

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EXTREMA URGENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

MSc. Alex Rojas Ortega
alex.rojas.09@hotmail.com

RESUMEN

El presente estudio está enfocado en la comprensión de un tipo especial de medidas cautelares que son valoradas en la jurisdicción contencioso administrativa, las denominadas medidas cautelares provisionales, inaudita altera parte, las cuales son otorgadas en casos de extrema urgencia. Lo anterior procede sin demérito de un repaso por los aspectos generales de la tutela cautelar y un detalle del trámite procesal que recibe este tipo de medidas cautelares.

Palabras clave: Medidas cautelares, urgencia, contencioso administrativo, proceso.

ABSTRACT

This paper focuses on the understanding of a special type of injunctive relief in administrative courts, the provisional precautionary measures, inaudita altera parte, issued in cases of extreme urgency. This is without prejudice of a review of the general aspects of the injunctive relief and of the procedure involved when requesting this type of measure.

Keywords: Injunctive relief/precautionary measure, urgency, administrative court, procedure..

Recibido 25 de enero de 2020

Aceptado 27 de febrero de 2020

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de Investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. El derecho fundamental a la tutela cautelar. II.- Los presupuestos materiales para el otorgamiento de una medida cautelar. III.- Los caracteres estructurales de las medidas cautelares. IV.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. A.- Momentos u oportunidades procesales para solicitar medidas cautelares. 1.- Medidas cautelares *ante causam* o prejudiciales. 2.- Medidas cautelares durante el transcurso del proceso o intraprocesales. 3.- Medidas cautelares en fase de ejecución. B.- Tipos de medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso administrativa. 1.- Medidas cautelares típicas. 2.- Medidas cautelares atípicas; V.- Medidas cautelares *provisionalísimas, inaudita altera parte* o de extrema urgencia. 1.- ¿Qué son las cautelares *provisionalísimas* o de extrema urgencia? 2.- Supuestos en los que es procedente otorgar medidas cautelares *provisionalísimas*. 3.- Trámite procesal de las medidas cautelares *provisionalísimas*. VI.- Medios recursivos en materia de medidas cautelares. VII.- Conclusiones.

I. El derecho fundamental a la tutela cautelar

La justicia cautelar surge del contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Carta Magna) y comprende el derecho de solicitar al órgano jurisdiccional (inclusive en la sede administrativa¹) todas aquellas medidas cautelares

que resulten necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito, así como la satisfacción anticipada y provisional de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables.

La justicia cautelar busca mesurar o atemperar los efectos de la duración normal del proceso judicial, de modo que las situaciones jurídicas de las personas no se vean dañadas, desmerecidas o perjudicadas por efecto de la duración misma del proceso. Por eso es plenamente aplicable el principio chiovendano cuando señala que “*La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no debe ser un daño para quien probablemente tiene la razón*”.

De forma correlativa, el juez y la jueza están en la obligación de ordenar o adoptar las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para tales efectos. Así, la tutela cautelar es exigible cuando existe riesgo de que, en forma efectiva o potencialmente cierta, puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, en forma grave e, incluso, irremediable, las situaciones jurídicas sustanciales aducidas por la persona.

En esos términos, es claro que la justicia cautelar facilita el adecuado ejercicio de la pronta y cumplida función jurisdiccional y, de forma paralela, mantiene incólume tanto el objeto del proceso o la pretensión, así como la respectiva situación jurídica sustancial que se solicita proteger, durante el tiempo necesario para que se desarrolle en forma adecuada el proceso de fondo.

II. Los presupuestos materiales para el otorgamiento de una medida cautelar

Los presupuestos esenciales e indispensables para la procedencia de una medida cautelar son (a) La apariencia de buen derecho. (b) El peligro en la demora. (c) La ponderación de los intereses en juego. Veamos:

a) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*: Consiste en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud derivada no solo de la seriedad de la demanda, sino también de la probabilidad del acogimiento de la cuestión principal. En tal sentido, se considera que bastará con esa apariencia inicial de seriedad, para que se tenga por cumplido con este requisito. El *fumus boni iuris* busca la verificación de falta de temeridad de la pretensión y un viso, al menos inicial y razonable, de seriedad de la demanda.

En el voto n.º 96-F-TC-2009, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo se refirió a este presupuesto también como el *fumus non mali iuris*; es decir, como la apariencia de que no hay un mal derecho en ejercicio.

b) Peligro en la demora o *periculum in mora*: Consiste en el temor o peligro, objetivamente constatable, de que la tardanza en desarrollar el proceso principal apareje la pérdida, desmejoramiento o la frustración de la situación jurídica sustancial aducida, lo cual iría unido a la inutilidad de la sentencia de mérito en tales supuestos. Sobre el particular, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA) indica que: “La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o

permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales de la situación aducida [...]”.

Por ello, siempre que exista peligro de daño o perjuicio, actual o potencial, de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables, la tutela cautelar debe fungir como mecanismo de protección y de garantía, con el fin de conservar íntegramente tales situaciones jurídicas. Lo anterior se halla aunado a que no en todos los casos, el justiciable pretende la mera reparación indemnizatoria, sino primaria y fundamentalmente, la integridad de su pretensión y de la situación jurídica que la sustenta.

c) Ponderación de los intereses en juego o bilateralidad del *periculum in mora*: Finalmente, para que sea procedente otorgar una medida cautelar, el artículo 22 del CPCA señala que:

[...] el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

De ese modo, cuando el daño que pueda provocarse al interés público o a los intereses de terceros, sea de mayor envergadura que el que podría sufrir el promovente de la medida cautelar. En caso de que sea declarada sin lugar, esta debe ser rechazada.

III-Los caracteres estructurales de las medidas cautelares

Ahora bien, las medidas cautelares tienen una serie de características estructurales que las particularizan, veamos:

1) Instrumentalidad: Las medidas cautelares guardan correspondencia de carácter instrumental con la sentencia de fondo o con el proceso principal. Nunca tienen existencia independiente de un proceso en el que se esté ventilando sobre la procedencia o no de una determinada pretensión, salvo el supuesto de las medidas cautelares *ante causam* o prejudiciales (que en este estudio abordaremos), donde aunque no exista un proceso en el que se esté conociendo sobre el fondo del asunto, en caso de que se estime procedente la medida, el juez o la jueza ordenará su interposición en un plazo de quince días hábiles, bajo sanción, en caso contrario, de que se extinga automáticamente la vigencia de la medida adoptada.

Precisamente, la instrumentalidad refiere a la necesaria utilidad que la medida cautelar tendrá para garantizar la sentencia de fondo, así como para garantizar las situaciones jurídicas sustanciales aducidas. Por ende, la tutela cautelar

solo puede adoptarse frente a un proceso principal -o de ejecución- en curso o por incoarse y se extingue cuando el proceso principal termina.

2) Provisionalidad: Las medidas cautelares son provisionales por cuanto son transitorias y no definitivas, es decir, se extinguen al dictarse la sentencia del proceso o, incluso, cuando en virtud del principio *rebus sic stantibus* previsto en el artículo 29 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se ha verificado una variabilidad de las circunstancias que determinan su modificación o eliminación.

3) Urgencia: Al existir una situación de anormalidad, el ordenamiento jurídico posibilita la derogación del principio de legalidad por la primacía del principio de necesidad, a efecto de evitar que se cause un daño o un perjuicio a los justiciables. Dada la imperiosa necesidad de evitar daños o perjuicios, ante una situación de anormalidad, el ordenamiento faculta para que se dicten medidas cautelares de extrema urgencia, *inaudita altera parte*, provisionalisimas y *ante causam*.

4) Sumaria *cognitio*: Las medidas cautelares deben ser conocidas bajo un análisis sumario de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación y necesidad. Si bien la persona juzgadora debe valorar con mesura la procedencia de la medida cautelar, lo cierto es que la urgencia e inmediatez que caracteriza a las cautelares apareja que deban ser valoradas bajo un análisis sumario, distinto al propio que podría concederse bajo el cauce normal y los plazos comunes de un proceso ordinario.

IV. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

El proceso contencioso administrativo goza de un sistema robusto de mecanismos de tutela cautelar, lo cual no solo tiende a garantizar en un plano teórico los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas, así como la legalidad de la función administrativa (desiderátum último del canon 49 constitucional), sino que, además, permite mitigar los efectos del tiempo que es necesario para tramitar el proceso judicial, sin que, en sí misma, la espera resulte gravosa para el justiciable.

Si bien líneas atrás hicimos referencia, en términos generales, a los presupuestos materiales y caracteres estructurales de las medidas cautelares, lo cierto es que, por los alcances de este estudio, es preciso agudizar el foco de análisis y centrarnos, en adelante, en los momentos procesales en que es posible solicitar el auxilio cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, posteriormente, en un tipo particular de medidas cautelares que, en la praxis del Tribunal Contencioso Administrativo, se denominan como “*provisionalísimas*” o de extrema urgencia.

A. Momentos u oportunidades procesales para solicitar medidas cautelares

Como parte del fortalecido sistema procesal contencioso administrativo, el justiciable puede requerir el auxilio judicial en diversas etapas:

1.- Medidas cautelares ante causam o prejudiciales: En aquellos supuestos donde no

se haya interpuesto una demanda y, por ende, no exista proceso pendiente ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí resulta posible obtener el auxilio jurisdiccional, motivado en situaciones de urgencia, que hacen necesario el otorgamiento de una determinada medida cautelar. A este supuesto, se refiere el artículo 19.2 CPCA cuando señala “*Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso*”.

En tales supuestos, como sucede con la generalidad de las cautelares y aunque el requerimiento se haga antes de haberse interpuesto una demanda, el análisis el juzgador que efectúa está enfocado en verificar que se encuentren presentes los presupuestos materiales y los caracteres estructurales, a los que se hizo referencia antes.

Finalmente, el numeral 26.2 CPCA dispone que, en caso de que la medida cautelar *ante causam* sea concedida, deberá presentarse la demanda en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge. De lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia.

2.- Medidas cautelares durante el transcurso del proceso o intraprocesales: El artículo 19.1 CPCA dispone que “*Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la*

efectividad de la sentencia”. Bajo ese contexto, lo usual es que se soliciten las medidas cautelares con la demanda y que sean otorgadas durante el transcurso del proceso, ya que se mantendrán, salvo variación de las circunstancias, hasta el dictado de la sentencia de fondo.

Cabe precisar que, ante la solicitud de una medida cautelar, el trámite previsto para ello en el numeral 24 del CPCA es que el tribunal debe darles audiencia a las partes por un plazo de hasta tres días, acerca de la solicitud de la medida, con el fin de garantizar el contradictorio y el derecho de defensa de la parte que eventualmente será sujeto pasivo de la cautela solicitada. Incluso, nada obsta para que el tribunal otorgue un plazo menor, ante casos urgentes, en los que la audiencia podría reducirse a horas. Una vez transcurrido el plazo otorgado, el tribunal se avoca a resolver lo que corresponda.

3.- Medidas cautelares en fase de ejecución:

Tal como se indicó antes, el canon 19.1 CPCA señala que *“Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. (Lo resaltado es nuestro). Por ende, luego de dictada la sentencia de fondo y en fase de ejecución, en aras de darle cumplimiento íntegro al fallo, se pueden adoptar, bajo solicitud de la persona interesada, las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para ello.

Cabe mencionar que, en esta fase de ejecución, también resulta aplicable la regla prevista en el

ordinal 24 CPCA, relativa a brindar audiencia a las partes acerca de la medida cautelar solicitada y el conocimiento de este requerimiento cautelar, corresponde a la jueza o al juez ejecutor.

Ahora bien, para efectos del estudio que nos ocupa, es importante dejar claro que, en cualquiera de los momentos u oportunidades procesales antes indicados es posible solicitar medidas cautelares de extrema urgencia, denominadas como *provisionalísimas*, las cuales analizaremos más adelante. Lo anterior es de relevancia para despejar cualquier duda acerca de si este tipo de medidas cautelares solo resulta procedente en alguna fase procesal o si, por el contrario, las cautelares *provisionalísimas* constituyen, erradamente, una oportunidad o momento procesal en sí mismas.

B. Tipos de medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso-administrativa

El espectro de medidas cautelares ventilables en la jurisdicción contencioso administrativa es muy amplio, debido a que, por la especial complejidad de la materia y de los diversos aspectos que se conocen, no resulta admisible tener una lista *numerus clausus* o de lista tasada limitada de las medidas cautelares que pueden solicitarse. En tal sentido, durante cualquiera de las fases o momentos procesales a los que se hizo referencia antes, es posible requerir:

1.- Medidas cautelares típicas: Los justiciables tienen la posibilidad, dependiendo del objeto del proceso y de lo que estimen oportuno para sus intereses, de solicitar al tribunal que se adopten

medidas cautelares definidas en el ordenamiento jurídico escrito, tales como el embargo preventivo (artículo 86 del Código Procesal Civil) o la anotación de la demanda (artículo 87 *ibidem*).

2.- Medidas cautelares atípicas: El juez o la jueza cuenta con la discrecionalidad jurisdiccional para adoptar las medidas cautelares que estime adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. El grueso de las medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso administrativa está constituido por medidas cautelares atípicas que pueden tener un contenido negativo (suspensión de conductas administrativas formales) o un contenido positivo (ordenar conductas de hacer, de dar o de no hacer) respecto a cualquier entidad u órgano público, incluso, sobre sujetos de derecho privado. Así el artículo 20 CPCA lo faculta cuando señala que:

Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar: [...].

Bajo ese contexto, nuevamente resulta pertinente otra precisión: pueden solicitarse las medidas cautelares típicas y atípicas, en la sede contencioso-administrativa, en cualquiera de las etapas o momentos procesales a los que nos referimos antes. Consecuentemente, sea antes de interpuesto el proceso, durante el curso de este o bien, en la fase de ejecución de sentencia, es posible adoptar medidas cautelares típicas o atípicas.

Cuando hayamos podido conocer las etapas u oportunidades procesales donde es posible requerir medidas cautelares, así como el tipo de cautelares que es posible solicitar al órgano jurisdiccional, podemos enfocar nuestra atención en un tipo particular de medidas cautelares que, por su naturaleza, su trámite y sus efectos, requieren de un estudio particularizado.

V. Las medidas cautelares *provisionalísimas, inaudita altera parte* o de extrema urgencia

A través del presente estudio, hemos indicado que, en cualquiera de los momentos procesales establecidos en el CPCA, es posible solicitar el auxilio judicial, con el fin de que sea otorgada una determinada medida cautelar. Como consecuencia de ello, en cualquier fase del proceso, resulta viable solicitar medidas cautelares de extrema urgencia que, a continuación, pasamos a conocer en detalle:

1. ¿Qué son las cautelares *provisionalísimas* o de extrema urgencia?

El CPCA dispone lo siguiente en su artículo 23:

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

De acuerdo con lo previsto por el CPCA, las medidas cautelares *provisionalísimas* son otorgadas bajo una valoración sumarísima efectuada por el juez o la jueza, en forma inmediata, y su esencia estriba en facilitar, permitir o garantizar, la eficacia de otra medida cautelar que será adoptada en forma ulterior. De esa manera, por ejemplo, una persona que solicita como medida cautelar que se suspenda un cobro tributario efectuado por la Administración tributaria, puede solicitar, como medida *provisionalísima*, que, de previo a que se otorgue audiencia a la parte demandada (la Administración tributaria), se adopte la suspensión del cobro que se le efectúa, sin esperar más, para garantizar su estabilidad financiera.

También puede darse el supuesto de una entidad pública que demande a una persona particular por presuntos daños causados, en cuyo caso, con el fin de garantizar la reparación, solicita como medida cautelar que se anote la demanda

sobre un inmueble propiedad del particular, razón suficiente para que, con el fin de evitar la distracción de bienes, como medida cautelar *provisionalísima*, se ordene la anotación de la demanda en forma inmediata y luego que se otorgue audiencia al demandado sobre la cautelar que en definitiva pueda ser adoptada.

Como puede apreciarse, las medidas cautelares *provisionalísimas* son previas al otorgamiento de la cautelar que, en definitiva, sea adoptada y se conocen bajo una valoración sumarísima del juez o de la jueza, quien las adopta en forma inmediata precisamente para garantizar la eficacia de la cautelar que finalmente sea adoptada. Son, en esencia, una cautelar que funge como garantía o medida de aseguramiento de otra cautelar que será conocida y, eventualmente, adoptada en forma posterior.

2 Supuestos en los que es procedente otorgar medidas cautelares *provisionalísimas*

Anteriormente, hicimos referencia a que el artículo 23 CPCA es el que establece a las medidas cautelares *provisionalísimas* y es el que las constituyó, en su versión original, como medidas de contra cautela de la cautelar que finalmente se adopte; es decir, tal como se expresó antes, tienen una función de garantía de eficacia de la cautelar que en definitiva sea adoptada por el tribunal.

Sin embargo, a partir de la praxis del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, el supuesto normativo del artículo 23 CPCA se ha unido, en una especie de híbrido, con la figura cautelar prevista en el numeral 25 del mismo cuerpo de normas. Así, el artículo de comentario,

el 25 CPCA dispone en lo que interesa: “**1)** *En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código. [...]*”.

El canon 25 CPCA establece la figura de las medidas cautelares sin previa audiencia a la parte, conocidas como *inaudita altera parte*, cuya característica principal es que se adoptan en forma inmediata, sin esperar a que la otra parte pueda conocer de la gestión cautelar. De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 CPCA, este tipo de medidas cautelares únicamente procede en casos de extrema urgencia.

Ahora bien, lo que ha sucedido en la práctica del Tribunal Contencioso Administrativo es que la figura de las medidas cautelares *provisionalísimas* (art. 23 CPCA), se ha fusionado con la figura de las cautelares sin previa audiencia a la parte (art. 25 CPCA), de modo que las *provisionalísimas* son procedentes únicamente en casos de extrema urgencia. En tal sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo ha expresado que:

En el caso de las medidas provisionalísimas, el ordinal 23 ibidem estatuye que el juzgador podrá adoptarlas para garantizar la efectividad de la cautelar que en definitiva se establezca. En estos casos, el análisis preliminar que realiza el juzgador (pues no podría ser de otra forma, siendo que el fondo

del objeto debatido solo es propio de la sentencia), ha de centrarse en la urgencia que subyace o no en cada caso concreto, de modo que sea una de las formas de proteger el objeto del proceso y además, que posibilite la efectividad de una medida “definitiva”. Esto a fin de no hacer nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva. (Resolución n.º 2589-2010 de las 15:10 horas del 8 de julio de 2010).

Lo anterior tiene una enorme relevancia no solo práctica, sino también teórico-jurídica, porque al momento de que el juez o la jueza conoce de la solicitud cautelar de una medida *provisionalísima*, no efectúan un análisis respecto de si la medida cumple con los presupuestos materiales y caracteres estructurales para su otorgamiento, sino que la valoración se circunscribe a determinar si se está o no en presencia de una situación de extrema urgencia.

3.- Trámite procesal de las medidas cautelares *provisionalísimas*

Las medidas cautelares *provisionalísimas* pueden ser solicitadas en cualquier etapa o momento procesal; es decir, una cautelar *provisionalísima* resulta admisible para garantizar ya sea una medida cautelar *ante causam*, una intraprocesal o una en fase de ejecución. Resulta admisible su otorgamiento, en cualquier fase del proceso, bajo la condición de que sea otorgada bajo razones de extrema urgencia.

Ahora bien, tal como se adelantó en el acápite anterior, una vez solicitada la medida cautelar

de extrema urgencia o *provisionalísima*, el juez o la jueza efectúa una valoración sumaria, en forma inmediata, con el objeto de determinar si se está en presencia de un supuesto de extrema urgencia que haga o convierta en necesario el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo.

De esa forma, la *provisionalísima* o de extrema urgencia es un tipo de medida cautelar cuyo objetivo es garantizar la efectividad de otra cautelar que sería adoptada en forma posterior. En cuanto a su trámite, el numeral 25.2 CPCA señala que, una vez que se ha adoptado la medida cautelar de extrema urgencia, “*se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto*”. Lo anterior significa que:

- (i) La medida cautelar *provisionalísima* requiere, para su otorgamiento, de una situación de extrema urgencia que la justifique. Ergo, el juez o la jueza no valora la presencia de los presupuestos materiales o los caracteres estructurales de una medida cautelar en general, sino únicamente la existencia de una situación de extrema urgencia.
- (ii) Una vez otorgada la medida cautelar *provisionalísima* o bien en los casos en que esta ha sido rechazada, corresponde entrar a conocer de la medida cautelar definitiva solicitada. Por ende, luego de esa primera etapa de valoración exclusiva de una situación de extrema urgencia, el

parámetro de valoración cambia, puesto que el análisis de la medida cautelar en general, salvo la *provisionalísima*, sí requerirá de la constatación de los presupuestos materiales y los caracteres estructurales para su otorgamiento.

- (iii) Por ende, luego de otorgada o denegada la medida cautelar *provisionalísima*, el tribunal otorga audiencia a la contraparte, por un espacio de hasta tres días, acerca de la medida cautelar definitiva solicitada, con el fin de que aquella pueda referirse a esta.
- (iv) Luego de escuchadas las partes, el tribunal conoce de la solicitud cautelar y analiza si, en el caso concreto, se dan los presupuestos materiales o los caracteres estructurales para el otorgamiento de la medida cautelar definitiva. Por tanto, cuando la medida cautelar *provisionalísima* solicitada, sea la misma que la definitiva que se solicita, dicha gestión se conocerá de modo que, en el caso de la solicitud cautelar *provisionalísima*, se verifique exclusivamente si hay o no una situación de extrema urgencia que la haga necesaria. Luego, al momento de conocer de la cautelar de fondo, aunque en esencia sea la misma, el análisis para su procedencia radicará en la constatación de los presupuestos materiales y caracteres estructurales que harían procedente su otorgamiento.

Si bien puede parecer confuso, como medida cautelar *provisionalísima*, el justiciable puede solicitar un tipo de medida cautelar -sea típica o atípica-, igual a la que solicite como medida

cautelar definitiva, o bien, podría solicitarlas de modo que una sea distinta de la otra.

Esta situación dependerá del objeto del proceso y de la respectiva teoría del caso que cada parte haya establecido; por ejemplo, puede suceder que se solicite tanto como *provisionalísima* y, como medida cautelar definitiva, la suspensión de un acto sancionatorio. Por consiguiente, tanto la cautelar que se solicita, como la medida *provisionalísima* que se otorga solo en caso de que se trate de un asunto de extrema urgencia son, en esencia, la misma medida cautelar.

Y bien podría darse el caso de que una persona a quien una municipalidad le ha cerrado su negocio por presuntas irregularidades y a quien le ha notificado la demolición de obras construidas solicite una medida cautelar de suspensión de cierre de negocio y una *provisionalísima* de paralización de obras de demolición.

En este supuesto, de la cautelar de suspensión de cierre de negocio, se dará audiencia a la contraparte por un plazo de hasta tres días, mientras que, de la *provisionalísima* o de extrema urgencia, se hará el análisis de su necesidad y adecuación por razones de extrema urgencia para otorgarla en forma inmediata; en cualquier caso, sea que se otorgue en forma *provisionalísima* o no, posteriormente, de esta última también se dará audiencia a la contraparte por un mismo plazo de hasta tres días, con el fin de realizar el análisis de la presencia o no, de los presupuestos materiales y caracteres estructurales de las medidas cautelares.

Finalmente, cabe mencionar que, en consideración a la importancia de los asuntos que

pueden ser susceptibles de una medida cautelar de extrema urgencia, el Tribunal Contencioso Administrativo conoce de este tipo de medidas no solo en su horario hábil, sino también en turno extraordinario, en el que siempre existe una jueza o un juez asignado por rol de turno, para la atención inmediata de este tipo de medidas cautelares.

VI. Recursos en materia de medidas cautelares

En términos generales, ante la adopción o el rechazo de una medida cautelar, procede el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, el cual debe interponerse en un plazo de tres días hábiles. La regla anterior se quiebra en lo relativo a la adopción o el rechazo de una medida cautelar de extrema urgencia o *provisionalísima*, dado que, en este supuesto, no cabe recurso alguno.

Como consecuencia de lo anterior, una vez que ha sido denegada una medida cautelar, solo podría volverse a valorar si ha habido un cambio de circunstancias en la situación fáctica del gestionante, tal como lo permite el principio de variabilidad de las circunstancias, *rebus sic stantibus*, previsto en el numeral 29 CPCA:

- 1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla.
- 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo

al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.

VII. Conclusiones

Las medidas cautelares constituyen un derecho fundamental de toda persona -inclusive, desde mi punto de vista, también de las personas jurídicas de derecho público- y son necesarias para garantizar el objeto del proceso, durante la pendencia o tramitación de aquel o, inclusive, de previo a su interposición.

Como parte del amplio espectro de medidas cautelares que son susceptibles de ser conocidas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las de tipo *provisionalísimas, inaudita altera parte* o de extrema urgencia cumplen una función de gran importancia, pues, a diferencia de una solicitud de medida cautelar ordinaria, aquellas le permiten a la persona juzgadora adoptar medidas cautelares en forma inmediata y sin tener que brindar audiencia a la contraparte respecto a la gestión cautelar.

De tal manera, la inmediatez, la amplia discrecionalidad jurisdiccional y la alta efectividad que poseen son las características fundamentales de las medidas cautelares de extrema urgencia. A través de este tipo de medidas cautelares, se provoca un mayor acercamiento de la justicia a las personas y se afianza la cláusula regia del Estado social y democrático de derecho, prevista en el artículo 49 de la Constitución Política.

Fuentes de información

Jurisprudencia

Sala Constitucional

- Voto n.º 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994.
- Voto n.º 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995.

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo

- Voto n.º 96-F-TC-2009.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

- Voto n.º 2589-2010-VI de las 15:10 horas del 8 de julio de 2010.

Notas al pie

- Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado: “[...] Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como “un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”. (Sentencia n.º 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el voto n.º 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995).*