el procedimiento cautelar, al derecho constitucional de la tutela cautelar.

El Presidente del Tribunal Administrativo ó de la correspondiente Sección del Consejo de Estado se pronuncia por medio de un auto motivado. Básicamente, la motivación debe de dar cuenta de la subsistencia de la extrema gravedad y urgencia que justifica la adopción de la medida provisoria.

Dado el especial carácter de este tipo de medidas cautelares, la decisión del presidente del Tribunal Regional (TAR) ó de la Sección del Consejo de Estado que acuerda la medida provisoria, es inapelable, y la parte interesada debe imponer el recurso de apelación contra el auto del respectivo órgano que la confirma ó reforma.

Capítulo V

“Conclusiones y Recomendaciones”.

5.1 Conclusiones Finales.

- ❖ El punto de partida de este trabajo de investigación ha sido la consideración de que la Tutela Cautelar Judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento jurídico, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserven los derechos de los administrados.
- ❖ La tutela cautelar constituye una de las manifestaciones más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido que permite garantizar que el órgano jurisdiccional, cuando llegue la ocasión, pueda hacer ejecutar lo juzgado. Siendo ello así, el juez tiene la obligación de decretar una tutela cautelar adecuada y eficaz, y para ello debe basarse en los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico establezca, o bien en amplios criterios jurisprudenciales desarrollados por la Sala de lo Contencioso Administrativo, criterios que, como se ha establecido, son

altamente limitados y fundamentos de negación a una efectiva tutela cautelar.

- ❖ El derecho a la tutela cautelar, como manifestación de la tutela judicial efectiva, permite la existencia de un sistema de control cautelar pleno y sin exclusiones, que supone el reconocimiento del derecho de los administrados a solicitar, y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder la pertinente medida cautelar y adecuada contra los actos administrativos de efectos particulares, los actos de efectos generales, la inactividad administrativa y la vía de hecho; así, una tutela cautelar ya no podría entenderse en el sentido de la existencia de una única medida cautelar, como lo es, hasta ahora, la suspensión de la ejecución del acto.
- ❖ El órgano jurisdiccional, para conceder la tutela cautelar debe disponer de las potestades suficientes, no sólo para suspender la ejecución del acto recurrido, sino incluso debe poder conceder las medidas cautelares que ordenen a la Administración Pública cumplir una actuación, ejecutar una conducta o permitir la realización de una actividad específica, mientras se produce la sentencia que conceda la tutela judicial definitiva.
- ❖ Una apuesta por la tutela cautelar no debe hacernos olvidar su verdadero fin, la garantía de la tutela judicial efectiva, por ello se finaliza señalando que tanto daño hace a la justicia administrativa la negación de una tutela cautelar adecuada cuando es solicitada por el administrado, como la pasividad con la que se le da tratamiento a la no apertura de un criterio

jurisprudencial evolutivo por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo en esta materia, y por parte del legislador, al tomar con manifiesta dejadez la posibilidad de reformar y/o actualizar los lineamientos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, especialmente lo atinente a la tutela cautelar a favor del administrado.

5.2 Recomendaciones Finales.

- ❖ Ha de señalarse que, si bien es cierto, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa prevé la existencia de una única medida cautelar, su posibilidad de operancia y casos en que tiene ocurrencia la aplicación de dicha medida, en observancia del principio de legalidad que limita la aplicación de otra diferente a la suspensión de la ejecución del acto, resulta insuficiente. La regulación actual de la tutela cautelar y el criterio de la Sala para aplicar la única y típica medida en el ámbito Contencioso-Administrativo sugiere que solamente tienen carácter cautelar aquellas medidas establecidas mediante una norma jurídica. En efecto, se debe resaltar, por su ausencia una previsión legislativa que permita a la Sala de lo Contencioso Administrativo decretar medidas cautelares de carácter positivas a efecto de garantizar, con el mayor grado posible de certeza, la eficacia de la sentencia y por ende de la efectiva Tutela Judicial, la necesidad de regular en el ordenamiento contencioso-administrativo salvadoreño la facultad de solicitar, por parte

del administrado, cualquier medida cautelar idónea para salvaguardar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, dejando a la Sala de lo Contencioso Administrativo la facultad de otorgar aquellas que sean las más apropiadas y convenientes para cada caso en particular.

- ❖ La positivización en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de medios cautelares tendría que comprender la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativos, en razón que la regulación actual solamente contempla como medida cautelar única la suspensión provisional de la ejecución del acto reclamado, la cual no sirve de nada frente a la inactividad de la Administración Pública ó la denegación de las peticiones que se hallan aducido ante ella, y menos aún, tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho, por lo cual se requiere, como solución, la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier tipo de actividad ó inactividad de la Administración Pública. Esa normativización en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño es imperativo e impostergable, pues mientras ella no se produzca, no puede la Sala de lo Contencioso Administrativo dictar providencias cautelares fuera de los casos previstos por las normas positivas (aunado ello al restringido criterio esgrimido por la Sala de no ampliar la tutela cautelar en vía jurisprudencial), pero una vez conferida, la autoridad judicial dispondría de un amplio margen de maniobra para ordenar las cautelas

dirigidas a eliminar la eventualidad de un daño a los intereses del administrado, y con ello, a la vez, se lograría un mejoramiento de la eficacia de la actividad jurisdiccional de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

- ❖ La necesidad de ampliar la potestad cautelar de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se circunscribe en la tendencia de desvincular el poder cautelar de la referida Sala a figuras típicas prefijadas, otorgándole un amplio poder, de manera que, según las particularidades de cada caso, ésta podría conceder la tutela provisoria adecuada, asegurando así la inmutabilidad de la situación de hecho ó de derecho durante el curso del proceso contencioso-administrativo, para poder así preservar la igualdad entre el administrado y la Administración Pública, y evitaría la violación de sus derechos frente a una amenaza objetiva y actual.
- ❖ La potestad cautelar en el proceso contencioso-administrativo salvadoreño, debería ir acompañada de una obligación de contracautela suficiente y seria, que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que realmente se ocasionen, al mismo tiempo, facultar a la Sala de lo Contencioso Administrativo para imponer costas y multas frente al ejercicio temerario y/o infundado en la solicitud de la medida por parte del administrado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

AGUADO I CUDOLA, VINÇENC. **“La reciente evolución de la tutela judicial cautelar en el proceso contencioso administrativo. En La Protección Jurídica del Ciudadano. Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”**. Tomo II. 1993. pp. 1694-1696, España, 2001.

ALONSO GARCÍA, RICARDO: **“Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea”**. Fundación de Estudios Ramón Areces, Pp. 486, España, 1999.

BACIGALUPO, MARIANO: **“La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo”**. Edit. Marcial Pons. España 1999.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: **“El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”**, Chile, 2006.

CALAMANDREI, PIERO: **“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”**, Ed. "El Foro", págs. 44/45, 1997.

CAMPO CABAL, JOSÉ MANUEL. **“Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo”**. España, 1989.

CARRANZA TORRES, LUIS R.: **“Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública”**, Argentina, 2006.

CHINCHILLA MARÍN; C: **“La Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa”**, Edit. Civitas, Madrid, España, 1991.

DE LAZZARI, EDUARDO NÉSTOR. **“Medidas Cautelares”**, Tomo II. Tercera edición. Librería Editora Platense. Argentina, 2000.

DE LA ROCHA GARCÍA, ERNESTO, **“Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos”**, Granada, 1999.

DE LA SIERRA, SUSANA, **“La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Derecho Europeo”**, España, 2004.

DE LOS SANTOS, MABEL, "**Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia**", FUNDESI, Escuela Judicial, "**Procesos urgentes**", Artículo "Lo urgente y lo cautelar", J.A. 1995-I-899, Argentina, 2000.

DROMI, ROBERTO. "**Derecho Administrativo**". Novena edición actualizada. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1985.

FRYDMAN, PATRICK, "**Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés**", Pub. Diario El Derecho, 28-6-00, p. 1/3, Francia, 2000.

FUENTETAJA PASTOR, JESÚS ÁNGEL: "**El Proceso Judicial Comunitario**". Madrid. 1996. Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Ponds, España, Madrid 1996.

GIPOULON, J. F., "**Las medidas cautelares en la justicia administrativa francesa**", en Documentación Administrativa, Francia ,1994.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, "**La Batalla por las Medidas Cautelares**", Madrid, España, 1995.

GÓMEZ, G.,” **Derechos fundamentales y Recurso de Protección**”, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, de Chile, 2005.

GONZÁLEZ CHEVEZ, HÉCTOR, “**Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo del Derecho Comunitario Europeo**”, México, 2005.

GONZÁLEZ-VARAS, S., “**La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania**”, Civitas, Primera Edición, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. PRÓLOGO A HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL. “**La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo**”. 1997.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR R.: “**La Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo**”. Vadell Editores. Valencia, 1998.

JANA, A., “**La eficacia horizontal de los derechos fundamentales**”, en Los derechos fundamentales, AA. VV., Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, 2003.

LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, **“Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo en Argentina”**, Argentina, 2005.

MARÍN, J. C., **“Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MORELLO, AUGUSTO M., **“Anticipación de la Tutela”**, ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1996, págs. 62/3. Seminario internacional **“Derecho de la Integración”**, Los jueces ante el MERCOSUR-Dra. María Angélica Rubino, La existencia del Protocolo de Medidas Cautelares, fue firmado en Ouro Preto en 1994 e incorporado a nuestra legislación por ley 24579, promulgada el 22 de noviembre de 1995-

ORTÍZ ÁLVAREZ, LUIS A.: **“La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo”**. Edit. Sherwood. Caracas, 1999.

PACIOTTI, E., **“I tempi della giustizia. Un progetto per la riduzione dei tempi dei processi civili e penali, Il Mulino”**, Bolonia, 2006.

PAILLÁS, E., **“El Recurso de Protección ante el Derecho comparado”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

PEYRANO, JORGE W.- **“Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactorias”**. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En " El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio". Tomo 1. Corrientes, Argentina, 1997.

PEYRANO, JORGE W., **"Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas."**, en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1999.

PFEFFER, E., **“La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva”**, en Estudios Constitucionales, año 2 n° 1, Universidad de Talca, 2004.

PICARDI, N., **“Appunti di Diritto Processuale Civile. I processi speciali, esecutivi e cautelari, Giuffrè”**, Milán, 2002.

PICÓ I JUNOY, J., **“De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactorias: ¿Un avance del Derecho Procesal?, en Justicia”** 2001.

PI LLORENTS, MONSERRAT: **“Los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario”**. Editorial Ariel. España 1999.

RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO: **“La Necesidad de ampliar la Tutela Cautelar Judicial en el Proceso Contencioso Administrativo”**, volumen 3, España, 2005.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, **“Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España”**, España, 2003.

RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD. **“Suspensión de los efectos de los Actos Administrativos en la esfera de las medidas cautelares”**. México, 1991.

RUBIO LLORENTE F. **“El Recuso de Amparo Constitucional, en La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994”**, AA. VV., Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

SAMMARTINO, P. M. **“Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente”**, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

SOTO KLOSS, E., **“El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, primera edición, 1982.

SOTO KLOSS, E., **“Derecho Administrativo. Bases fundamentales, Tomo II. El principio de juridicidad”**, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1996.

SUÁREZ M., JORGE LUIS: **“El Contencioso Administrativo en la Comunidad Andina. El Contencioso Administrativo Hoy”**. Jornadas 10º Aniversario. Caracas, 2004.

TARUFFO, M., **“La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Giuffrè”**, Milán, 1992.

TARZIA, G., **“La tutela cautelar”**, en Medidas cautelares, Greif, J. (coordinador), Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2002.

ZÚÑIGA, F., **“Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”**, en Gaceta Jurídica, nº 198, España, 1996.

TESIS

GUERRERO, FRANCISCO RAFAEL, “**Lo Contencioso Administrativo en Materia Tributaria**”, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1976.

SÁNCHEZ DE HERRERA, ALICIA CONCEPCIÓN, “**El Principio de Legalidad y la Potestad Discrecional en Derecho Administrativo**”, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1978.

SIBRIAN GÁVEZ, JOSÉ WILFREDO, “**La Sala de lo Contencioso Administrativo y la Tutela del Derecho Administrativo**”, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1998.

TENORIO, JORGE EDUARDO, “**Contencioso Administrativo en El Salvador**”, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1970.

REVISTAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “**Quince años de Jurisdicción Contenciosa Administrativo**”, N° 2, El Salvador, 1996.

GONZÁLEZ-VARAS, S., “**Hacia un modelo contencioso - administrativo preventivo. El ejemplo de la “ejecución” de las sentencias anulatorias de**

un plan urbanístico”, en Revista de Administración Pública, 163, España, enero/abril, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. **“La Justicia Administrativa en Costa Rica”**. Revista de Ciencias Jurídicas. , España, 1974.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL. **“Las Medidas Cautelares en la Jurisprudencia y Doctrina recientes (Derecho Venezolano y Derecho Comunitario Europeo)”**. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. N° 101. Venezuela, 1996.

MARÍN, J. C., **“Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: Especial referencia a la freezing o mareva injunction”**, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XIII, Chile, diciembre de 2002.

MARÍN, J. C., **“Referencia a la tutela cautelar en el Derecho inglés”**, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, Chile, Diciembre de 2003.

MILLAR, J., **“Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973”**, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XI, Chile, Diciembre 2000.

PAREJO ALFONZO, LUCIANO. **“La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo”**. Revista de Derecho Público. Nº 29. España, 1987.

PÉREZ RAGONE, A., **“Concepto estructural y funcional de la tutela anticipativa”**, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 2000.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS: **“El Ordenamiento Jurídico de las Comunidades Europeas: Caracteres Generales y Elementos Constitutivos”**. Revista de Instituciones Europeas. Vol. 1. Nº 2, 2006.

SOTO KLOSS, E., **“Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”**, en Revista de Derecho Público, Nos 21/ 22, España, 1977.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador, decretada el 15 de Diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial número 234, Tomo número 281, del 16 de Diciembre de 1983.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de El Salvador, decretada el 14 de noviembre de 1978, según decreto número 81, publicado en el Diario Oficial número 236, Tomo número 261, del 19 de Diciembre de 1978.

Anteproyecto de Ley Procesal Administrativa propuesto por la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, El Salvador, 2005

NORMAS INTERNACIONALES

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217-A (III), de 10 de Diciembre de 1948. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. Autor-Editor Florentín Meléndez, publicación especial: Corte Suprema de Justicia, 2da. edición, El Salvador, Julio 2005.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de Marzo de 1976; ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo número 27, de 23 de Noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial 218, de 23 de Noviembre de 1979. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la

Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. Autor-Editor Florentín Meléndez, publicación especial: Corte Suprema de Justicia, 2da. edición, El Salvador, Julio 2005.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo número 5, del 15 de Junio de 1978, publicada en el Diario Oficial número 113, del 19 de Junio de 1978. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. Autor-Editor Florentín Meléndez, publicación especial: Corte Suprema de Justicia, 2da. edición, El Salvador, Julio 2005.

Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. Autor-Editor Florentín Meléndez, publicación especial: Corte Suprema de Justicia, 2da. edición, El Salvador, Julio 2005.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Anteproyecto de Ley De La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo de La Republica Bolivariana de Venezuela, 2000.

Ley Contenciosa Administrativa de Francia, de 30 de Junio de 2000.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la República de España 29/1998, de 13 de Julio de 1998.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la República de España, de 1956.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la República de Alemania, 21 de Enero de 1960.

ANEXOS



Sentencias y Líneas Jurisprudenciales.

Ref. 134-M-97

Multiphram de Centro América, S.A de C.V vrs. Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente, y Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema De Justicia:

Antiguo Cuscatlán, a las ocho horas con cuatro minutos del día veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

El presente juicio contencioso administrativo ha sido promovido por el doctor Roberto Oliva, de cincuenta y cuatro años de edad al iniciarse este proceso, abogado, del domicilio de San Salvador, actuando en carácter de apoderado general judicial de la sociedad "Multipharm de Centro América, Sociedad Anónima de Capital Variable", del domicilio de San Salvador, impugnando de ilegales actuaciones del Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente, y de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, relativas al cierre de un establecimiento de su propiedad.

Han intervenido en el juicio: la parte actora en la forma indicada; las autoridades demandadas; la licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría, mayor de edad, abogada y del domicilio de San Salvador, en carácter de Agente Auxiliar delegada por el señor Fiscal General de la República.

Leído el Juicio; y, Considerando:

I. En la demanda presentada esencialmente se señala que: la Sociedad que representa es dueña de un establecimiento mercantil ubicado en la Calle Las Magnolias de la Colonia San Benito, en donde se han comercializado diversas clases de mercancías, dentro de las cuales se proyectaba incluir la venta al menudeo o detalle de medicinas populares, así como especialidades farmacéuticas, para lo cual se solicitó al Consejo Superior de Salud Pública la autorización correspondiente. Que por acuerdo adoptado por el Consejo Superior de Salud Pública el día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, se ordenó el cierre del establecimiento a que se ha hecho alusión, delegando a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciera efectivo. Que los actos que ordenaron el cierre son nulos, en primer lugar por la falta de competencia del Consejo Superior de Salud Pública; expone que el Código de Salud en su artículo 14 literal d) confiere al referido Consejo la competencia para autorizar la apertura y funcionamiento de establecimientos dedicados a la atención y servicios de salud, entre los que se encuentran las farmacias; que las farmacias requieren para obtener tal calidad de un acto de autorización y reconocimiento de las autoridades estatales, y se

convierten en establecimientos de utilidad pública. Que es preciso reparar que un establecimiento no autorizado no puede calificarse como de utilidad pública, y que la competencia para el cierre de establecimientos que se dediquen a la venta de medicinas sin la licencia necesaria, corresponde a los Alcaldes Municipales, conforme al artículo 88 de la Ley de Farmacias, por lo cual el Consejo Superior de Salud Pública carecía de competencia para ordenar el cierre del referido establecimiento mercantil. Que el Presidente del Consejo Superior de Salud Pública a fin de darle cumplimiento a la resolución del Consejo, emitió resolución a las diez horas del día treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, en la cual ordenó el cierre del establecimiento comisionando a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciese efectivo. En cuanto a la causa del cierre, sostiene que bajo el supuesto que el Consejo Superior de Salud Pública hubiese sido la entidad competente para el cierre, éste únicamente procedía por haberse incurrido en alguna de las infracciones contempladas en el artículo 284 del Código de Salud, o en una falta grave establecida en los reglamentos respectivos; que en el caso de autos no se fundamentó la resolución de clausura en ninguna infracción de las que se ha hecho referencia, por lo cual existe falta de causa del acto administrativo emitido. Que el Presidente del Consejo Superior de Salud Pública ordenó el día veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, que se instruyera el informativo de ley, tendiente a establecer una sanción por violación al Código de Salud; que en todo caso el Presidente del Consejo Superior de

Salud Pública tendría únicamente la facultad de sustanciación del informativo, ya que la imposición de sanciones y la iniciación del procedimiento atañe solamente al Consejo. Que en el procedimiento operaron una serie de irregularidades, para el caso, la notificación de la resolución que inicia el procedimiento fue comunicada por el notificador del Consejo Superior de Salud Pública y no por el Presidente del Consejo, y que tal resolución fue autorizada por una persona que se atribuyó la calidad de Secretario Adjunto. Que esto vulnera el artículo 317 del Código de Salud, el cual señala que la autoridad que instruye el informativo tiene la facultad de designar el empleado que deba encargarse de actuar en calidad de secretario, resolución que será previa, expresa y escrita; y que también se ha violado el artículo 320 del Código de Salud. Que agrava las ilegalidades el hecho que la notificación se llevó a cabo con personas distintas de Multipharm de Centro América S.A. de C.V.; y que dicha notificación no indica la sanción aplicable a la supuesta infracción, y no se invocan las resoluciones legales vulneradas (Art. 319 Código de Salud). Que por otra parte se omitió el procedimiento establecido para imponer la sanción, ya que el Código de Salud en su artículo 293 dispone que las sanciones establecidas se sustanciarán en forma sumaria, y el acto de cierre que se cuestiona se ordenó sin trámite ni diligencia alguna. Alega también infracción al ordenamiento jurídico al delegar el Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente funciones en la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica; sostiene que la delegación como un instrumento de atribuir

competencia a un órgano que no la disponía originalmente, se fundamenta en un acto que debe basarse en la Ley, ya que de lo contrario los actos del órgano delegado serán ilegales e ineficaces por falta de competencia; que en el presente caso, ni en el Código de Salud ni la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, se encuentra disposición alguna que atribuya potestad delegativa al Consejo Superior de Salud Pública o su Presidente, por lo que debe recurrirse a las reglas generales que atribuyen al señor Presidente del Consejo Superior de Salud Pública la potestad o atribución de cumplir o hacer cumplir las resoluciones que se emitan, artículo 15 literal d) del Código de Salud y artículo 12 literal e) de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud.

II. La anterior demanda fue admitida, se tuvo por parte al doctor Roberto Oliva en el carácter en que compareció, y se solicitó informe a las autoridades demandadas, sobre la existencia de los actos que se les atribuían en la demanda. Recibidos dichos informes se declaró sin lugar la suspensión de los actos impugnados, por haber agotado sus efectos; se solicitaron informes nuevos en que las entidades demandadas justificaran la legalidad de las resoluciones adversadas. El Presidente y Representante Legal del Consejo Superior de Salud Pública, evacuó su informe exponiendo que el establecimiento se encontraba abierto expendiendo medicamentos sin autorización, en contravención al artículo 14 literal d) del Código de Salud, por

lo cual seguidos los trámites establecidos en el Código de Salud, previa la audiencia legal y después del término probatorio, se ordenó el cierre del establecimiento comisionando a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica. Que los establecimientos fueron abiertos sin haber llenado los requisitos de Ley, por lo cual se cometió la infracción establecida en el numeral veintidós del Art. 284 del Código de Salud, y por lo tanto se hizo acreedora a la sanción establecida en el Art. 287 del mismo Código. En el mismo escrito se opuso la excepción de incompetencia de la Jurisdicción, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa excluye del conocimiento de la Sala las resoluciones del Consejo Superior de Salud Pública. Por su parte, la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica no evacuó en tiempo su informe.

Mediante auto de las doce horas del día nueve de septiembre de mil novecientos noventa y siete, esta Sala declaró inaplicable el artículo 4 literal d) de la citada Ley, argumentando en síntesis que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye como una jurisdicción especial, es decir referida al conocimiento de una materia especializada separada de la jurisdicción común; que su competencia es el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, lo cual implica que existe una jurisdicción especial donde pueden ser discutidas tales actuaciones. Que el Consejo Superior de Salud Pública es un ente administrativo creado para un fin público, sujeto al principio de legalidad; que el

derecho de acceso a los tribunales supone que no deben existir ámbitos exentos que impidan a los ciudadanos defender ante la jurisdicción sus derechos e intereses legítimos. Que nuestra ley señala que no corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: "d) los actos del Consejo Superior de Salud Pública ejecutados en virtud de la facultad que le confiere el artículo 208 de la Constitución Política", y el texto de la referida disposición constitucional expresaba que el Consejo Superior de Salud Pública conocería en última instancia de las resoluciones pronunciadas por los organismos que ahí se mencionaban; que sin embargo el citado artículo ha sido sustituido por el artículo 68 de nuestra actual Constitución, el cual señala en lo pertinente que "...El Consejo Superior de Salud Pública conocerá y resolverá de los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones pronunciadas por los organismos a que alude el inciso anterior", suprimiendo la frase última instancia, con lo cual ha quedado claro que sus actuaciones no son irrevisables. Por todas esas razones, se consideró que no existía justificación alguna para exceptuar las actuaciones del Consejo Superior de Salud Pública del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, y que aceptar tal situación, por una parte separaría a esta Sala de la función para la cual fue creada, y por otra, resultaría contrario al derecho de acceso a la jurisdicción.

Posteriormente el doctor Mauricio Mossi Calvo presentó un escrito solicitando revocatoria de la anterior resolución, sosteniendo que el haberse modificado el inciso tercero del artículo 208 de la Constitución anterior, suprimiendo el término

"última instancia", no implica que se autorizó a esta Sala para conocer de las resoluciones del Consejo Superior de Salud Pública; que las atribuciones que la Constitución confiere al Consejo no es sólo conocer de los recursos que se interpongan, sino su función primordial es velar por la salud del pueblo, y en tales atribuciones actúa como Tribunal administrativo con jurisdicción y potestad para hacer cumplir sus resoluciones, y es por eso que la Sala no puede conocer sobre ellas.

Ante tal petición la Sala expuso en síntesis que el artículo 208 de la Constitución de 1962 al cual hace referencia el artículo 4 literal d) de la LJCA, al catalogar como "de última instancia" los pronunciamientos del referido Consejo, pudo hacer creer que sus actos no admitían ulterior revisión y que, por ende, no podían impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, el artículo 208 citado fue sustituido por el artículo 68 de nuestra actual Constitución, que en lo pertinente dice: "...El Consejo Superior de Salud Pública conocerá y resolverá de los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones pronunciadas por los organismos a que alude el inciso anterior". Que se ha suprimido entonces la frase "conocerá en última instancia", y hoy no puede interpretarse en modo alguno que, por disposición constitucional, los actos del Consejo Superior de Salud Pública estén exentos de control jurisdiccional. Que sin embargo la declaratoria de inaplicabilidad no tuvo su fundamento exclusivamente en la interpretación que se le pudo dar a la referida disposición constitucional, sino, en la vulneración a la tutela judicial efectiva;

que la naturaleza de la actividad del Consejo Superior de Salud Pública lo constituye en un ente administrativo creado para un fin público, cual es velar por la salud del pueblo, y que sus actuaciones (autorizaciones, sanciones, nombramientos, etc.) constituyen típicos actos administrativos. Que la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye una jurisdicción especial, es decir referida al conocimiento de una materia especializada, cual es el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Que no son susceptibles de impugnación ante la Sala, tanto las denominadas materias ajenas, como las materias excluidas, la primera categoría de actos comprende aquellas materias que por su propio tenor no corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir actuaciones de la Administración Pública que no constituyen actos administrativos, y la segunda de ellas en cambio, se refiere a aquellas actuaciones que aún siendo propiamente administrativas, es decir actuaciones que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por determinados motivos se han apartado y excluido expresamente del conocimiento de este Tribunal. Que el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, además de hacer referencia a una serie de materias ajenas a esta jurisdicción, enumera también actuaciones propiamente administrativas que se excluyen de control, las cuales constituyen recortes asistemáticos a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza a un ámbito

jurisdiccional diferente. Las exclusiones de esta índole, para el caso la relativa al Consejo Superior de Salud Pública, dejan fuera de la revisión jurisdiccional creada especialmente para la revisión de actos administrativos, una materia eminentemente administrativa, con lo cual convierten la revisión de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de los Tribunales, situación que contraría la tutela judicial efectiva. Se reiteró que en un Estado de Derecho, no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alejadas de la ley, por lo cual se sostiene que es este Tribunal el competente para conocer de las actuaciones del referido Consejo.

III. El juicio se abrió a prueba por el término de Ley, y ninguna de las partes hizo uso del mismo. Posteriormente se corrieron los traslados que ordena la Ley, sin que la parte actora, ni el Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente los evacuaran. Por su parte la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica presentó su alegato exponiendo que la salud constituye un bien público reconocido por la Constitución, donde se establece que los servicios públicos serán esencialmente técnicos. Relaciona también la normativa legal que rige al Consejo Superior de Salud Pública y sus funciones; Tratados Internacionales, normas y doctrinas técnico científicas relacionadas con la salud.

Posteriormente la referida Junta presentó un nuevo escrito, enfatizando la importancia de la vigilancia de los servicios de salud en la lucha con la drogadicción o fármaco-dependencia.

Por su parte el agente auxiliar delegado por el señor Fiscal General de la República presentó su alegato sosteniendo que no comparte la interpretación restrictiva del artículo 88 de la Ley de Farmacias que formula el demandante, ya que el espíritu de la Ley denota que los Alcaldes actuaban como colaboradores, y que la vigilancia y cierre competía principalmente a la Junta de Química y Farmacia. Que no obstante lo anterior, considera que ha existido violación al principio de legalidad en la actividad desarrollada por el Consejo Superior de Salud Pública y la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, ya que en las resoluciones no se relacionó fundamento legal alguno, y que la sanción fue impuesta sin seguir el procedimiento administrativo que mandaba la Ley.

Finalmente la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica presentó un nuevo escrito el día primero de junio del corriente año, señalando nuevamente que existe diversidad de leyes secundarias que regulan la obligación constitucional de velar por la salud pública, Tratados Internacionales, normas y doctrinas. Que en el presente caso todas esos aspectos fueron tomados en cuenta para determinar que el local donde se pretendía establecer la farmacia no reunía las condiciones técnico-científicas necesarias.

IV. El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia.

En el presente proceso se ha controvertido la legalidad de los actos administrativos siguientes:

1) La resolución emitida por el Consejo Superior de Salud Pública el día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, mediante la cual se ordenó el cierre del establecimiento "Multipharm", ubicado en la Calle Las Magnolias de la Colonia San Benito, comisionando a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciese efectivo ;

2) La resolución pronunciada por el Presidente del Consejo Superior de Salud Pública el día treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, por medio de la cual, a fin de darle cumplimiento a la resolución del Consejo, ordenó el cierre del establecimiento en mención, y comisionó a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciese efectivo; y

3) La actuación de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, actuando como órgano delegado.

En el escrito de demanda presentado, el doctor Roberto Oliva señala como autoridad demandada a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica "en su calidad de órgano delegado". Este Tribunal advierte que ni en el libelo de la demanda ni durante la tramitación del proceso, se ha hecho alusión a un acto administrativo proveniente de la referida Junta, a quien se le imputa meramente la ejecución del cierre del establecimiento.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, es decir, el acto administrativo se constituye como presupuesto básico de procesabilidad para iniciar la acción contenciosa.

En razón de lo anterior, es de trascendental importancia señalar los límites del concepto de acto administrativo, y los marcos en que éste puede configurarse.

Esta Sala ha establecido jurisprudencialmente que el acto administrativo constituye una declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria.

Tal como se expresa al inicio de su definición, el acto administrativo constituye una declaración intelectual, una exteriorización de la conducta, es decir, una manifestación externa de voluntad, juicio, o una expresión de conocimiento o deseo. Lo anterior implica, que las actividades puramente materiales no constituyen actos administrativos.

En concordancia con lo expuesto, no es procedente la impugnación ante esta Sala de la mera actuación material del cierre de un establecimiento, realizada en ejercicio de una resolución que se reputa ilegal.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece en el Art. 15 inciso final, que "si admitida la demanda, el Tribunal advirtiere en cualquier estado del proceso que lo fue indebidamente, declarará su inadmisibilidad". Con

base en tal potestad, debe declararse inadmisibles las pretensiones entabladas contra la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica.

El pronunciamiento de este Tribunal, se ceñirá al análisis de la legalidad de los actos emitidos por el Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente. Los motivos en que se ha hecho recaer la ilegalidad de tales actuaciones son básicamente: la incompetencia del Consejo Superior de Salud Pública para ordenar el cierre, la falta de causa del acto, omisión del procedimiento establecido, y vicios en la delegación de facultades a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica.

A fin de pronunciarse sobre tales alegaciones, se realiza un análisis por separado de cada uno de esos rubros.

Sobre la incompetencia para ordenar el cierre del establecimiento, el argumento del demandante se centra en que de conformidad al Código de Salud, el Consejo Superior de Salud Pública es competente para autorizar la apertura y funcionamiento de farmacias, y para ordenar su cierre; pero que la competencia para el cierre de establecimientos no autorizados corresponde a los Alcaldes Municipales, conforme al artículo 88 de la Ley de Farmacias.

A efecto de dilucidar este punto, es preciso analizar la normativa que ha sido invocada por las partes.

La Ley de Farmacias, que data del año mil novecientos veintisiete, establece en el artículo 4, bajo el acápite "De la Facultad de Química y Farmacia y de su Junta de Gobierno", que a dicha Junta corresponden los

deberes y las atribuciones de vigilancia que expresa dicha Ley, sobre droguerías, farmacias, y ventas de medicinas y demás establecimientos donde se elaboren o expendan medicinas.....

En el artículo 9 literal l), se señala entre las atribuciones de la Junta, el extender las licencias para la apertura de los establecimientos que estén bajo su vigilancia. Correlativamente el artículo 18 establece la obligación para el administrado de obtener tal licencia, señalando que "ninguno de los establecimientos a que se refiere el artículo 5 de esta Ley podrá abrirse sin la licencia respectiva, solicitada por el interesado a la Junta de Gobierno de la Facultad".

El artículo 10 del citado cuerpo legal señala que "La Junta de Gobierno está facultada para mandar cerrar todo establecimiento de los que están bajo su vigilancia, que estuviere abierto en contravención a la presente Ley".

Dado que la autorización constituye una exigencia legal para la apertura y funcionamiento de las farmacias, una interpretación integradora y armónica de la Ley nos lleva a colegir que los establecimientos que funcionen sin autorización se encuentran abiertos en contravención a la Ley. Por tanto, la precitada norma contempla la potestad de ordenar el cierre de establecimientos no autorizados.

En las disposiciones generales del cuerpo legal en análisis, se establece que los Alcaldes Municipales no permitirán en los pueblos de su jurisdicción la venta de medicinas sin la licencia necesaria, y procederán al cierre de todo

establecimiento abierto en contravención a esta Ley, dando cuenta inmediatamente a la Junta de Gobierno (artículo 88).

Tal disposición, evidentemente no restaba la competencia que se ha establecido tenía la Junta para efectuar el cierre de establecimientos abiertos en contravención a la Ley. La competencia que se otorgaba a los Alcaldes amparaba una actuación material precautoria, que luego debía ser comunicada a la referida Junta.

Por su parte, la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, dispone en el artículo 38 que las funciones y atribuciones señaladas en la Ley de Farmacia para la Junta de Química y Farmacia serán ejercidas por la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, a excepción de aquellas que por esta Ley se hayan conferido al Consejo Superior de Salud Pública.

El artículo 11 literal d) de dicho cuerpo legal establece que es atribución del Consejo Superior de Salud Pública autorizar la apertura y funcionamiento, así como resolver sobre la clausura de los establecimientos que menciona el literal e) del artículo anterior, es decir "droguerías, farmacias...y demás establecimientos dedicados al servicio y atención de la salud pública...".

En el mismo sentido, el Código de Salud al regular las atribuciones del Consejo Superior de Salud Pública, dispone en su artículo 14 literal d) el "autorizar la apertura y funcionamiento de droguerías, farmacias... y ventas de medicinas en lugares donde no existe farmacia o que éstas se encuentren a

más de dos kilómetros del lugar donde se pretende abrirlas....., y su clausura por infracciones a este Código o sus reglamentos" . Se dispone también que dichos establecimientos son de utilidad pública y su cierre sólo puede efectuarse por resolución del Consejo.

El análisis de dicha normativa nos lleva a concluir que la competencia antes otorgada a la Junta de Química y Farmacia por la Ley de Farmacias para ordenar el cierre de establecimientos que funcionaren en contravención a la Ley, pasó por expresa disposición legal al Consejo Superior de Salud Pública.

Por otra parte, el artículo 289 del Código de Salud otorga una amplia competencia a los entes encargados de efectuar la vigilancia de establecimientos relacionados con la salud del pueblo, estableciendo que "El Consejo, las Juntas y el Ministerio, serán competentes para conocer de las infracciones que contravengan las disposiciones del presente Código y sus reglamentos, y de cualquier otra infracción que atente contra la salud pública".

Se ha externado ya que obtener autorización en estos casos constituye un imperativo legal, y que operar sin obtenerla es actuar en contravención a la Ley. Para abonar este punto se estima conveniente relacionar las siguientes consideraciones:

En ciertos casos, el principio o poder genérico de libertad con que actúan los particulares requiere para su concreción de una autorización por parte del poder público. Obtener dicha autorización se convierte en requisito sine qua non para el ejercicio de la actividad que se pretende.

En rigor, la autorización opera sobre actividades y derechos de titularidad privada, por lo tanto no incide en el derecho mismo, sino en la posibilidad de su ejercicio.

Afirma Trevijano Fos en su texto "Los Actos Administrativos", que la autorización afecta la validez del acto, de tal modo que la realización de la actividad sin la previa autorización constituye un acto ilícito si la actividad es material, o ilegal si la actividad es jurídica, en consecuencia, reitera que "el sujeto que pretende obtener una autorización puede actuar sólo después de su expedición".(José Antonio García-Trevijano Fos: Los Actos Administrativos. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1986. Pág. 248)

Lo anterior implica que las autorizaciones producen efectos jurídicos ex nunc, es decir, es desde la emisión del acto de autorización que comienzan los efectos, y por ende puede desplegarse la actividad.

Señala Luciano Parejo Alfonso, que la intervención administrativa vía autorizaciones descansa en una valoración del interés público, y por ello requiere una valoración de las condiciones para obtenerla. (Luciano Parejo Alfonso: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994. Pág. 418.)

Para el caso, las autorizaciones de apertura y funcionamiento de establecimientos que por su naturaleza involucren intereses de la colectividad, como los que expendan medicamentos, pueden tener incidencia en la salud

pública, que de conformidad al artículo 65 de nuestra Carta Magna constituye un bien público.

Con tales antecedentes establecemos las siguientes premisas:

1) La autorización constituye un requisito sine qua non para la apertura de establecimientos que expendan medicamentos, por lo cual la primera contravención al ordenamiento jurídico radica en funcionar sin la autorización necesaria;

2) El Consejo Superior de Salud Pública tiene competencia para ordenar el cierre de establecimientos que expendan medicamentos en contravención a la Ley.

Como corolario de lo anterior, el Consejo Superior de Salud Pública es competente para ordenar el cierre de establecimientos que funcionen sin haber obtenido la autorización correspondiente, y por tanto no existe el vicio alegado en este sentido.

El segundo motivo de ilegalidad se hace recaer en la falta de causa del acto administrativo que ordenó el cierre del establecimiento. Sostiene el demandante que el cierre únicamente procedía por haberse incurrido en alguna de las infracciones contempladas en el artículo 284 del Código de Salud, o por una falta grave establecida en los reglamentos respectivos.

La causa, elemento objetivo del acto administrativo, es la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita. La causa

real es la determinada por la Ley, y el motivo es la intención del funcionario al emitir el acto.

En el caso de autos como se ha señalado, el administrado no obstante haber solicitado autorización para la apertura de una farmacia, comenzó a vender medicamentos sin haber obtenido el permiso.

En concordancia con las consideraciones formuladas al analizar la competencia del Consejo Superior de Salud Pública, la falta de autorización para operar constituye la primera contravención al ordenamiento jurídico. Y es que naturalmente, la exigencia legal de obtener autorización para la apertura de farmacias, implica, que operar sin tal autorización las coloca al margen de la Ley.

En razón de lo anterior, la causa para ordenar el cierre del establecimiento "Multipharm" tuvo su fundamento precisamente en la exigencia legal de obtener autorización para funcionar, y no en alguna de las infracciones que señala el Art. 284 del Código de Salud.

Sostener como pretende el quejoso que "la causa de cierre sólo podía ampararse en el artículo 284 del Código de Salud" conllevaría una interpretación restrictiva de la Ley, que dejaría fuera de control a todos aquellos entes no autorizados.

Tales consideraciones nos llevan a concluir, que el Consejo Superior de Salud Pública efectuó el cierre del establecimiento "Multipharm"

fundamentándose precisamente en la ausencia de autorización, lo cual es acorde al ordenamiento jurídico.

El tercer motivo en que se hace recaer la ilegalidad del acto que ordenó el cierre, es que a juicio del demandante debía seguirse el procedimiento establecido en el artículo 293 del Código de Salud, el cual dispone que "las sanciones se sustanciarán en forma sumaria".

Esta Sala considera que el procedimiento sumario a que hace alusión el artículo 293 del Código de Salud, se instituye para aquellos supuestos en que un establecimiento previamente autorizado para la venta de medicamentos incurriese en ilegalidad.

En el caso de autos como reiteradamente se ha expuesto, nos encontramos ante un supuesto diferente: la sociedad demandante solicitó autorización de apertura para el establecimiento, y previo a que ésta fuera otorgada, inició la comercialización de medicamentos. Esto implica simple y llanamente, que constaba ante la autoridad administrativa la situación de ilegalidad en que ella se encontraba.

El artículo 316 contempla la potestad de tomar medidas preventivas con el fin de proteger la salud, al preceptuar que "la autoridad competente abrirá el respectivo expediente al tener conocimiento por cualquier medio de haberse cometido alguna infracción contra la salud, ordenando en el acto las primeras diligencias conducentes a la comprobación del hecho y de los responsables; y en todo caso, se tomarán las medidas preventivas adecuadas con el fin de

proteger la salud...". Como ha expuesto el doctor Oliva en su escrito de demanda, se había solicitado la autorización para el funcionamiento del establecimiento, pero ésta aún no se había otorgado al momento en que se comenzaron a vender medicamentos. Este Tribunal estima que ante la ilegalidad de la situación en que el establecimiento se encontraba, procedía ordenar su cierre en aras de proteger la salud pública. No debe perderse de vista que acorde a la doctrina citada, el funcionamiento sin previa autorización colocó al establecimiento al margen de la Ley, ya que la Sociedad ejercía una actividad que estaba condicionada a la intervención estatal. La actuación del Consejo Superior de Salud Pública no le privó de un derecho, sino impidió que continuara un accionar ilegal. En concordancia con lo expuesto, no existe tampoco la violación a las disposiciones que regulan las formalidades de la notificación, y la competencia para iniciar el informativo. Finalmente, el actor alega que existió infracción al ordenamiento jurídico al delegar el Consejo Superior de Salud Pública y su Presidente funciones en la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, ya que ni el Código de Salud, ni la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de la Junta de Vigilancia de las Profesiones de Salud, les atribuyen potestad delegativa, por lo que debía recurrirse a las reglas generales que otorgan al señor Presidente del Consejo Superior de Salud Pública la potestad o atribución de cumplir o hacer cumplir las resoluciones que se emitan.

Sobre este último punto este Tribunal advierte que la potestad de ordenar el cierre que por Ley compete al Consejo Superior de Salud Pública no fue delegada, ya que fue el referido Consejo quien emitió la orden de cierre. Ha de aclararse entonces que no ha existido delegación de competencia en este sentido. La Sala estima que constituye un ámbito diferente la ejecución material de dicha orden, es decir proceder al cierre ordenado por el Consejo. Lo que operó en el presente caso fue precisamente una delegación en la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para ejecutar tal cierre. Establecido que no existen los vicios alegados por la sociedad demandante en el acto del Consejo Superior de Salud Pública, tampoco lo existen en la resolución del Presidente de dicho Consejo, por basarse en el mismo contenido.

Por tanto, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 Pr.C. y 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Declárase inadmisibile la demanda presentada contra la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica; b) Declárase legal la resolución emitida por el Consejo Superior de Salud Pública el día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, mediante la cual se ordenó el cierre del establecimiento "Multipharm" ubicado en la Calle Las Magnolias de la Colonia San Benito, comisionando a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciese efectivo; c) Declárase legal la resolución pronunciada por el Presidente del Consejo Superior de Salud Pública el día treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, por medio de

la cual, a fin de darle cumplimiento a la resolución del Consejo, ordenó el cierre del establecimiento en mención, y comisionó a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para que lo hiciese efectivo; d) Condénase en costas a la parte actora conforme al Derecho común; y e) En el acto de la notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada. **NOTIFÍQUESE. ---M. ALF. BERNAL SILVA---J N R R---E. CIERRA---ARONETTE DÍAZ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---C. DURAN---RUBRICADAS. CAS134M97.98**

Administrativo

Sub-categoría

Materias Excluidas

Contencioso

Contenido:

Refiérese aquellas actuaciones que aún siendo propiamente administrativas, es decir actuaciones que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por determinados motivos se han apartado y excluido expresamente del conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativa.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, además de hacer referencia a una serie de materias ajenas a la referida jurisdicción, enumera también actuaciones propiamente administrativas, que se excluyen de control, las cuales constituyen recortes asistemáticos a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza a un ámbito jurisdiccional diferente. Las exclusiones de ésta índole, dejan fuera de la revisión jurisdiccional creada especialmente para la revisión de actos administrativos, una materia eminentemente administrativa, con lo, cual convierten la revisión de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativa, situación que contraría la tutela judicial efectiva.

Se ha sostenido reiteradamente, que en un Estado de Derecho, no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alejadas de la ley, por lo cual se sostiene que la Sala de lo Contencioso Administrativa es competente para conocer de las referidas actuaciones. (Sentencia del día veintiocho de octubre de mil novecientos noventa ocho. Ref. 134-M-97) (Sentencia del día veintiocho de octubre de mil novecientos noventa ocho. Ref. 135-M-97)

Ref. 130-R-2000

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia:

San Salvador, a las ocho horas del día treinta de agosto del año dos mil dos.

El presente juicio contencioso administrativo ha sido promovido por la señora Ana Victoria Ramírez, modista, de cincuenta y dos años de edad al inicio de este proceso, del domicilio de Jayaque, impugnando de ilegales actuaciones del Síndico y el Municipio de Jayaque.

Han intervenido en el juicio: la parte actora en la forma indicada; el señor Pánfilo Santos Mancía Velásquez, Alcalde Municipal de Jayaque; el señor César Edgardo López Ramírez, Síndico de la Alcaldía Municipal de Jayaque, personalmente y por medio de su Apoderado General Judicial licenciado José Tobías Orellana Hernández; y la licenciada Norma Alicia Pérez Carbajal, mayor de edad, licenciada en Ciencias Jurídicas, de este domicilio, en carácter de Delegada del señor Fiscal General de la República.

Considerandos:

Antecedentes de Hecho, Alegatos de las Partes.

I.- En la demanda presentada y su corrección la parte actora manifiesta:

1) Acto Impugnado y Autoridad Demandada. La peticionaria dirige su demanda contra la resolución suscrita por el Síndico Municipal de Jayaque el día dieciséis de mayo del año dos mil, mediante la cual se resolvió que no tenía

derecho a conectar el agua potable de su vivienda del ramal ubicado sobre la Avenida Staben, sino del ramal ubicado sobre la Séptima Calle Poniente, se le solicitó cancelar la diferencia sobre los impuestos municipales, y dejar en las mismas condiciones el suelo sobre la Av. Staben y la 7ª. Calle Poniente; y contra el acuerdo de fecha veinticinco del mismo mes y año, con el cual se confirmó la anterior resolución. **2) Circunstancias.** Relata la demandante que en el año de mil novecientos noventa y ocho solicitó a las autoridades de la Alcaldía Municipal de Jayaque, autorizar la conexión de agua para su vivienda ubicada sobre la Séptima Calle Poniente de esa Ciudad, especificando que el enlace se verificara de la válvula que se encuentra sobre la Avenida Staben, por lo cual canceló la cantidad equivalente a diez metros de conexión, porque en la conexión ubicada sobre dicha calle el servicio de agua es insuficiente; aclara que tal solicitud y el pago fueron presentados por el señor Jorge Alberto Hernández. Que sin realizar inspección alguna, la solicitud fue aprobada, lo cual se denota con la emisión del recibo correspondiente. Que con el aval de la Alcaldía se dio inició a la ruptura de la vía respectiva, sin embargo, las autoridades municipales le ordenaron súbitamente suspender los trabajos ya iniciados argumentando que en días de vacaciones no se hacen instalaciones de agua potable, que por el tráfico de vehículos tenía que estar presente la Policía Nacional Civil, y que una de las vecinas temía por posibles daños. Que ante ello acudió a la Alcaldía, donde fue atendido por el Síndico, quien autorizó que continuara la obra en los términos solicitados, sin embargo, el veintitrés de

abril del año dos mil, el Alcalde Municipal le ordenó nuevamente que se suspendieran los trabajos de conexión, argumentando que existía una diferencia de metros entre lo autorizado y la excavación realizada. Que ante ello se presentó nuevamente a la Alcaldía Municipal, solicitando que se levantara la suspensión, y expresando que estaba dispuesta a pagar el monto equivalente a los metros de conexión faltantes, ya que la cancelación inicial se debió a errores técnicos de la Municipalidad, quien no realizó ninguna medición al otorgar la autorización. Que el Alcalde reconoció que el error se debió a un descuido del funcionario que realizó el cobro y que el recibo no estaba firmado por él, por lo cual carecía de validez. Que fue así que presentó una solicitud al Concejo Municipal, la cual fue resuelta mediante el acto impugnado, el cual finalmente fue confirmado en recurso de revocatoria. **3. Fundamentos de la impugnación.** Bajo el argumento que el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho se le autorizó a proceder con la conexión de su vivienda con el ramal de agua potable sobre la Avenida Staben, sostiene que se ha vulnerado el principio contenido en el Art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que los actos favorables no pueden revocarse por contrario imperium por la Administración, sino, le es preciso iniciar un proceso de lesividad. Además refuta los señalamientos de la autoridad demandada sobre la invalidez del recibo en que efectuó el primer pago, sosteniendo que la presunción de legitimidad de los actos administrativos no se destruye con los errores que se le atribuyen, ya que éste existe y ha producido efectos desde el

momento en que fue dictado. Que por otra parte existe falta de fundamentación jurídica en el acto impugnado, lo cual genera *per se* la ilegalidad del mismo. En relación a lo sostenido por la autoridad demandada, en el sentido que su derecho de acceso al agua potable es del ramal ubicado sobre la Séptima Calle Poniente y no sobre la Avenida Staben, aduce que dicho argumento no fue expresado desde un inicio por la Administración, y que en todo caso, tal hecho no es propio de ser discutido en el presente juicio, sino que podría ser parte de los argumentos utilizados por la Administración para iniciar un proceso de lesividad; que tampoco puede aceptarse que la Administración haya invocado el criterio de la sana crítica para revocar la autorización inicial. **4) Petición.** Con base en lo expuesto, pide la suspensión del acto impugnado, y que se declare la ilegalidad de las resoluciones que adversa.

II. Mediante auto de las ocho horas y cinco minutos del día once de septiembre de dos mil, esta Sala expuso que la peticionaria dirigía su pretensión contra la Municipalidad de Jayaque, el Concejo Municipal de dicha Alcaldía y el Síndico Municipal, sin embargo, no impugnaba ninguna resolución atribuible al referido Concejo, por lo cual la demanda se admitió únicamente contra el Síndico y el Municipio de Jayaque, y se les solicitó informe sobre la existencia de los actos impugnados.

Recibido dicho informe, se resolvió que no procedía la suspensión de los efectos del acto, ya que lo que la demandante había solicitado a este tribunal era una "medida cautelar de carácter positivo", con la cual se le permitiera

realizar provisionalmente la conexión de agua en los términos que solicitó a la Administración. Sobre ello la Sala expuso que nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, la cual tiene carácter negativo, ya que con ella el tribunal únicamente puede ordenar a la Administración que "*suspenda*" un hacer; que el caso de autos, se solicita por el contrario que se le ordene a la Administración *que permita* realizar una conexión en determinados términos, medida positiva cuya adopción no ha sido regulada en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el mismo auto se solicitó al Síndico y al Municipio de Jayaque, nuevo informe con las justificaciones en que fundamentaban la legalidad de los actos que se les atribuyen. Asimismo, se ordenó notificar al señor Fiscal General de la República la existencia del proceso.

Las autoridades demandadas presentaron sendos informes justificativos, sosteniendo básicamente: Que de acuerdo a la autorización para la conexión de una paja de agua en la Séptima Calle Poniente en razón de diez metros, otorgada por el Concejo y la Municipalidad a favor de la señora Ramírez, cancelado bajo recibo de ingreso municipal seiscientos sesenta mil novecientos ocho, la Municipalidad está de acuerdo con dicha autorización, pero no así sobre la Avenida Staben como se realizaron las excavaciones, ya que con esa actitud ha violentado la autonomía y las normas de la Municipalidad, pues ninguna persona se puede atribuir un derecho al que legalmente no esté

autorizado por el Concejo de la Municipalidad o no le corresponda como tal, ni mucho menos usurpar bienes patrimoniales como lo ha hecho la señora Ramírez, usurpando la Avenida Staben con el propósito de obtener la conexión de la paja de agua sin estar autorizada. Que en cumplimiento a la normativa aplicable se previno a la señora Ana Victoria Ramírez, para que se abstuviera de continuar excavando sin autorización, y se practicó la inspección y remediación de los diez metros autorizados; que además la peticionaria alega que no le llega agua, cuando en realidad no posee conexión de paja de agua, por lo que se está anticipando a los hechos.

III. El juicio se abrió a prueba por el término de ley, en él se recibió prueba testimonial ofrecida por la autoridad demandada. Comparecieron como testigos las señoras Sonia Rina Alvarez de Galán y María Concepción Amaya, quienes en lo esencial sostuvieron: la primera: que conoce al señor Síndico Municipal del Municipio de Jayaque, señor César Edgardo López Ramírez, desde mil novecientos setenta; que conoce a la señora Ana Victoria Ramírez desde mil novecientos ochenta; que le consta que el señor César Edgardo López Ramírez tiene el cargo de Síndico en el Municipio de Jayaque; que le consta que el día dieciséis de mayo del año dos mil se le notificó a la señora Ana Victoria Ramírez la resolución en que se le extendía permiso de diez metros de conexión sobre la Séptima Calle y no sobre la Avenida Staben; que le consta que la señora Ana Victoria Ramírez canceló solo diez metros para la conexión de la paja de agua sobre la Séptima Calle Poniente y no sobre la

Avenida Staben; que le consta que con dicha conexión se ha dañado la vía pública; que le consta que la señora Ana Victoria Ramírez excavó más de lo autorizado por el Concejo Municipal; que le consta que al excavar más de lo autorizado la señora Ana Victoria Ramirez dañó propiedades privadas de los vecinos de la Municipalidad; que la señora Ramírez tenía un permiso para excavar diez metros, pero sobrepasó dicho permiso dañando a un vecino y pasando su terreno, excediendo aproximadamente unos treinta metros más de lo autorizado; la novena pregunta se eliminó por improcedente, y finalmente señaló que todo lo declarado es la verdad por constarle de vistas y oídas. La segunda de ellas contestó: que conoce al señor César Edgardo López Ramírez desde el año de mil novecientos ochenta y tres; que conoce a la señora Ana Victoria Ramírez desde hace aproximadamente cinco años; que le consta que el señor César Edgardo López Ramírez tiene el cargo de Síndico Municipal en Jayaque; que le consta que el día dieciséis de mayo del año dos mil se notificó a la señora Ramírez que tenía permiso de realizar una conexión de agua frente a su casa y no sobre la Avenida Staben; que le consta que la señora Ana Victoria Ramírez canceló únicamente diez metros de dicha conexión sobre la Séptima Calle Poniente y no sobre la Avenida Staben, y que con lo excavado se dañó la vía pública; que le consta que la señora Ana Victoria Ramírez excavó más de lo autorizado por el Concejo; que le consta que al excavar más allá de lo autorizado se dañaron propiedades de vecinos de la Municipalidad de Jayaque; que le consta que la señora Ana Victoria Ramírez realizó unos treinta

metros más de conexión que lo autorizado por el Concejo; la novena pregunta se eliminó por improcedente, y que todo lo declarado es la verdad por constarle de vistas y oídas. A repreguntas del licenciado José Tobías Orellana Hernández contestó: le consta que la señora Ana Victoria Ramírez canceló únicamente diez metros, a través de un mandamiento de pago que tuvo a la vista porque fue ella la persona que le cobró el impuesto, ya que en esa fecha laboraba en la Alcaldía; que le consta que a la señora Ramírez se le autorizó la conexión de agua frente a su vivienda en la Séptima Calle, y excavó de más en la Avenida Staben, y que todo lo repreguntado le consta de vista y oídas.

Posteriormente se corrieron los traslados que ordena el Art. 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La parte actora no hizo uso del mismo. Las autoridades demandadas ratificaron su posición, sosteniendo que a la demandante en ningún momento se le ha negado el derecho a la conexión del agua potable, sino que, en respuesta a su solicitud de fecha dos de mayo, se determinó mediante inspección que los diez metros cancelados le dan acceso a un caño sobre la Séptima Calle Poniente, y no sobre la Avenida Staben. Por su parte la representación Fiscal manifestó en lo esencial que se ha seguido el procedimiento respectivo; que el servicio de agua lo presta la Municipalidad siempre y cuando se sigan las normas de la costumbre y el orden administrativo, por lo que en este caso la Administración ha actuado de manera legal.

Fundamentos de Derecho

IV. El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia.

En el presente proceso, los actos objeto de impugnación son:

- La resolución suscrita por el Síndico Municipal de Jayaque el día dieciséis de mayo del año dos mil, mediante la cual se resolvió que la señora Ana Victoria Ramírez no tenía derecho a conectar el agua potable de su vivienda del ramal ubicado sobre la Avenida Staben, sino del ramal ubicado sobre la Séptima Calle Poniente, se le solicitó cancelar la diferencia sobre los impuestos municipales y dejar en las mismas condiciones el suelo sobre la Av. Staben y la 7ª. Calle Poniente; y,

- El acuerdo de fecha veinticinco del mismo mes y año, con el cual se confirmó la anterior resolución.

Antecedentes y fundamentos de la pretensión.

De la documentación agregada al proceso y la revisión del expediente administrativo, se establecen los siguientes hechos:

El dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho la señora Ana Victoria Ramírez canceló la cantidad de trescientos cincuenta y ocho colones con setenta y nueve centavos. En el recibo extendido, suscrito por el señor Tesorero Municipal de Jayaque, se detalló que dicho pago era en concepto de: "Valor de apertura de 10m de calle, conexión de una paja de agua y el pago de dos meses de agua", "Otros I. C" y "Fiesta" (folios 5 del proceso).

El día dos de mayo del año dos mil presentó solicitud ante el Concejo Municipal de Jayaque, exponiendo que después de haber hecho el pago anterior inició la conexión de agua potable, pero luego recibió órdenes del anterior Alcalde para suspender dichos trabajos. Que ante ello se presentó a la Alcaldía, donde el Síndico le manifestó que podía seguir con la conexión; sin embargo, al reanudar el trabajo recibió nueva orden de suspensión, ante lo cual solicitó hacer una remediación desde su casa: "hasta la válvula que está frente a la Sra. Rina Alvarez, pues, existe otra Válvula más cercana a mi casa, pero a mi familia Ramírez y a todos los vecinos del lugar tienen años de que el agua no les llega...". (folios 2 del expediente administrativo.)

Por resolución del Concejo Municipal de fecha cinco de mayo del año dos mil, se delegó al señor Síndico Municipal, ingeniero César Edgardo López, a realizar la inspección correspondiente y dar solución a la solicitud de la señora Ana Victoria Ramírez (folios 19 del proceso).

El dieciséis de mayo del citado año, en resolución suscrita por el Síndico Municipal y el Secretario del Municipio de Jayaque, se resuelve que la peticionaria no tenía derecho a conectar el agua potable de su vivienda sobre la Avenida Staben, sino de la válvula ubicada sobre la Séptima Calle Poniente, se le solicitó cancelar la diferencia sobre los impuestos municipales, y dejar en las mismas condiciones el suelo sobre la Av. Staben y la 7ª. Calle Poniente.

El veinticinco de mayo del referido año, el señor Síndico Municipal declaró improcedente el recurso de revocatoria interpuesto contra tal resolución, confirmándola.

La demandante hace recaer la ilegalidad de tales resoluciones, básicamente en los siguientes puntos:

1. Que con el acto impugnado, se ha revocado de oficio una autorización anterior, para lo cual la Administración no está facultada;
2. Que el recibo que respaldaba el primer pago efectuado era válido, por la presunción de legitimidad de los actos administrativos;
3. Que la resolución impugnada carece de motivación, y se ha fundado en argumentos impropios; y,
4. Que no puede aceptarse que la Administración haya invocado el criterio de la sana crítica para revocar la autorización inicial.

Establecidos los límites de la pretensión, se pasa al análisis de los puntos invocados.

Sobre la "revocatoria" de la autorización anterior.

La demandante afirma que con la emisión del recibo ingreso serie "M, número seis seis cero nueve cero ocho", el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho, la Administración dictó un acto tácito, con el cual se le autorizó la conexión de su vivienda con el ramal de agua potable sobre la Avenida Staben, tal como lo solicitó.

Bajo tal argumento sostiene que el acto impugnado encierra *una revocatoria de un acto favorable generador de derechos*, lo cual vulnera el principio contenido en el Art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que los actos favorables no pueden revocarse por contrario imperium por la Administración, sino, le es preciso iniciar un proceso de lesividad.

Las autoridades demandadas han sostenido en el proceso que en ningún momento se ha negado a la demandante el derecho a la conexión del agua potable, sino que, en respuesta a su solicitud de fecha dos de mayo, se determinó mediante inspección que los diez metros cancelados le dan acceso a un caño sobre la Séptima Calle Poniente, y no sobre la Avenida Staben.

Esta Sala ha tenido a la vista el recibo extendido a la señora Ana Victoria Ramírez, suscrito por el señor Tesorero Municipal de Jayaque, en el cual se detalló que dicho pago era en concepto de: *"Valor de apertura de 10m de calle, conexión de una paja de agua y el pago de dos meses de agua", "Otros I.C" y "Fiesta"*.

Resulta claro que, en los términos en que fue redactado, el referido recibo no puede tener las implicaciones que pretende la demandante, es decir, de éste *no puede inferirse una decisión de la Administración de "autorizar" la conexión con el ramal de agua sobre la Calle Staben, sino, simplemente autorizar la apertura de diez metros de calle.*

Por otra parte, la autoridad demandada ha expuesto en el proceso, que al practicarse la inspección se constató que de realizarse la conexión con la Avenida Staben se daría una ruptura mayor a los diez metros cancelados, los cuales, se reitera, le daban acceso a un caño sobre la Séptima Calle Poniente.

Esta Sala estima que las razones expuestas por Municipalidad son válidas, y que en forma alguna puede entenderse que ha existido un acto "tácito" de autorización para realizar la conexión desde un punto o lugar determinado. Es así, que tal como se sostuvo en el informe justificativo, con la resolución impugnada no se ha "suspendido el derecho a conexión de agua", sino simplemente se suspendió la realización de trabajos en un área no autorizada.

En vista que no ha existido la revocación alegada, y que la emisión del recibo no tiene el carácter de un acto favorable en los términos que pretende la demandante, resulta infundado pronunciarse sobre la validez o invalidez del mismo.

En este mismo orden de ideas, tampoco es válida la argumentación de la peticionaria, en el sentido que: "no puede aceptarse que la Administración haya invocado el criterio de la sana crítica *para revocar la autorización inicial*", ya que, se reitera, no ha existido tal revocación.

Sobre la falta de motivación del acto impugnado.

La demandante ha argumentado también que la resolución impugnada carece de motivación, y se ha fundado en argumentos impropios.

En reiteradas ocasiones ha expuesto este tribunal, que la motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido. En el caso en análisis, en la resolución suscrita por el Síndico Municipal de Jayaque el día dieciséis de mayo del año dos mil, se expuso textualmente: "Por medio de lapresente (sic.) le enviamos respuesta a su solicitud presentada el dos de mayo del corriente año, referente a la conexión de agua potable de lo cual se acordó:

1. Se hizo la inspección correspondiente.
2. Se contactó que los 10 metros cancelados, le dan acceso a un caño sobre la 7ª Calle poniente, donde sí puede conectar dicho servicio.
3. Por las razones expuestas en su solicitud que les llega el agua a ese punto donde canceló los 10 metros.

4. Se toma la reconsideración que puede tomar a un metro dela (sic) válvula que se encuentra sobre la 7ª calle poniente y no sobre la Avenida Staben como está la excavación.

Esta decisión está basada en que las personas que viven sobre la Av. Staben, tienen derecho por ubicación de sus casas.

1. Que por derecho a la Sra. Ramírez, le toca hacer su conexión al frente de su casa.
2. Se solicita a la Sra. Ramírez pasar a la Tesorería Municipal, a cancelar la diferencia sobre los impuestos Municipales y al mismo tiempo dejar en las mismas condiciones el suelo sobre la Av. Staben y la 7ª. calle poniente y a la vez presentar el machuelo."

Tales argumentos como claramente aparece, sustentan de manera suficiente la decisión de la Administración sobre la solicitud de conexión, por lo cual cumplen el requisito de la motivación de la decisión adoptada. Se aprecia además que éstos sí guardan relación directa y son congruentes con el punto debatido, aclarando, como ya ha señalado la autoridad demandada, que no se niega *per se* el derecho a realizar la conexión de agua, sino, se *específica el lugar en que ésta se ha de realizar*. **Por tanto**, con fundamento en lo expuesto y Arts. 421, 427 Prc.; 31 y 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, la Sala FALLA: a) Que es legal la resolución suscrita por el Síndico Municipal de Jayaque el día dieciséis de mayo del año dos mil, mediante la cual se resolvió que la señora Ana Victoria

Ramírez, no tenía derecho a conectar el agua potable de su vivienda del ramal ubicado sobre la Avenida Staben, sino del ramal ubicado sobre la Séptima Calle Poniente, se le solicitó cancelar la diferencia sobre los impuestos municipales y dejar en las mismas condiciones el suelo sobre la Av. Staben y la 7ª. Calle Poniente; b) Que es legal el acuerdo de fecha veinticinco de mayo del año dos mil, con el cual se confirmó la anterior resolución; c) Condénase en costas a la parte actora conforme al Derecho Común; d) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a las autoridades demandadas y a la representación fiscal; y, e) Devuélvase el expediente administrativo a su oficina de origen. **NOTIFÍQUESE. -----RENE FORTIN MAGAÑA-----J. N. R. RUIZ--
-----M. CLARA-----M. ALF. BERNAL SILVA-----PRONUNCIADA
POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN-----E. A.
URQUILLA D.-----RUBRICADAS.**

Administrativo

Sub-categoría

Tutela Judicial Efectiva

Contencioso-Administrativo

Contenido:

La prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuere cumplido. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo la

facultad de exigir y obtener una sentencia no fuere cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende no sólo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada en derecho, sino, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto. Finalmente, la Ley Básica de la Reforma Agraria establece los procedimientos para fijar el monto de la indemnización. (Sentencia del día veintiséis de junio de mil novecientos noventa ocho. Ref. 70-M-94)

Ref. 70-M-94.

Muyshondt vrs. Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria.

Notas: Máxima 1.

La concurrencia de dos o más sujetos que ostentan derechos sobre un mismo inmueble, se conoce como "concurso de titularidades expropiadas", y es reconocido expresamente por el Derecho comparado. Por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa Española del veintisiete de abril de 1957, regula que los arrendatarios rústicos y urbanos tienen derecho a una indemnización independiente, al igual que los precaristas, y sólo el resto de los titulares secundarios tendrán que hacer valer sus derechos sobre el justo precio de la expropiación principal, minorando la indemnización del propietario (Tomado de Curso de Derecho Administrativo II, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández).

Como se señaló en el apartado precedente, las mejoras se traducen en un incremento de la capacidad productiva o del valor en globo del inmueble, que ha de ser retribuido por quien se apropie de ellas.

Bajo el esquema de la relación arrendatario-arrendante, la ejecución de mejoras trae como consecuencia la necesidad de su adecuada indemnización al finalizar el contrato, pues éstas pasarán a poder del arrendador (Jurisprudencia de Derecho Agrario. "La Construcción del Derecho Agrario Jurisprudencial a través de sus institutos", selección y clasificación del Prof. Enrique Ulate Chacón).

Las anteriores consideraciones arriban a establecer que, la calidad de arrendatario no es óbice para que el sujeto se considere expropiado, cuando ha introducido mejoras en un inmueble que ha sido de expropiación.

La Indemnización:

La indemnización es un elemento integrante de la expropiación, que opera como una medida compensatoria ante el acto unilateral de expropiación ejecutado por el Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, la indemnización como elemento esencial de la expropiación se encuentra establecida por un precepto constitucional, señalándose que: "la expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización..."(artículo 106 de la Constitución de la República).

La integralidad de la indemnización implica que en ella han de comprenderse todos los valores que constituyan la consistencia jurídica de lo que se priva.

Podemos afirmar categóricamente que todos los bienes objeto de expropiación deben comprenderse en la indemnización, ya que como consecuencia lógica a la privación patrimonial de un bien, se le contrapone su resarcimiento vía indemnización.

De sostener la tesis contraria, se avalaría un acto de naturaleza confiscatoria, figura que se encuentra taxativamente prohibida por nuestra norma suprema según el Art. 106 inc. último, e incluso en la Constitución de 1962, Art. 138:

"Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido".

En síntesis, el destinatario de la indemnización ha de ser el sujeto que sufre la merma en su patrimonio, por ende, si las mejoras de un inmueble fueron introducidas por un arrendatario, será éste el destinatario de la compensación.

Conclusiones:

El ISTA fundamentó su resolución, y reiteró en este proceso, que se denegó lo solicitado por el demandante, por haberse pagado ya dicha

indemnización a sus legítimos propietarios. El actor alega que dicho argumento es falso, ya que a los propietarios se les canceló únicamente el valor de la tierra.

El segundo argumento fue la calidad de arrendatario del peticionario.

Según la documentación que se ha tenido a la vista (folios 148, 150, 151 y 152 del expediente administrativo), el cálculo de la indemnización se realizó en base a lo declarado por los propietarios para el impuesto de vialidad en los años mil novecientos setenta y seis y mil novecientos setenta y siete. La Hacienda La Calzada tenía una extensión superficial de novecientas un hectáreas, un mil noventa y cuatro metros cuadrados, treinta centímetros cuadrados, a lo cual se le restó el derecho de reserva del cual hicieron uso los propietarios, correspondiente a 100 hectáreas.

La indemnización pagada a los propietarios ascendió a ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos colones, se contrajo meramente al valor de la tierra, sin tomar en cuenta valor de ganado, maquinaria, equipo agrícola o mejoras.

Según se resolvió en el acta de adquisición del diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y uno, tal determinación responde al hecho que "al momento de la intervención y toma de posesión no se encontró ganado, maquinaria ni equipo agrícola"; nada se menciona sobre las mejoras. Ante el fallecimiento de la señora Mercedes Gallegos de Salcedo, la Junta Directiva del ISTA emite una nueva resolución el nueve de mayo de mil novecientos

ochenta y cinco, pero sin variar lo relativo al monto de la indemnización. La referida indemnización fue recibida por los expropietarios el día trece de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

Según consta en el expediente administrativo (folios 259 y 260) el señor Ernesto Muyshondt Parker venía realizando gestiones desde el veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta, reclamando las mejoras efectuadas en la Hacienda La Calzada en calidad de arrendatario.

En escrito fechado dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, el señor Muyshondt Parker presenta nueva petición (folios 263 y 264 del expediente), cuantificando en dos millones novecientos cincuenta mil colones su petición, incluyendo construcción de calles, bordas, drenos, niveles, destroncado, corrección de acidez del suelo, introducción de luz eléctrica, construcción de bodegas y escuelas, bordas alrededor de toda la Hacienda.

Esta Sala considera que tales mejoras, eran por su naturaleza verificables mediante inspección y valúo, no obstante, la Institución no realizó las acciones pertinentes para su determinación.

A folios 295 corre agregada nota en que el Jefe del Departamento de Adquisición de Tierras remite al gerente de Adquisición y Asignación de Tierras un proyecto de resolución, declarando improcedente la petición del quejoso, por considerarla nacida de un contrato privado a ventilarse en los tribunales ordinarios, no de competencia del ISTA.

El veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro, la Junta Directiva se pronuncia en definitiva sobre la petición, desestimándola, bajo la consideración que al momento de la intervención el solicitante era arrendatario del citado inmueble, y que no es a esa Institución a quien le corresponde hacerle dicho reclamo, sino a los expropietarios.

La ilegalidad de tal denegativa se fundamenta en los razonamientos expuestos en esta resolución, que pueden sintetizarse así:

1) Las mejoras introducidas en la empresa agrícola forman parte del objeto expropiado;

2) La calidad de arrendatario no desnaturaliza el status de "expropiado", entendido como el sujeto afectado en su situación patrimonial por el acto expropiatorio;

3) La indemnización ante la privación patrimonial, es un elemento integrante de la expropiación con expresa cobertura constitucional;

4) El destinatario de la indemnización ha de ser el sujeto que sufre la merma en su patrimonio, por ende, si las mejoras fueron introducidas por el arrendatario, será éste el destinatario de la compensación; y,

5) En el caso en debate la indemnización pagada a los propietarios se contrajo meramente al valor de la tierra.

Como se expuso en acápites anteriores, la motivación del acto adversado establece las razones de hecho y de derecho que indujeron a fallar en determinado sentido, y en el presente caso, ha quedado establecido que

los motivos en que se basó el ISTA para emitir su resolución (el pago realizado al propietario y el status de arrendatario) no justificaban la denegativa adversada.

Como consecuencia lógica, el acto que deniega el pago de las mejoras es ilegal.

Esta Sala no puede obviar que la determinación y cuantificación de las mejoras para efecto de establecer el monto de la indemnización, se vio obstaculizada por demora imputable a la Administración, quien no realizó oportunamente las inspecciones y avalúos necesarios a efecto de constatar lo sostenido por el peticionario. Tal accionar tuvo su base en supuestos falsos (el pago realizado al propietario y el status de arrendatario), cuya ilegalidad ha sido ya establecida.

Como plantea el maestro Jesús González Pérez, la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuere cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende no sólo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada en derecho, sino, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto.

A fin de ejecutar el fallo de este Tribunal, ha de estarse a lo dispuesto en la Ley Básica de la Reforma Agraria. El Capítulo IV de la referida Ley, regula lo referente al "Avalúo y Forma de Pago" en el Art. 13, estableciendo tres procedimientos de fijación del monto de la indemnización:

En el primero, se toma como base el promedio "del valor declarado por sus propietarios en los ejercicios impositivos para impuesto de vialidad durante los años 1976 y 1977";

En el segundo, -en defecto del anterior supuesto-, el propietario expresará el valor de sus bienes afectos al momento de manifestar su voluntad de vender al ISTA, quien en la siguiente sesión a través de su Junta Directiva manifestará su acuerdo o desacuerdo con el precio propuesto. En caso de desacuerdo el ISTA hará una contraoferta, sobre la que deberá manifestarse el propietario dentro del tercero día hábil de que fuese notificado. Si rechazare la contraoferta se procederá a la expropiación y se indemnizará con base al precio allí determinado.

En el tercero, a falta de los anteriores, si el propietario no compareciere el monto de la indemnización será fijado por el ISTA tomando en cuenta el valor promedio de los inmuebles de la misma clase ubicados en la zona.

Estas constituyen por Ley las formas "preferenciales" de determinación del monto del pago. En el caso en estudio, como reiteradamente se ha expuesto, sólo existen las declaraciones de los propietarios tomadas como base para la determinación de la indemnización que establecieron meramente el valor de la tierra. En su defecto, para determinar el cálculo de las mejoras en cuestión, tiene aplicación el segundo supuesto contemplado en la Ley, es decir, la presentación de una oferta por el petionario, ante lo cual, si el ISTA se encuentra en desacuerdo, formulará una contraoferta.

Finalmente, este Tribunal estima que no es procedente el pago solicitado respecto a los bienes por adherencia y destinación que se alega se encontraban en el inmueble, ya que a diferencia de las mejoras, sobre las cuales el ISTA no emitió pronunciamiento alguno, en este punto en el acta en que se acordó el monto a indemnizar a los propietarios, claramente se expuso que "al momento de la intervención y toma de posesión no se encontró ganado, maquinaria, ni equipo agrícola".

El Art. 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece un plazo perentorio de treinta días hábiles contados a partir de la recepción de la certificación de la sentencia, para que la autoridad o funcionario demandado practique las diligencias necesarias para el cumplimiento pleno de la misma.

POR TANTO: De conformidad con los Arts. 421 y 427 Pr. C., 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala, FALLA: a) Declárase sin lugar la inadmisibilidad solicitada por la autoridad demandada; b) Declárase ilegal la resolución pronunciada por el Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria el día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro, en tanto deniega el pago de las mejoras solicitado por el señor Ernesto Muyschondt Parker; c) Tal como establece el Art. 34 de la L.J.C.A., el ISTA deberá practicar las diligencias necesarias para el pleno restablecimiento del derecho violado, de conformidad a los parámetros contenidos en la Ley Básica de la Reforma

Agraria y en esta resolución dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de la recepción de la certificación de esta sentencia; d) Condénase en costas a la autoridad demandada conforme al Derecho común; e) En el acto de la notificación entréguese certificación de esta sentencia a la parte actora y a la autoridad demandada; y, f) Devuélvase el expediente administrativo original que se ha tenido a la vista a su oficina de origen. **NOTIFIQUESE. ---M. ALF. BERNAL SILVA---J N R R---E. CIERRA---ARONETTE DIAZ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---C. DURAN---RUBRICADAS. CAS70M94.98**

Constitucional

Sub-categoría

Medidas Cautelares

Amparos

Contenido:

El juez en ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra facultado para decretar las medidas cautelares que resulten necesarias para garantizar de manera puntual la eficacia de la sentencia definitiva del proceso, evitando que se realicen actos que impidan o dificulten la satisfacción de la pretensión debatida, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos para tal

efecto. (Sobreseimiento de Amparos ref. 265-2000 de fecha 11 de Septiembre de 2001).

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo –dictado al inicio o en el transcurso de un proceso o procedimiento- tendente a asegurar la eficacia de la decisión definitiva que deba dictarse en el mismo, es decir, no constituye un mecanismo de tutela inmediata.

Cabe apuntar que las medidas cautelares parten de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus boni iuris*- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso –*periculum in mora*-. Sobre este punto, se ha esbozado que la razón de la existencia de la función cautelar, es evitar que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes y mantener a salvo la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la ejecución de un eventual fallo estimatorio, lo cual no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución. (Sobreseimiento de Amparos ref. 316-2000 de fecha 27 de Septiembre de 2001).