

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

UNIDAD DE POST GRADO

Las medidas cautelares en el Proceso contencioso-Administrativo. problemas, Análisis y Alternativas

TESIS: para optar el Título Profesional de: MAGISTER EN DERECHO

AUTOR:

Javier Eduardo Jiménez Vivas

LIMA-PERU 2006

..	1
INTRODUCCIÓN .	3
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN .	5
1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA . .	5
2.-FORMULACION DEL PROBLEMA . .	8
3. -OBJETIVOS .	9
4.-JUSTIFICACION .	9
5.-ANTECEDENTES . .	10
6.-HIPOTESIS . .	11
7.-TIPO DE INVESTIGACION .	11
8.-UNIVERSO . .	12
9.-TECNICAS DE ACOPIO DE DATOS . .	12
10.-DESARROLLO DE LA INVESTIGACION .	12
<u>PRIMERA PARTE: MARCO TEORICO-DOCTRINARIO .</u>	15
<u>TITULO I: EL DEBIDO PROCESO, LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA ¹ Y LAS MEDIDAS CAUTELARES .</u>	15
CAPITULO 1: EL DEBIDO PROCESO . .	15
CAPITULO 2: LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA . .	19
CAPITULO 3: EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .	24
TITULO II: LA TUTELA CAUTELAR Y LAS MEDIDAS CAUTELARES .	28
CAPITULO 4: NOCIONES BASICAS . .	28
CAPITULO 5: CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .	29
CAPITULO 6: CARACTERISTICAS DE LOS PROCESOS CAUTELARES .	32
CAPITULO 7: PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .	35
CAPITULO 8: CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .	40

¹ Sobre la expresión “tutela jurisdiccional efectiva” debe indicarse que, en realidad, ella contiene un pleonismo. Así, la existencia de una “tutela jurisdiccional” implica que ella sea efectiva, no siendo posible hablar de una tutela jurisdiccional no efectiva o inefectiva, por cuanto no estaríamos ante una verdadera tutela. Pese a ello, empleamos la frase en estricto respeto a la normatividad vigente.

CAPITULO 9: MEDIOS IMPUGNATORIOS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES . .	44
TITULO III. LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO OBJETO DE TUTELA CAUTELAR . .	49
CAPITULO 10. EL MODELO DE PLENA JURISDICCION Y LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO . .	49
CAPITULO 11. LAS PRETENSIONES CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS . .	51
CAPITULO 12. LAS PRETENSIONES DE RECONOCIMIENTO O RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS O DE INTERESES JURIDICAMENTE TUTELADOS . .	56
CAPITULO 13. LAS PRETENSIONES CONTRA “VIAS DE HECHO” .	60
CAPITULO 14. LAS PRETENSIONES CONTRA OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN . .	64
TITULO IV. NUEVAS FORMAS DE TUTELA PROCESAL . .	67
CAPITULO 15. TUTELA INMEDIATA NO DEFINITIVA . .	68
CAPITULO 16. TUTELA INMEDIATA DEFINITIVA .	70
SEGUNDA PARTE: ANALISIS DEL DERECHO PERUANO . .	73
TITULO V. ANALISIS DE LA LEGISLACION NACIONAL .	73
CAPITULO 17: LA PONDERACION DE INTERESES COMO REQUISITO .	73
CAPITULO 18. LA ADECUACION Y LA CONTRACAUTELA . .	75
CAPITULO 19. ESPECIAL PROCEDENCIA ¹⁹⁰ DE LAS MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE NO INNOVAR . .	79
CAPITULO 20. EL RECURSO DE CASACION .	82
TITULO VI. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ¹⁹⁶ .	84
CAPITULO 21. CONTRACAUTELA . .	85
CAPITULO 22. MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE NO INNOVAR .	88
CAPITULO 23. NULIDAD DE RESOLUCIONES CAUTELARES .	92
CAPITULO 24. DURACION DE LOS PROCESOS CAUTELARES ENTRE LAS RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS . .	97

¹⁹⁰ La frase “especial procedencia” del artículo 37 de la ley 27584, resulta ambigua, ya que la palabra “procedencia” puede entenderse referida tanto al origen de las medidas cautelares mencionadas como a su procedibilidad (capacidad de provocar un pronunciamiento judicial). Sin embargo, del texto completo del artículo 37 y de los otros dos reguladores del instituto cautelar en dicha ley, se aprecia que la norma apunta a la “especial idoneidad” que para el legislador tendrían ambas especies cautelares.

¹⁹⁶ Las doce ejecutorias analizadas en este título, aparecen transcritas en el anexo de la presente tesis.

TERCERA PARTE: ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO .	103
TITULO VII: ANALISIS DE LA LEGISLACION EXTRANJERA .	103
CAPITULO 25. LEGISLACION ESPAÑOLA .	103
CAPITULO 26. LEGISLACION ITALIANA . .	107
CAPITULO 27. LEGISLACION ARGENTINA .	109
CAPITULO 28. LEGISLACION COSTARRICENSE . .	110
CAPITULO 29. LEGISLACION COLOMBIANA . .	111
TITULO VIII: ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA .	112
CAPITULO 30. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .	112
CAPITULO 31. JURISPRUDENCIA ITALIANA .	115
CONCLUSIONES . .	119
RECOMENDACIONES .	123
PROYECTO DE LEY .	125
BIBLIOGRAFÍA: .	131
ARTÍCULOS DE REVISTAS: .	132
ARTÍCULOS EN INTERNET: .	134
TESIS: . .	134
NORMAS JURÍDICAS: .	134
JURISPRUDENCIA: .	136
OTROS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN: .	136
ANEXO . .	137

DEDICATORIA Para Wendy, Eduardo, Leonardo y Viviana la “generación del siglo XXI” A mis padres, por el variado sacrificio y permanente esfuerzo puesto en mi educación.

INTRODUCCIÓN

Cuando uno ingresa a las aulas de postgrado, no sólo lo debe hacer con el fin de adquirir nuevos conocimientos, perfeccionar los ya reunidos, especializar estos o para mejorar sustancialmente nuestra hoja de vida. Creemos que, sustancialmente, los ciclos de maestría sirven para todo ello, pero aun para más. Son dos los valores que deben cultivarse a lo largo del curso de postgrado, concretamente dos vocaciones: la docencia y la investigación.

Estando en cualquier lugar, es fácil denominar a los estudios de postgrado como “maestría”. El sólo nombre evoca la palabra “maestro”, puntualmente, nos referimos a la formación del maestro, que no sólo se obtiene suministrando a la persona de más conocimientos en una especial rama jurídica, sino sobretodo desarrollando en él la voluntad y las aptitudes propias de una de las más sublimes tareas humanas, la de transmitir información y formar personas, guiándolas durante dicho proceso.

La investigación, en cambio, va más allá. Si bien constituye parte imprescindible de la preparación del futuro docente universitario, por cuanto lo ejercita en el quehacer académico, la investigación trasciende dicho ámbito, proyectando sus resultados hacia determinada realidad, a la cual presenta, describe y enfrenta. Al investigar, pensamos en una mejor realidad, a la cual apuntan todos los esfuerzos del investigador.

En el mundo del Derecho, contrariamente a lo que podría pensarse desde una equivocada posición positivista, la realidad es un juego dialéctico en el cual participan los legisladores con la interpretación que realicen de los hechos, las normas por ellos producidas, los sujetos destinatarios de la norma, los magistrados encargados de velar por su cumplimiento, y la jurisprudencia que tiende un puente entre la norma positiva y la cambiante realidad por ella regulada. Una investigación por tanto, debe tomar en cuenta tales elementos, cada uno en su justa medida.

Siguiendo esa línea, nuestra investigación presenta y explica un aspecto del nuevo Proceso contencioso-administrativo peruano. Hablamos de las medidas cautelares, tal como aparecen tratadas por la ley, por la jurisprudencia y por la doctrina, tanto nacionales como extranjeras. Luego, analizamos las diferencias existentes en su tratamiento en cada uno de esos ámbitos, así como los problemas que ello genera. Finalmente, postulamos algunos criterios de solución y medidas correctivas frente a la problemática estudiada.

Ingresamos a nuestro tema reconociendo su importancia, al ser las medidas cautelares instrumentos centrales en la lucha por la vigencia del debido proceso, que en sede jurisdiccional adopta el nombre de tutela jurisdiccional, colaborando a fin de que esta última merezca ser calificada como efectiva. Continuamos desarrollando los principales conceptos planteados por la doctrina y recogidos en las normas positivas respecto a la temática cautelar. Posteriormente, analizamos la legislación vigente y la jurisprudencia producida en procesos sobre la materia. Terminamos formulando nuestras conclusiones y recomendaciones.

No es mucho lo que se ha escrito sobre el tema en mención, empero, si son numerosos los escritos que -desde distintos ángulos-, se han aproximado a él, en algunos casos voluntariamente y en otros como consecuencia de la profundización realizada en temas distintos. Hablamos en realidad del estudio del Proceso contencioso-administrativo, al cual vemos como aquel área del Derecho Procesal que reposa en la estructura del Derecho procesal civil, pero que se matiza y desarrolla a partir del Derecho administrativo, y también del Derecho civil, aunque en menor

medida. Ello, ofrece como resultado un proceso que -si bien es cierto constituye una variante del proceso civil- cuenta con caracteres propios, llegando incluso a exigir interpretaciones autónomas; todo lo cual representa una invitación a la investigación de cada uno de los institutos procesales presentes en él.

Conscientes de lo anterior, nuestro trabajo se focaliza en el tratamiento que la ley, la jurisprudencia y la doctrina vienen dispensando a las medidas cautelares en el Proceso contencioso-administrativo. Luego de identificar algunos problemas, los analizamos, para finalmente ofrecer alternativas coherentes de solución.

Todo trabajo de investigación, por muy amplio o conciso que resulte su texto, pese a lo acertado o errado de sus conclusiones, o a la profundidad o vaguedad de sus razonamientos, siempre es un comienzo, nunca un final. La tesis que aquí presentamos no es la excepción. Su ideación, preparación, redacción y sustentación, más que una labor terminada, son una invitación a continuar estudiando el mencionado proceso, porque así como el hombre cambia en el tiempo y requiere otro alimento, otra ropa y otros instrumentos, la realidad regulada por el derecho es aun más sensible a los cambios, los cuales exigen del investigador una conducta atenta y previsor, que le permita identificar los problemas que se susciten con el devenir de los hechos, para oportunamente poder salir a ofrecerles batalla.

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, fue publicada el 07 de diciembre del 2001 y entró en vigencia el 15 de abril del 2002. Por un lado significa el desarrollo del artículo 148 de la Constitución Política, que consagra la allí denominada “acción contenciosa administrativa”; por el otro, es el complemento de la Ley 27444, por cuanto norma el control judicial de la actividad de la administración. La Ley 27584 reemplaza a la regulación general de dicha acción recogida hasta entonces en los artículos 540 y siguientes del Código Procesal Civil, así como a diversas normativas especiales.

Entre sus principales características destacan: 1. Plantea un nuevo conjunto de principios procesales; 2. Propone el llamado “modelo de plena jurisdicción”, por cuanto hace posible el cuestionamiento de diversas actuaciones administrativas y la postulación de diferentes pretensiones; 3. Presenta múltiples innovaciones al desarrollo del proceso en lo referido a la admisibilidad e improcedencia de la demanda, a los plazos, vías procedimentales, entre otros; y 4. quizás la más importante, se erige como la única norma reguladora del proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la competencia que mantienen las Salas Laborales en los procesos de su especialidad.

Además de dichas características, la Ley N° 27584 ofrece una propia regulación especial de otros institutos procesales, tales como los medios impugnatorios, la ejecución de la sentencia, y las medidas cautelares.

La Ley N° 27584 dedica su Capítulo VI (artículos 35-37) al desarrollo del tema cautelar. Los artículos que comprende son los siguientes:

Artículo 35.- Oportunidad.

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 36.- Requisitos.

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1.-De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.

2.-De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

3.-La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Artículo 37.- Medidas de innovar y de no innovar.

Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.”

Como se puede ver, en principio, en el proceso contencioso-administrativo cualquier medida cautelar sería procedente. Del texto de las normas transcritas no aparece algún elemento que permita afirmar que alguna modalidad cautelar queda excluida. Por otro lado, si bien el legislador no lo ha señalado expresamente, del texto de la ley se aprecian dos grupos de medidas cautelares: uno conformado por las medidas innovativas y las de no innovar, denominadas por la ley como “especialmente procedentes”, y otro en el que se encontrarían las demás medidas. Cabe señalar que la especial procedencia de dichas dos medidas es contrario al carácter excepcional con el cual las mismas son tratadas en el Código Procesal Civil.

Sin perjuicio del tratamiento expreso que dicha ley hace del tema cautelar, su Primera Disposición Final indica que “El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente ley”. Quiere decir ello que son aplicables al proceso contencioso-administrativo las normas previstas en el Título IV (“Proceso cautelar”) de la Sección Quinta (“Procesos Contenciosos”) de dicho código.

La regulación prevista en el Código Procesal Civil arroja algunos problemas, entre ellos los principales son:

1.-La exigencia de la contracautela como presupuesto cautelar, aun en los casos que la actuación de la medida no ofrezca peligro.

2.-La no regulación de la adecuación como presupuesto cautelar, siendo relegada al papel de mera facultad jurisdiccional.

3.-La falta de precisión sobre cuales son los bienes del Estado que pueden ser embargados.

4.-Muchas resoluciones que otorgaban o denegaban un pedido cautelar, mostraban una motivación mínima o deficiente.

5.-Por el contrario, en otras resoluciones con mayores sustentos, se hacían directas referencias a los temas materia del proceso principal.

6.-Existía gran confusión al momento de otorgar medidas innovativas y medidas de no innovar, alentada por el "carácter excepcional" que la norma otorga a ambas.

7.-Se produjo un abuso del empleo de la caución juratoria como contracautela.

8.-Se dio un escaso desarrollo de las medidas cautelares de embargo en forma de retención, intervención y administración; entre otros problemas.

9.-Se produjo una confusión entre los alcances de las medidas innovativas y las temporales sobre el fondo.

La lista anterior de los problemas generados con la aplicación de las normas del Código Procesal Civil reguladoras del tema cautelar, no es taxativa. Sin embargo, cabe señalar que la aplicación supletoria antes mencionada, proyecta algunas de dichas dificultades a la aplicación de la norma suplida. En ese sentido, varios de esos problemas también han trascendido al ámbito del nuevo proceso contencioso-administrativo.

Del análisis de los artículos antes citados de la Ley del Proceso contencioso-administrativo, y de diversas ejecutorias supremas dictadas sobre el tema cautelar bajo la vigencia de dicha ley, se aprecia que en el tratamiento judicial de las medidas cautelares se presentan los siguientes problemas:

1.-Existe cierta imprecisión en la redacción de las normas reguladoras del instituto cautelar. Así por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas innovativas y de no innovar parece contradecir el Código Procesal Civil, ni se regula el requisito de contracautela.

2.-Existe confusión al momento de diferenciar las medidas innovativas de las medidas de no innovar, habiéndose presentado casos similares en los cuales se ha otorgado medidas distintas.

3.-No se advierte la presentación de demandas que contengan las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos o intereses jurídicamente tutelados, contra actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo, o de realización por parte de la Administración de actuaciones en cumplimiento de la ley o acto administrativo firme, previstas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 5 de la Ley N° 27584.

4.-Existen ejecutorias que, contradictoriamente, consideran el ofrecimiento de contracautela como requisito de admisibilidad, como presupuesto del otorgamiento de la medida solicitada y como presupuesto de la actuación de la medida decretada.

5.-Advertido un vicio de nulidad, la Corte Suprema declara la nulidad de la resolución apelada y ordena al A-quo que se vuelva a pronunciar, es decir, se procede de acuerdo a las reglas tradicionales de la nulidad, olvidando el fin máximo de tutela jurisdiccional efectiva que tiene toda medida cautelar, y condenando a cualquier medida que se otorgue a ser inoportuna.

6.-Contrariamente a lo afirmado por cierto sector de la doctrina, en el sentido de incluir el recurso de casación en materia cautelar civil, no se aprecia en la doctrina, legislación ni jurisprudencia del proceso contencioso-administrativo alguna precisión sobre la procedencia o improcedencia de dicho recurso en este último proceso.

Como se puede apreciar, algunos de estos problemas también están presentes en la regulación del Código Procesal Civil. Sin embargo, algunos otros son propios de la nueva Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Cabe entonces preguntarse acerca de las posibles causas de dichos problemas, de que tipo son, cual es su origen, si comprometen o no a otros institutos procesales, así como cuales serían las soluciones o alternativas ante dichos problemas.

2.-FORMULACION DEL PROBLEMA

PRIMER PROBLEMA: La Ley N° 27584 ¿regula con precisión el instituto de las medidas cautelares?

SEGUNDO PROBLEMA: En las resoluciones emitidas en los procesos cautelares ¿los órganos jurisdiccionales han mostrado un adecuado y suficiente conocimiento del instituto cautelar y coherencia en los criterios resolutivos?

TERCER PROBLEMA: ¿Cuáles son y serán las formas cautelares más idóneas frente a las pretensiones propias del proceso contencioso-administrativo?

CUARTO PROBLEMA: ¿La contracautela debe ser un requisito obligatorio para conceder todas las medidas cautelares, o su exigencia debe depender del criterio de los órganos jurisdiccionales en cada caso concreto?

QUINTO PROBLEMA: ¿Las normas reguladoras del instituto procesal de la nulidad son convenientemente aplicadas en el trámite de las medidas cautelares solicitadas antes o durante los procesos contencioso-administrativos?

SEXTO PROBLEMA: ¿Es procedente en dichos procesos la interposición del recurso de casación?

3. -OBJETIVOS

PRIMER OBJETIVO: Encontrar y proponer una redacción del capítulo VI de la Ley N° 27584 que rescate los elementos básicos de la teoría cautelar y contenga los puntos de más precisa aplicación en los procesos contencioso-administrativos.

SEGUNDO OBJETIVO: Diseñar un marco teórico-normativo de las medidas cautelares que permita su mejor y más exacto empleo por parte de los órganos jurisdiccionales en los procesos contencioso-administrativos.

TERCER OBJETIVO: Demostrar que en los procesos contencioso-administrativos, es de preferente aplicación la medida cautelar genérica e, incluso, ante algunos supuestos, formas de tutela procesal diferentes a la cautelar, básicamente de tipo urgente.

CUARTO OBJETIVO: Demostrar que, frente a la finalidad de tutela procesal que cumplen las medidas cautelares, la contracautela constituye solamente un requisito de actuación de la medidas dictadas, en los casos que así lo disponga el órgano jurisdiccional.

QUINTO OBJETIVO: Demostrar la inconveniencia de la aplicación de los principios de la nulidad procesal previstos en el Código Procesal Civil a las resoluciones cautelares en los procesos contencioso-administrativos.

SEXTO OBJETIVO: Precisar las razones teóricas y prácticas por las cuales el recurso de casación no debe ser procedente contra las resoluciones cautelares de segunda instancia expedidas en los procesos contencioso-administrativos.

4.-JUSTIFICACION

En principio, todo estudio acerca de determinada regulación, a la luz de la moderna doctrina, resulta conveniente. Ello por dos motivos fundamentales: por que permite comprender mejor la institución regulada, y por que hace posible apreciar deficiencias en el tratamiento legal, susceptibles de mejora.

Dicho estudio eleva su nivel, si lo proyectamos más allá de la legislación vigente, concretamente hacia la jurisprudencia y la legislación de otros países. La jurisprudencia permite conocer la aplicación concreta de las normas y el manejo real de las instituciones, es decir, la forma en que estas ingresan y surten efectos en las relaciones jurídicas de los distintos sujetos de derecho. La legislación extranjera, por su parte, nos muestra otras formas de tratar las mismas instituciones, y nos da la posibilidad de enriquecer nuestro desarrollo de ellas.

Consideramos atendible el estudio del tratamiento legal que recibe el instituto

cautelar recibe en el proceso contencioso-administrativo peruano, debido a que, luego de enfrentar su actual regulación con la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjera, se aprecia que la misma resulta errónea –sino limitada- en varios aspectos. Ellos, fundamentalmente, son dos: la indebida aplicación de algunas categorías del derecho procesal, que resulta contraria a los fines del instituto cautelar, y la insuficiente cobertura cautelar de las especiales pretensiones del proceso contencioso-administrativo. Como se puede entender, nuestro interés sobrepasa las intenciones estrictamente académicas.

El presente trabajo, además, busca ofrecer algunas alternativas –desde nuestro particular tema- a las demandas de eficacia, celeridad y justicia que hace la sociedad a los órganos jurisdiccionales, cada día mayores.

5.-ANTECEDENTES

Se ha tratado de ubicar, dentro de la producción académica nacional, tesis que hayan abordado el tema planteado o temas afines. Para ello, se ha buscado dicho material en las páginas web de las siguientes universidades:

- Universidad Nacional Mayor de San Marcos:
- Universidad de Lima.
- Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Universidad Particular San Martín de Pórres.

Búsqueda en la cual no se han encontrado tesis sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, ni tampoco que traten otros aspectos de éste proceso. En la Unidad de Post-Grado de Derecho de la UNMSM, si se han ubicado dos tesis relacionadas al tema cautelar y de tutela procesal. Ellas son las siguientes:

.-GALLARDO MIRAVAL, Juvenal.

1998.-Cautela y contracautela en el proceso civil.

Tesis (Mg.). Mención: Derecho Civil y Comercial.

UNMSM, Facultad de Derecho y CC.PP., Escuela de Post-Grado.

196 h., 30 cm.

.-MARTEL CHANG, Rolando.

2002.-Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil.

Tesis (Mg.). Mención: Derecho Civil y Comercial.

UNMSM, Facultad de Derecho y CC.PP., Escuela de Post-Grado.

158 h., 30 cm.

6.-HIPOTESIS

PRIMERA HIPOTESIS: El texto final del capítulo VI de la Ley N° 27584, contiene algunas imprecisiones y aspectos que fácilmente pueden provocar problemas al momento de su interpretación por los órganos jurisdiccionales.

SEGUNDA HIPOTESIS: El tratamiento jurisdiccional del instituto de las medidas cautelares, efectivamente, ofrece dudas y contradicciones en muchos de los procesos cautelares resueltos, lo cual demuestra un deficiente conocimiento de la teoría de las medidas cautelares, en su aplicación al proceso contencioso-administrativo.

TERCERA HIPOTESIS: La cautela procesal de las pretensiones previstas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 5 de la Ley N° 27584, difiere de la cautela de la clásica pretensión de nulidad de un acto administrativo, y se ubica en variantes cautelares genéricas y, quizás, en formas de tutela procesal diferente a la cautelar.

CUARTA HIPOTESIS: La contracautela no es un requisito de admisibilidad del pedido cautelar ni un presupuesto de su otorgamiento, ella sirve para garantizar que la actuación de la medida cautelar otorgada no cause daños y perjuicios a la parte que debe soportar la carga de dicha actuación. Por ello, la exigencia de una contracautela debe quedar, normativamente, bajo el criterio de los órganos jurisdiccionales en cada caso concreto.

QUINTA HIPOTESIS: En las resoluciones cautelares expedidas en procesos contencioso-administrativos, la aplicación de los principios de la nulidad procesal previstos en el Código Procesal Civil resulta contraria a los fines del instituto cautelar, debiendo priorizar el órgano jurisdiccional de segunda instancia la emisión de un pronunciamiento sobre el pedido cautelar por encima de los vicios formales que se aprecien en la intervención del órgano de primera instancia, sin perjuicio de la investigación y sanción de cualquier responsabilidad funcional del o los Magistrados intervinientes en este último órgano.

SEXTA HIPOTESIS: Contra las resoluciones que en segunda instancia otorgan o deniegan medidas cautelares, no debe proceder el recurso de casación, debido a que dichas resoluciones expedidas en los procesos cautelares no tienen la calidad de cosa juzgada, sin perjuicio que admitir dicha posibilidad, significaría prolongar en demasía los ya largos procesos cautelares, en contra de los fines que sustentan a tales medidas. Por otro lado, la denegatoria de una solicitud cautelar no cierra el camino para la presentación de otro pedido posterior, con nuevos elementos de juicio y mejor fundamentado.

7.-TIPO DE INVESTIGACION

Toda investigación tiene un fin. Desde ese punto de vista, nuestra investigación será de

tipo descriptivo y explicativo. Desde otro ángulo, podemos afirmar que es una investigación formal, por su empleo de fuentes jurídicas formales, como son la doctrina (nacional y extranjera), la legislación (nacional y extranjera), proyectos de leyes y jurisprudencia.

8.-UNIVERSO

Pese al carácter teórico de nuestra investigación, y refiriéndonos al material jurisprudencial que en ella se empleará, tendrá como universo las ejecutorias supremas dictadas entre los años 2002 y 2004 en las medidas cautelares promovidas en los procesos contencioso-administrativos tramitados entre dichos años, predominantemente provenientes de las dos salas especializadas en la materia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

9.-TECNICAS DE ACOPIO DE DATOS

Estando a las fuentes a emplear (libros, revistas, legislación, jurisprudencia y material de internet), nuestra técnica de acopio será la documental.

10.-DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

La primera parte de la tesis, denominada Marco teórico-doctrinario, desarrolla todos los conceptos aplicables a nuestro trabajo.

En el Título I (El debido proceso, la tutela jurisdiccional “efectiva” y las medidas cautelares), se desarrolla el origen, la evolución, conceptos y diferencias existentes entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, a fin de establecer la esencia del instituto cautelar y su finalidad, dentro de otras formas de tutela procesal.

El tratamiento separado del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, se debe a sus pocas veces advertidas diferencias. Mientras el debido proceso es un conjunto de derechos y garantías que está a la base de todo proceso y procedimiento (judicial, administrativo, parlamentario, a nivel de personas jurídicas, etc.), la tutela jurisdiccional efectiva es la expresión judicial del debido proceso. La relación entre ambos conceptos es, entonces, de género a especie.

Sobre la tutela jurisdiccional efectiva, vale decir que, tradicionalmente, ha sido clasificada en tutela cognoscitiva, ejecutiva y cautelar. Actualmente, se han producido trabajos doctrinales que identifican nuevas formas de tutela procesal, que también serán tratadas.

En el Título II (La tutela cautelar y las medidas cautelares), se abordan las características de las medidas cautelares y del proceso para su expedición, los presupuestos de su otorgamiento y su clasificación.

Como se podrá entender, se trata de un capítulo en el cual se desarrolla la teoría general de las medidas cautelares. Entre las características de tales institutos, figuran su provisoriedad, su instrumentalidad, su variabilidad y su caducidad. También se abordan las características del proceso cautelar, como son su jurisdiccionalidad, su autonomía y su reserva.

Sobre los presupuestos de otorgamiento de las medidas, se tocan la apariencia de fundabilidad de la pretensión contenida en la demanda, el peligro en la demora del proceso principal, la adecuación de la medida que se vaya a dictar, y el ofrecimiento de una contracautela idónea.

En cuanto a la clasificación de las medidas cautelares, se estudian diversos criterios, tanto clásicos como recientes.

En el Título III (Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo), se estudian las diferentes pretensiones susceptibles de presentarse en un proceso contencioso-administrativo.

A diferencia del proceso civil, en el proceso contencioso-administrativo son posibles sólo algunas pretensiones. Así por ejemplo, la ley N° 27584, reguladora de él en nuestro país, establece cuatro tipos de pretensiones: pretensiones contra actos administrativos, pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos e intereses, pretensiones contra "vías de hecho", y pretensiones contra omisiones de la Administración. Cada una de dichas pretensiones influye de diferente forma en el tratamiento del instituto cautelar. Es hacia ello que apunta nuestro trabajo.

También se tratarán otras formas de tutela procesal, a fin de determinar su aplicabilidad a alguna de las pretensiones indicadas. Ello en el Título IV.

La Segunda parte de la tesis, llamada Análisis de la legislación comparada, se dirige al estudio de la aplicación de los conceptos descritos en la primera parte, en la legislación nacional y extranjera. Así, los Títulos V y VI están destinados al análisis legislativo bajo ese criterio de diferenciación: el primero de la legislación nacional, y el segundo de la legislación de países como España, Italia, Costa Rica y otros.

La Tercera parte de la tesis se encarga del estudio de la jurisprudencia existente sobre el tema. El Título VII analiza la jurisprudencia producida por nuestra Corte Suprema entre los años 2002 y 2004. El Título VIII examina la jurisprudencia de otros países, específicamente España e Italia.

Seguidamente, exponemos nuestras conclusiones y recomendaciones. Para terminar, presentamos nuestras diferentes fuentes de investigación.

PRIMERA PARTE: MARCO **TEORICO-DOCTRINARIO**

TITULO I: EL DEBIDO PROCESO, LA TUTELA **JURISDICCIONAL EFECTIVA ¹ Y LAS MEDIDAS** **CAUTELARES**

CAPITULO 1: EL DEBIDO PROCESO

Según las diversas fuentes que desarrollan el tema, parece ser que el origen de la

¹

Sobre la expresión “tutela jurisdiccional efectiva” debe indicarse que, en realidad, ella contiene un pleonismo. Así, la existencia de una “tutela jurisdiccional” implica que ella sea efectiva, no siendo posible hablar de una tutela jurisdiccional no efectiva o inefectiva, por cuanto no estaríamos ante una verdadera tutela. Pese a ello, empleamos la frase en estricto respeto a la normatividad vigente.

expresión “debido proceso”, estuvo en la Carta Magna expedida por el rey de Inglaterra Juan sin tierra el año 1215, la cual en su parágrafo 39 habló del *law of the land* aplicable a todos los hombres. Posteriormente, dicha Carta Magna, al ser reexpedida por el rey Eduardo III en el año de 1354, incluyó la expresión inglesa *due process of law*, traducida al castellano como debido proceso legal, o simplemente debido proceso.²

Muchos siglos después, y luego de haber sido considerado en las constituciones de algunas de las colonias norteamericanas, el *due process of law* fue consagrado en la Constitución de los Estados Unidos. Ello fue posible a través de dos enmiendas.

La primera fue la enmienda V, la cual señaló que:

“Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado; salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.”³

La segunda fue la enmienda XIV, según la cual:

“Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.”⁴

La cláusula del debido proceso, así planteada, podía ser interpretada de dos maneras. En primer lugar, se puede afirmar que dicha cláusula garantiza que el gobierno no dañará a una persona que siga los procedimientos prescritos por la ley, dando por sentado que el sólo seguimiento de tales procedimientos generará esa consecuencia. Se trataría de una interpretación amplia de la cláusula. En segundo lugar, es posible pensar que lo justo se determina enteramente por los procedimientos prescritos, es decir, que el gobierno puede hacerle a una persona lo que quiera mientras lo haga cumpliendo esos procedimientos. Estaríamos ante una interpretación restringida.⁵

Una teoría satisfactoria sobre la cláusula del debido proceso contenida en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, debe reconocer que

² Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. ARA Editores, Lima, 2001, p. 182.

³ Constitución de los Estados Unidos de América (The Constitution of the United States of America in various foreign languages: Spanish). Washington D.C.: Law Library, Library of Congress, 1993, p. 13.

⁴ Idem., p. 15.

⁵ Cfr. BARBER, Sortirios A. Sobre el significado de la Constitución de los EE.UU. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 151.

realmente presuponemos una conexión entre las leyes y los derechos a defender, y reconciliar el hecho de que el lenguaje de la cláusula concierne a cómo el gobierno alcanza ciertos resultados. En otras palabras, la Constitución reconoce los derechos generales a la vida, la libertad, la propiedad, implicando el debido proceso la posibilidad de privar a alguien de tales derechos en la medida en que ese alguien reciba el proceso de la ley.⁶

Como podemos ver, la noción de debido proceso hace mención, desde sus orígenes, a diversas garantías que el ordenamiento legal debe reconocer a una persona durante un proceso y frente a la autoridad estatal que lo dirige.

Con el transcurrir del tiempo, dicha noción inicial ha evolucionado notablemente, siendo precisadas muchas de las garantías que lo componen. Hoy, puede decirse que el debido proceso es el cumplimiento de todas las garantías y todas las normas de orden público que debían aplicarse en el caso de que se trate. El debido proceso consiste en llevar un proceso de acuerdo a derecho.⁷

La evolución antes indicada, ha sido reconocida mediante su incorporación en varios documentos internacionales y en las constituciones de diversos países. A nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, ha recogido el derecho al debido proceso en el numeral 1 de su artículo 8; lo mismo hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que vigente desde el 23 de marzo de 1976 lo consagra en el numeral 1 de su artículo 14. En nuestro caso, la Constitución Política de 1993 lo consagra en el inciso 3 de su artículo 139.

Dar a dicho derecho humano el rango constitucional permite, entre otras cosas, establecerlo con carácter absoluto para cualquier proceso o procedimiento y ante cualquier persona o autoridad, sin que ninguna autoridad pueda invocar que no se encuentra sujeta al mismo.⁸

El desarrollo que ha experimentado ha hecho que la doctrina identifique una subdivisión en su interior. En primer lugar, tenemos al llamado “debido proceso sustancial”, el cual exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.⁹

En segundo lugar, tenemos al denominado “debido proceso procesal”, conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los

⁶ Cfr. *idem.*, p. 154.

⁷ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, T. 5, p. 55.

⁸ Cfr. *idem.*, p. 56.

⁹ Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Ob. Cit.*, p. 205.

individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado– que pretenda hacer uso abusivo de estos.¹⁰ Entre dichos derechos aparece el uno sobre el cual debemos llamar la atención, el cual consiste en “(...) que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan o que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan, por ejemplo, a través de medidas cautelares (...)”.¹¹

Al parecer, la previsión contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, estaría referida sólo al debido proceso procesal. Ello resulta de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional al emitir sentencia en el expediente N° 2940-2002-HC/TC, señalando en el segundo y tercero de sus fundamentos:

“2. (...). El debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución vigente, es una garantía procesal compuesta de un conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad a un juez imparcial.

3. El derecho al debido proceso dota, a quien es parte del mismo, de una serie de garantías esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión. Estos derechos esenciales, sin ser taxativos, son los siguientes: de defensa, publicidad del proceso, a ser asistido y defendido por abogado, derecho a impugnar, derecho a la prueba, derecho a una justicia sin dilaciones indebidas y derecho a un juez imparcial.”¹²

Similar orientación asumió el Tribunal Constitucional al sentenciar posteriormente el expediente N° 0351-2004-AA/TC, cuando en su segundo fundamento, luego de remitirse en parte al criterio sustentado en la causa recién citada, puntualizó que:

“2. (...). Partiendo de dicha afirmación, se puede establecer como premisa que, en aquellos supuestos en los que no se respete alguno de los derechos indicados y otros, que también formen parte del debido proceso, nos encontraremos ante un proceso claramente irregular, desde su vertiente formal, frente al cual será posible acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela constitucional.”¹³

Lo anterior, sin embargo, no frustra los avances de la doctrina referidos en párrafos anteriores respecto al reconocimiento de la existencia de una faceta sustancial del debido proceso.

¹⁰ Cfr. *Idem.*, pp. 207-208.

¹¹ *Idem.*, p. 215.

¹² Sentencia expedida el 30 de agosto de 2003, en los seguidos por Ramón Campos Esparza contra la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. (<http://tc.go.pe/jurisprudencia/2003/2940-2002-HC.html>).

¹³ Sentencia emitida el 12 de mayo de 2004, en los seguidos por Jaime Chava Quispe contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. (<http://tc.go.pe/jurisprudencia/2004/0351-2000-AA.html>).

CAPITULO 2: LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

A diferencia del debido proceso, de origen anglosajón y aplicable a todo tipo de proceso o procedimiento, ante el Estado o particulares, la llamada tutela jurisdiccional efectiva, originada en la Europa continental, está circunscrita a los procesos jurisdiccionales.¹⁴ Lo anterior ha sido asumido en el Perú por el Tribunal Constitucional al sentenciar el expediente N° 200-2002-AA/TC, cuando, luego de conceptualizar el debido proceso, señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es su expresión en sede judicial.¹⁵

La doctrina, sin embargo, no es unánime al diferenciar el debido proceso y la tutela jurisdiccional por los distintos ámbitos en que ambas se presentan. Así por ejemplo, el profesor peruano MONROY GALVEZ, luego de dividir la vigencia de la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso, distingue dentro de éste segundo momento el “derecho al proceso” y el “derecho en el proceso”, los cuales contienen una serie de derechos esenciales a la persona humana que han configurado una suerte de megaderecho llamado “debido proceso legal”. En ese sentido, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso existiría la misma relación que se presenta entre la anatomía (aspecto estático, abstracto) y la fisiología (aspecto dinámico, práctico) al estudiar un órgano vivo.¹⁶ Adviértase que el citado autor no deja de considerar a ambos conceptos, ni niega su manifestación en sede judicial.

La tutela jurisdiccional también ha sido recogida en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución Política.

La tutela jurisdiccional implica la existencia de un proceso judicial rodeado de garantías efectivas para las partes involucradas en él. Ello lleva a la posibilidad concreta y real de someter un derecho en disputa a la decisión del órgano judicial, para que sea dirimido con celeridad, idoneidad y moralidad, esto es, para que se pueda hacer realidad el derecho material en un caso particular y específico.¹⁷

Podemos considerar que la tutela jurisdiccional es efectiva, cuando el proceso

¹⁴ Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit., p. 185.

¹⁵ En el tercer fundamento, se lee que “El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia.” Más adelante, el sexto fundamento expresa que “De otro lado, no se evidencia vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendida como un atributo relacionado directamente con el debido proceso, por el cual, el justiciable puede acceder al órgano jurisdiccional a través del derecho de acción o contradicción, según sea el caso.” (Sentencia emitida el 15 de octubre del 2002, en los seguidos por el Ministerio de Pesquería contra la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima [<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0200-2002-AA.html>]).

¹⁶ Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Temis – De Belaunde & Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 245-249.

¹⁷ Cfr. GARCIA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1998, T. II, p. 462.

judicial logra sus fines. A propósito de los fines del proceso, estos regularmente se expresan como el resultado obtenido luego de que esta ha concluido. Sin embargo, el proceso cumple una función social de refuerzo y prevención de la eficacia y vigencia del sistema jurídico.¹⁸

En ese sentido, podemos señalar que, entre los derechos que se encuentran amparados por una tutela jurisdiccional efectiva, está el de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva. Resta decir que, sin dicha facultad, la referida tutela nunca podría ser adjetivada como “efectiva”.

Como ya se ha adelantado, y conforme a lo que se indicará más adelante, una de las formas -quizás la principal- para lograr la efectividad de la sentencia de un proceso judicial, sea dictar una oportuna y precisa medida cautelar.

2.1 TIPOS DE TUTELA JURISDICCIONAL

Podemos definir la función jurisdiccional del Estado (frente a la legislativa y administrativa) o simplemente jurisdicción, diciendo que ella:

“(...) es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones de cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia.”¹⁹

Es a través del ejercicio de la función jurisdiccional, que el Estado, mediante los órganos jurisdiccionales, tutela el derecho de las personas al debido proceso. Si dicho fin se cumple, estaremos ante una verdadera tutela jurisdiccional “efectiva”.

Sin embargo, si leemos cuidadosamente el concepto antes propuesto, vemos que la función jurisdiccional o de tutela mencionada, busca solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponda, y además busca que lo decidido en esa forma se cumpla. De acuerdo a ello, la tutela jurisdiccional puede ser vista o estudiada desde diversos ángulos. A continuación, presentamos dos clasificaciones de ella, que aquí denominamos tradicional y moderna.

2.1.1.-Clasificación tradicional.

Son tres las formas clásicas en las que ha sido clasificado el derecho de acción: de cognición, de ejecución y cautelar; ello permite que la pretensión contenida en dichas acciones, reciba igual clasificación en la medida que busque la declaración de un derecho, su ejecución o aseguramiento.²⁰ En la misma línea, la actividad jurisdiccional

¹⁸ Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Ob. Cit., p. 114.

¹⁹ Idem., p. 212.

²⁰ MARTEL CHANG, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra editores, Lima, 2003, p. 28.

que debe responder a tales pretensiones, también puede subdividirse de la misma manera.

Como se ha indicado, la jurisdicción sirve al Estado para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos -entre otros fines-, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto. Para solucionar tales controversias, es necesario que el órgano jurisdiccional las conozca, que se informe sobre ellas. Hablamos de la TUTELA COGNOSCITIVA o de conocimiento, la misma que tiene su expresión en los procesos de igual denominación.

Dichos procesos tienen como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, lo cual se ha convertido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Tales posiciones necesitan ser expresadas, probadas y resueltas a través de un proceso judicial en el cual el juez, aplicando el sistema jurídico vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al proceso, o declara extinguida esta y crea una nueva, siempre a través de una resolución judicial con la cual pone fin a la inseguridad o incertidumbre advertida.²¹

Mediante la técnica de la sumarización formal, los procesos cognoscitivos, llamados también “plenarios”, son subdivididos en especies procesales que buscan destacar los principios de celeridad y economía procesales. Así, nuestro Código Procesal Civil, divide los procesos cognoscitivos en procesos “de conocimiento”, “abreviados” y “sumarísimos”.

Una segunda forma de tutela es la llamada TUTELA EJECUTIVA. Esta forma de actuación jurisdiccional tiene un punto de partida inverso a la anteriormente descrita, ya que en lugar de incertidumbre, lo que hay es una seguridad en un sujeto de derechos concreto, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material específico. Dicho reconocimiento, generalmente, está recogido en un documento, genéricamente llamado título de ejecución.²²

Cabe precisar que la tutela jurisdiccional adopta un carácter ejecutivo cuando la persona encargada de respetar o de satisfacer el derecho reconocido a otra incumple ello, situación ante la cual el ordenamiento jurídico procesal prevé los medios procesales pertinentes que permitan lograr que dicho obligado realice tal cumplimiento, o que hagan posible imponerle el mismo.

Sin embargo, los procesos en los cuales se desenvuelven las tutelas cognoscitiva y ejecutiva enfrentan durante su decurso a una serie de peligros, los cuales de consumarse son capaces de frustrar la obtención de los fines que las normas han confiado al proceso. Esos peligros son principalmente dos: “de infructuosidad”, cuando la lentitud del proceso pone en riesgo la efectividad de la resolución que resuelva el conflicto, debido a los cambios que puede sufrir la situación presentada al momento de la presentación de la demanda, y el “de tardanza”, cuando la sola demora del proceso implique la prolongación

²¹ Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit., p. 137.

²² Cfr. idem., p. 138.

del estado de insatisfacción del derecho controvertido.²³ Ante dichos peligros, la tutela jurisdiccional asume la forma de TUTELA CAUTELAR.

Esta tercera forma de tutela jurisdiccional no es de aceptación unánime. Así, para FERNÁNDEZ BALLESTEROS, la existencia y buena ordenación de un complejo sistema de medidas cautelares es de extraordinaria importancia; pero tampoco conviene exagerar, por cuanto si recordamos los derechos del demandado y el carácter estrictamente instrumental y subordinado de tales medidas, la afirmación de la tutela cautelar como un tercer género de tutela jurisdiccional es innecesaria, tanto como lo sería construir un hipotético derecho subjetivo público "a la cautela" independiente del derecho a tutela que se reclama (derecho de acción), por que en ningún caso el Juez está obligado a acordar medidas cautelares, y por que estas son sólo un adelanto de parte de las actuaciones de la futura y eventual ejecución forzada.²⁴ Pensamos, sin embargo, que la tutela cautelar tiene elementos tanto de la tutela cognoscitiva como de la tutela ejecutiva, diferenciándose de ambas por su instrumentalidad, su provisoriedad, su variabilidad, entre otros elementos, como se verá más adelante.

Sin duda fue el Tribunal Constitucional de España el órgano encargado de consagrar la existencia de una tutela jurisdiccional cautelar. Sin perjuicio de otros antecedentes, ello ocurrió el 17 de diciembre de 1992, al sentenciar el expediente N° 1445/1987, cuando señaló en su cuarto fundamento jurídico que:

"(...), reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. (...)"

²⁵

Con aun mayor contundencia, el mismo Tribunal Constitucional se expresó al resolver con fecha 29 de abril de 1993 el expediente N° 2496/1990, indicando en su cuarto fundamento jurídico que:

"(...). La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso. (...)"²⁶

²³ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 71-72.

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel y otros (Coords.). Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Iurgium editores y Atelier editorial S.L., Barcelona, T. III, pp. 3221-3222.

²⁵ Tribunal Constitucional Español (<http://www.boe.es/tc>).

²⁶ Idem.

Para FERNÁNDEZ BALLESTEROS, declaraciones como las antes transcritas no deben ser sacadas de contexto, por cuanto deben entenderse referidas a la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares cuando concurren todos los requisitos que las condicionan, no a que exista un derecho incondicionado a que todo actor tenga derecho a obtener medidas cautelares por el solo hecho de ser actor.²⁷

Tales pronunciamientos, no resultan extraños en un país como España, en el que por un lado, la Ley 01/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil en su artículo 5, considera la adopción de medidas cautelares como una clase de tutela jurisdiccional²⁸, y por otro, la exposición de motivos de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala que la regulación de las medidas cautelares, "(...) parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, (...)".²⁹

En nuestro país, la tutela cautelar también ha recibido un reconocimiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional, aunque en forma más tímida cuando, el 26 de abril del 2000, al sentenciar el expediente N° 615-99-AA/TC, señaló en su fundamento 4, literal F, que:

"(...), el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, (...), no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, (...), sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, (...)".³⁰

2.1.2.-Clasificación moderna.

Producto de la revaloración del papel de las mayorías en las sociedades del planeta, que a partir del desarrollo de la gran industria y aun más luego de las guerras mundiales, empezaron a luchar por conseguir un reconocimiento de su presencia y de sus derechos, de carácter social, sean colectivos, difusos o públicos (como titularidad de un sector organizado de la sociedad), así como del carácter infungible de muchos de estos derechos, y de su debilidad frente al transcurso del tiempo del proceso en el cual se desenvuelve, frente a la denominada TUTELA JURISDICCIONAL ORDINARIA (cognición plena), surge la denominada TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA, que significa una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y eficacia.³¹

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel y otros (Coords.). Ob. Cit., pp. 3223-3224.

²⁸ "Artículo 5. Clases de tutela jurisdiccional: 1. Se podrá pretender de los tribunales (...), la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista en la ley." (<http://www.sc.ehu.es/dpwlonaal/legislacion/LEC%201-2000/LEC.doc>).

²⁹ Selección de legislación española (<http://www.jurisweb.com/legislacion/index.htm>).

³⁰ Expediente N° 615-99-AA/TC, seguido por Jaime Ramírez Benavides contra el Ministerio del Interior, sobre acción de amparo (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/0615-1999-AA.html>).

Dentro de la tutela diferenciada, se identifica una primera fase CONSERVADORA, la cual se manifiesta contra la cognición plena como único instrumento para otorgar satisfacción, concediendo al justiciable procesos distintos para lograr tal fin. Nos referimos a los procesos ejecutivos o a la reducción de plazos y audiencias en el clásico proceso de cognición plena, generando los procesos abreviado y sumarísimo. La segunda fase, llamada CONTEMPORANEA, trata de enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos, de carácter impersonal, extrapatrimonial e infungible, generando a su vez dos formas de tutela: preventiva y de urgencia.³²

La TUTELA PREVENTIVA, surge ante la denominada “crisis de la sentencia condenatoria” que caracteriza a la tutela ordinaria. Se subdivide en TUTELA RESARCITORIA, que es aquella que busca asegurar la satisfacción de la obligación de hacer o no hacer recogida en la sentencia definitiva por su equivalente (generalmente dinero); y en TUTELA ESPECIFICA, que busca dar cumplimiento fielmente a la obligación de hacer o no hacer dispuesta en la sentencia.³³

Por su parte, la TUTELA DE URGENCIA tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la duración del proceso, diferenciándose una TUTELA DE URGENCIA CAUTELAR, de carácter autónoma, provisional e instrumental frente a lo resuelto en un proceso cognoscitivo o de ejecución, del cual es complemento; y en TUTELA DE URGENCIA SATISFACTIVA viable ante pretensiones que requieren una solución inmediata y definitiva (con calidad de cosa juzgada), debido a tener la probabilidad intensa o elevada de ser atendidas favorablemente en un proceso de cognición, y a que el derecho para el cual se reclama tutela sea infungible, es decir, irremplazable por una reparación patrimonial.³⁴

CAPITULO 3: EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho hasta aquí, que el debido proceso es un conjunto de garantías que -empezando por la Constitución- ofrece el ordenamiento legal a todo sujeto de derecho, para la discusión de cualquier derecho u obligación de éste último. Hemos indicado también, que la denominada tutela jurisdiccional, es la expresión del debido proceso en sede judicial, trátase del órgano jurisdiccional que se trate, y sea cual sea el tema ante él debatido.

Los alcances del debido proceso, sin embargo, no quedan allí.

Analizando las características del Derecho administrativo, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ señalan que:

³¹ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela procesal de los derechos. Palestra editores, Lima, 2004, pp. 39-42.

³² Cfr. idem., pp. 45-47.

³³ Cfr. idem., pp. 47-49.

³⁴ Cfr. idem., pp. 64-71 y 88-89.

“El Derecho administrativo, (...) está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten –y esto conviene tenerlo bien presente- en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido.”³⁵

Más adelante, ahondando en el estudio del mencionado equilibrio, los mismos autores indican que:

“El principio de legalidad – y su garantía en el recurso contencioso-administrativo – y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, constituyen (...) los dos grandes soportes estructurales del Derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del poder, depende, justamente, de su correcto juego.”³⁶

El procedimiento administrativo es una importante expresión del principio de legalidad en el Derecho administrativo, y a su vez la mayor garantía que posee todo sujeto ante la administración. Podemos conceptualizarlo, siguiendo a DROMI como “el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado – administración”, constituyendo “(...) la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración”, ello en la medida que “(...) el procedimiento administrativo regla el ejercicio de la prerrogativa pública y de los derechos subjetivos y libertades públicas. (...), es, en suma, un instrumento de gobierno y de control. Cumple una doble misión republicana: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad, y la defensa de los derechos por las vías procesales recursivas y reclamativas.”³⁷

Las ideas vertidas por los dos autores recién citados, han sido recogidas en el inciso 8 del artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, norma que impone a las autoridades la observancia de dicho equilibrio al momento de interpretar las normas administrativas.³⁸

Dentro del marco garantista constituido por el procedimiento administrativo, también se inscribe el debido proceso, el cual por ese hecho, es denominado “debido procedimiento”.

El principio del debido procedimiento, “constituye una garantía general de los ciudadanos que ha sido introducida al Derecho administrativo primero por la jurisprudencia, derivándola del derecho natural y de los tratados internacionales de derechos humanos.”³⁹ Al igual que el debido proceso, el debido procedimiento es un

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, Madrid, 1999, T. II, p. 48,

³⁶ Idem., p. 351.

³⁷ DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Ciudad argentina, Buenos Aires, 1998, 7ª edición, pp. 889-890.

³⁸ Ley 27444, “Artículo 75: Deberes de las autoridades en los procedimientos: (...). 8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados. (...)”

conjunto de garantías, que se ofrecen al administrado frente a la Administración a través del procedimiento administrativo. Cabe averiguar cuales son esas garantías.

Una aproximación al tema la encontramos en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 02 de julio de 1998, en la cual declaró fundada una demanda de amparo por la trasgresión de lo que denominó “debido proceso administrativo”. En su cuarto fundamento, el citado tribunal expresó que:

“(…) el debido proceso administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139 de la Constitución del Estado (verbigracia: jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)”.⁴⁰

De esa manera, vemos que para nuestro Tribunal Constitucional, las garantías del debido proceso jurisdiccional, encontraban plena aplicación en sede administrativa, configurando el llamado debido proceso administrativo.

En un estudio comparativo de diversas legislaciones latinoamericanas, BREWER-CARIAS enumera como las principales garantías del debido procedimiento: 1. El principio del contradictorio; 2. El derecho a la defensa; 3. El principio de la gratuidad; 4. El principio de la motivación de los actos administrativos; 5. El principio de la confianza legítima; y 6. El tema de la garantía de la tutela judicial efectiva y su relación con el principio del agotamiento de la vía administrativa.⁴¹

Entre las muchas novedades de la ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, figura la regulación del debido procedimiento. El artículo IV de dicha ley en su numeral 1.2, lo establece en esta forma:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1.-El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho administrativo:

(…)

1.2.-Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho administrativo. La regulación propia

³⁹ MORON URBINA, Juan. Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001, p. 29.

⁴⁰ Sentencia recaída en el expediente N° 026-97-AA/TC, seguido por Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres contra la Municipalidad Provincial de Huanuco, sobre acción de amparo (<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0026-1997-A.A.html>).

⁴¹ Cfr. BREWER-CARIAS, Allan R. Principios del procedimiento administrativo en América latina. LEGIS S.A., Bogotá, 2003, p. 262.

del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)." ⁴²

Analizando la ley N° 27444, MORON considera que el debido proceso en el ámbito administrativo, comprende, a favor del administrado: 1. El derecho a exponer sus argumentos (derecho a ser oído); 2. El derecho a ofrecer y producir pruebas; y 3. El derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. ⁴³ Por su parte, estudiando la misma ley, BARTRA opina que el debido procedimiento está formado por: 1. El derecho a ser oído; 2. El derecho a conocer el estado del expediente; 3. El derecho a presentar pruebas, debiendo otorgarse un plazo prudencial para ofrecerlas y actuarlas; y 4. El derecho a una decisión fundada en derecho. ⁴⁴

Si bien el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades arbitradas las más de las veces en garantía del particular, ello no debe hacernos olvidar otra finalidad del procedimiento, cual es la de lograr el mayor acierto y eficacia de las resoluciones administrativas. ⁴⁵ En ese sentido, de manera coherente a lo indicado para el debido proceso, el debido procedimiento también incluye entre sus garantías al instituto cautelar, directamente relacionado al logro de los fines del procedimiento.

Nuestra ley N° 27444 recoge dicho criterio en su artículo 146, el cual regula diversos aspectos del instituto cautelar:

“Artículo 146.- Medidas cautelares.

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga ⁴⁶ la eficacia de la resolución a emitir.

146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

⁴² Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de abril de 2001 (separata especial).

⁴³ Cfr. MORON URBINA, Juan. Ob. Cit., pp. 29-30.

⁴⁴ Cfr. BARTRA CAVERO, José. Procedimiento administrativo. Editorial Huallaga, 6ª edición, Lima, 2002, pp. 71-74.

⁴⁵ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho administrativo. Editorial Tecnos S.A., 12ª. edición, Madrid, 1994, Vol I., pp. 472-473.

⁴⁶ Entiéndase que se trata de un error de redacción y que el legislador en realidad quiso decir “arriesgue”.

146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.”

De lo anterior, queda claro que el debido proceso reconoce entre sus garantías a las medidas cautelares, como -quizás-, el principal instrumento para el logro de los fines del proceso o procedimiento que él garantiza.

TITULO II: LA TUTELA CAUTELAR Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

CAPITULO 4: NOCIONES BASICAS

Siguiendo la línea propuesta en la parte anterior, debemos afirmar que la tutela cautelar constituye una figura procesal en constante evolución, en la cual se encuentra gran parte de la lucha por otorgar una eficiente prestación jurisdiccional, siendo una rama del derecho procesal destinada a estudiar los mecanismos necesarios para que la prestación jurisdiccional sea eficaz, a pesar del necesario transcurso del tiempo para su configuración y de los potenciales actos maliciosos de la contraparte o de terceros.⁴⁷

En ese sentido, la noción o definición de lo que es una medida cautelar, no debe buscarse en base a un criterio ontológico, sino en base a un criterio teleológico. Es importante saber el origen, composición o mecánica de un instituto procesal, sin embargo es más relevante conocer los fines que su regulación persigue: ninguna institución del derecho se forja para satisfacer inquietudes meramente académicas. Cualquier noción o concepto jurídico, aun cuando el único uso inmediato que reciba sea teórico, siempre apunta -sólo o concurriendo con otras propuestas- a formular alternativas de solución ante problemas concretos.

El mismo derecho, puede ser visto como aquella actividad organizada dirigida a conocer y enfrentar tales problemas, con el objetivo de solucionarlos. El derecho es finalista en esencia, carácter del cual no pueden exceptuarse las instituciones que lo integran.

El conocimiento de la finalidad de los institutos procesales (y jurídicos en general), cumple además otro rol. Día a día, la realidad transforma los hechos que el derecho aprecia, obligando al estudioso a proponer replanteos del tratamiento y/o interpretación de dichos sucesos. Sólo si tenemos claramente definida la finalidad de un instituto jurídico, podremos asumir con decisión y plasmar con creatividad innovaciones en su regulación y aplicación, aun cuando estas, quizás, vayan en contra de lo que la tradición jurídico-legal designe como "su naturaleza".

Así, preliminarmente, podemos decir que una medida cautelar es una resolución

⁴⁷ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases para la formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima, 2002, p. 72.

expedida por un órgano jurisdiccional a solicitud de parte, pronunciamiento que, sustentado en la apariencia del derecho alegado por el sujeto procesal solicitante de la medida y en el peligro que para ese derecho significa la demora del proceso en el cual se intenta hacer valer, busca asegurar la eficacia de la sentencia a expedirse en dicho proceso de la forma más adecuada posible, de tal manera que los efectos de dicha decisión final alcancen a la relación material controvertida tal como fue presentada ante la autoridad judicial.

La noción que acabamos de indicar, y cualquier otra referida al mismo instituto cautelar -de seguro más exacta-, sólo podrá explicarse y entenderse después de estudiar las características de las medidas cautelares y los presupuestos para su adopción, así como las particularidades del proceso en el cual son expedidas. Son aquellos elementos los que definen el contenido y los alcances de la decisión cautelar.

CAPITULO 5: CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

5.1.-INSTRUMENTALIDAD CUALIFICADA

La identificación de la instrumentalidad de las medidas cautelares fue obra del insigne procesalista italiano CALAMANDREI. Dicho tratadista, indicó en el año de 1936 que la instrumentalidad:

“(...) es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares, las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, *al servicio de una providencia definitiva*, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.”⁴⁸

Si observamos que una de las características esenciales de toda norma procesal es su instrumentalidad, en tanto sirve para asegurar la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento,⁴⁹ parece resultar redundante hablar de la misma como elemento fundamental de las medidas cautelares. Sin embargo, el mismo CALAMANDREI, líneas más adelante, explicaba al respecto que:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 44.

⁴⁹ Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit., p. 156.

mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.”⁵⁰

Considerando que las tres formas de tutela jurisdiccional referidas en puntos anteriores se expresan bajo tres procesos distintos, podemos afirmar que “(...) mientras los proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la tutela del proceso; por tanto su eficacia sobre la litis es mediata a través de otro proceso.”⁵¹

5.2.-PROVISORIEDAD

El mismo CALAMANDREI, buscando las diferencias existentes entre las providencias de cognición y de ejecución frente a las providencias cautelares, señalaba que:

“La opinión más extendida, (...), es la que vé un carácter constante o, en absoluto, un carácter distintivo de las providencias cautelares en su *provisoriedad*, o sea en la *limitación de la duración* de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias. Las mismas difieren, según esta opinión, de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta *limitación en el tiempo de los efectos mismos*; (...).”⁵²

En contraposición a lo meramente temporal, es decir, a aquello que no dura siempre, independientemente del hecho que ponga fin a su duración, el mencionado tratadista recalca que:

“(...) provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; (...).”

53

El “evento sucesivo” al que se hace mención, no es otro que la providencia final del proceso principal, llamada sentencia. En nuestro ordenamiento procesal, sin embargo, no sólo con una sentencia sino también a través de un auto se puede poner fin a un proceso.

54

5.3.- VARIABILIDAD

⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 45.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal. EJE, Buenos Aires, T. I., p. 414.

⁵² CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 36.

⁵³ Idem., p. 36.

⁵⁴ Así nuestro Código Procesal Civil contempla casos en que concluye el proceso sin declaración sobre el fondo (artículo 321), casos en que concluye el proceso con declaración sobre el fondo diferentes a la sentencia (artículo 322), y casos en los cuales se declara fundada alguna de las excepciones que la doctrina conoce como “perentorias” (inciso 5 del artículo 431).

Producto de su instrumentalidad respecto al proceso principal donde se discuten derechos sustanciales y, en especial, a la sentencia que resolverá dicho conflicto, las medidas cautelares pueden ser variadas en su tenor por el órgano jurisdiccional, a fin de que ellas sirvan de la mejor manera posible a los fines de tutela que la inspiran.

Al respecto, se puede decir que:

“(…), las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo. (…).

(…) las providencias cautelares se pueden considerar como emanadas con la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; (…).”⁵⁵

Ya que se ha mencionado el tema de la cosa juzgada, polémico en materia cautelar, podemos decir que la tutela cautelar, a diferencia de la tutela cognoscitiva generadora de la cosa juzgada, marca un estado transitorio o provisional, que culminará con la sentencia final, pero que es susceptible de ser alterado si los presupuestos con los que la medida cautelar fue concedida hubieran variado o desaparecido.⁵⁶

Lo anterior, nos hace ver que el carácter variable de las medidas cautelares tiene dos facetas. La primera es la de VARIACIÓN EN ESTRICTO SENTIDO, cuando las circunstancias y presupuestos en base a los cuales se otorgó la medida hayan cambiado, siendo necesario articular la instrumentalidad de la medida en la forma más conveniente a los fines de la tutela jurisdiccional en general y del proceso en particular. Están aquí comprendidos los supuestos de modificación y sustitución.

La segunda, apunta a la CANCELACIÓN de la medida otorgada (llamada también “revocabilidad”), cuando dichas circunstancias y presupuestos hayan variado al grado de convertir en innecesaria la tutela cautelar dispensada, o simplemente hayan desaparecido, generando similar consecuencia. Para algunos autores, la cancelación de las medidas cautelares también deriva de su provisoriedad. Así, se afirma que el valor jurídico provisional antes señalado implica, en primer lugar, la revocabilidad de la providencia que establece la cautela.⁵⁷

5.4 CADUCIDAD

A consecuencia de su provisoriedad frente al proceso principal donde se discuten

⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., pp. 89-90.

⁵⁶ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases , Ob. Cit., p. 158.

⁵⁷ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit., p. 438.

derechos sustanciales y, en especial, a la sentencia que resolverá dicho conflicto, las medidas cautelares surten efectos mientras no se dicte dicha sentencia. Sobre el tema, podemos afirmar que:

“Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar ve, con el nacimiento de la providencia principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital. (...).

El pronunciamiento de la providencia principal funciona como causa extintiva de los efectos de la providencia cautelar no solamente cuando declara que el derecho en previsión de la existencia del cual ha sido emanada no existe, sino también cuando declara que existe; en efecto, si en el primer caso la providencia cautelar se extingue porque se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no era fundada, en el segundo caso se extingue igualmente como providencia cautelar porque en su lugar se coloca la providencia principal, por la cual desde ese momento en adelante queda regulada la relación sustancial.”⁵⁸

En el mismo sentido, podemos concluir que, siendo las medidas cautelares de carácter provisorio:

“(...). Es obvio que si el fin del proceso cautelar es dar al proceso un cierto ordenamiento, una cierta base, a fin de que pueda alcanzar mejor su finalidad, una vez que el proceso definitivo se agote, la cautela no tiene ya razón de existir.

No se trata de revocación, como a menudo y poco atentamente se dice en la práctica, sino de pérdida de eficacia *ex lege*, (...).”⁵⁹

CAPITULO 6: CARACTERISTICAS DE LOS PROCESOS CAUTELARES

6.1.- JURISDICCIONALIDAD

Más que una característica de las medidas cautelares, se trata de una cualidad del procedimiento cautelar.

Al diferenciar los conceptos de debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva, hemos indicado que mientras el primero es una noción que alcanza tanto al ámbito judicial como al ámbito administrativo, prolongándose incluso a las relaciones entre particulares, el segundo es un concepto que desde su origen está circunscrito a los procesos ante la autoridad jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva no es más que la aplicación del debido proceso en sede judicial.

De acuerdo a ello, siendo la tutela cautelar una expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, ella encuentra su realización sólo a partir de una resolución expedida por el órgano jurisdiccional competente para el proceso respecto del cual o en el cual se solicita

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 92.

⁵⁹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit., p. 43.

la medida. En ese sentido, nuestra Constitución consagra los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en su artículo 139, regulador de los principios de la función jurisdiccional.

Visto el tema desde el punto de vista del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares obedece, por tanto, a una prolongación del poder-deber del Estado de impartir justicia, que busca tutelar el ordenamiento jurídico garantizando los derechos constitucionales que informan al proceso, a través de la concentración de los medios adecuados para la eficaz solución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica.⁶⁰

6.2 SUMARIEDAD

Refirámonos aquí a otra característica del procedimiento cautelar: su sumariedad.

Como se verá más adelante, con las medidas cautelares se busca hacer cesar el peligro que amenaza a un derecho o evitar que el daño producido al mismo se torne irreparable, producto de la demora del proceso principal. En ese sentido, si para tutelar dicho derecho se aguarda la emisión de la sentencia que resuelva el fondo de la controversia, dicha tutela corre el riesgo de tornarse irrealizable.

Lo anterior, y la instrumentalidad que nutre a toda medida cautelar, obligan a que, solicitada la medida, el juez resuelva casi inmediatamente, sacrificando incluso la garantía del contradictorio, con el único fin de garantizar el logro de los fines de la medida que expida. Por ende, frente al trámite del proceso ordinario, el trámite de la solicitud cautelar es sumario.

Tomando como referencia al proceso ordinario, y dado los diferentes niveles de complejidad de las distintas materias a resolver, y principalmente los diferentes grados de urgencia que se presentan, surge el fenómeno de la sumarización procesal. El mismo puede ser apreciado desde un punto de vista formal, cuando se trata de la abreviación del procedimiento, o desde un ángulo material, cuando se trata de imprimir a los diferentes casos distintos niveles de cognición judicial para resolverlos. Las medidas cautelares son un instituto procesal en el cual confluyen ambas variantes de la sumarización.

6.3.- AUTONOMIA

Una tercera cualidad del procedimiento cautelar es su autonomía.

También producto del carácter instrumental de las medidas cautelares, y a fin de no perturbar en lo más mínimo la preparación y final emisión de la sentencia que resuelve el fondo de la litis, las medidas cautelares tienen una tramitación autónoma. Si bien la medida sirve al proceso principal, dicha utilidad radica en garantizar la efectividad de la sentencia que lo resuelva, no en preparar de mejor manera la emisión de dicho pronunciamiento final, resultando conveniente que toda medida cautelar sea solicitada, tramitada y otorgada en forma autónoma e independiente respecto del proceso principal.

⁶⁰ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases, Ob. Cit., p. 150.

En nuestro país, la autonomía de las medidas cautelares esta determinada no sólo por la existencia de una regulación especial del llamado “procedimiento cautelar” entre los artículos 635 y 641 del Código Procesal Civil, sino por su consagración expresa en el mencionado numeral 635.⁶¹

6.4.- RESERVA

Se trata de la cuarta característica de los procedimientos cautelares, la cual surge de los fines del instituto cautelar, concretamente, también a propósito de la instrumentalidad que lo caracteriza.

Decimos que un procedimiento cautelar debe ser reservado, no por que en ningún caso deba ser público, sino debido a que exige discreción y prudencia. Hacer lo contrario, esto es publicitar la existencia de un pedido cautelar, lo único que lograría es hacer inservible la institución procesal, y empezar a elucubrar sobre su desaparición so pretexto de su inoperancia.⁶²

En esa línea de pensamiento, todos los sujetos intervinientes en el trámite del pedido cautelar tienen la obligación de guardar la reserva de la solicitud cautelar, pues en todo caso no se logrará la finalidad del instituto, y peor aun, se puede perjudicar el derecho del justiciable solicitante de la medida.⁶³

Pensamos, sin embargo, que la reserva que caracteriza al procedimiento cautelar no sólo está referida a los terceros ajenos a la solicitud, sino que también apunta al sujeto contra el cual se ha formulado el pedido cautelar. No hablamos de otra cosa que del conocido principio “*inaudita et altera pars*” (“sin oír a la parte contraria”).

Tal cualidad, significa que el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria, esto es sin notificarle de tal pedido y sin darle la oportunidad de formular alegaciones; exigencia que resulta obvia para que no se frustren tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia. Si se procediese en forma contraria, se pondría en inminente peligro la finalidad de la medida cautelar, pues el emplazado podría poner a buen recaudo sus bienes y derechos, haciendo ilusorio el derecho del actor.⁶⁴ Esta posición ha sido recogida en el artículo 637 de nuestro Código Procesal Civil.⁶⁵ Dicho criterio, sin embargo, no encuentra un pacífico acuerdo en la legislación comparada. Así, por ejemplo, la Ley 01/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil de España, establece en su numeral 733, como por regla general, que el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado;

⁶¹ Código Procesal Civil. “Artículo 635.- Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.”

⁶² Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p. 60.

⁶³ Cfr. idem. , p. 60.

⁶⁴ Cfr. idem. , pp. 61-62.

⁶⁵ “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada”.

procediendo, excepcionalmente, previo pedido expreso y prueba de la especial urgencia, acordar una medida sin previa audiencia de la parte demandada.⁶⁶

CAPITULO 7: PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

7.1.- APARIENCIA DE FUNDABILIDAD DE LA PRETENSION CONTENIDA EN LA DEMANDA

A diferencia de la cognición judicial en el proceso principal, en el cual ella apunta al logro de la certeza sobre la existencia del derecho discutido, en sede cautelar es suficiente que dicha existencia aparezca como verosímil. Ello significa que, luego de un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de la cognición cautelar no tiene el valor de declaración de certeza, sino de hipótesis, pudiéndose ver si ella corresponde a la realidad sólo cuando se dicte dicha providencia principal. Dicho carácter hipotético está íntimamente identificado con la naturaleza de la providencia cautelar, siendo un aspecto necesario de su instrumentalidad.⁶⁷

La diferencia advertida entre el resultado de la cognición cautelar y la cosa juzgada, a la cual llegan las resoluciones finales de los procesos de cognición y de ejecución, se resuelve y hasta se disuelve en una diferencia cuantitativa concerniente al grado de la probabilidad o, en otros términos, de la ponderación del juicio que da lugar a la elección.⁶⁸ En realidad, todo juicio implica una probabilidad, la cual es de menor grado en la cautela.

Genéricamente hablando, podemos identificar dos etapas durante el proceso, en las cuales el conocimiento del asunto controvertido por parte del juez es totalmente diverso. En la primera etapa, ubicada al inicio de la relación procesal, el juez no tiene mayor información sobre el objeto de la discusión, tanto en sus aspectos procesales como materiales. En la segunda etapa, ubicada antes o en el momento en que el juez expide sentencia, ha formado convicción sobre el tema litigioso y expide un pronunciamiento que concluye con el grado de jurisdicción. Regularmente, la medida cautelar es otorgada entre las dos fases indicadas, cuando el juez se está nutriendo de la información que lo pondrá en la posibilidad de resolver el proceso.⁶⁹ En esas circunstancias, es imposible que el juez transmita alguna certeza al otorgar la medida. Esta es la razón de ser de la verosimilitud, siendo ilógico pretender colocar a la certeza como presupuesto de las medidas cautelares.⁷⁰

⁶⁶ <http://www.sc.ehu.es/dpwl/naa/legislacion/LEC%201-2000/LEC.doc>

⁶⁷ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., pp. 77-78.

⁶⁸ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit., p. 436.

⁶⁹ Afirmación también aplicable a las medidas otorgadas antes de la presentación de la demanda, ya que, en ellas, es mediante la solicitud cautelar que el juez recién conoce el particular tema controvertido.

La apariencia de fundabilidad de la pretensión contenida en la demanda, está recogida como uno de los requisitos de toda medida cautelar en el artículo 611 del Código Procesal Civil. A su vez, ha sustentado un sin número de resoluciones judiciales, como la dictada el 10 de noviembre de 1999 por la entonces Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, tribunal que en el tercer considerando de su resolución expresó que “La verosimilitud del derecho invocado en una solicitud cautelar no implica la probanza del mismo; sino que implica la apariencia del derecho reclamado; en consecuencia no se requiere que éste esté probado fehacientemente, ya que este aspecto es materia a dilucidarse en la demanda principal.”⁷¹

7.2.- PELIGRO EN LA DEMORA DEL PROCESO PRINCIPAL

El peligro en la demora, “(...) condición típica y distintiva de las providencias cautelares, (...)” según CALAMANDREI, era definida por dicho tratadista como “(...) el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.” Para dicho autor, existía peligro en la demora si se cumplían los siguientes requisitos: primero, la existencia de un estado de peligro para un derecho y la necesidad de evitar la lesión del mismo; segundo, la urgencia de solicitar tutela jurisdiccional, siendo de prever que la demora de dicha tutela permitirá la transformación del peligro en daño o la agravación del daño ya producido; y tercero, que la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta para dichos fines.⁷²

El citado autor italiano, dividió el peligro en la demora en “peligro de infructuosidad” y en “peligro de tardanza”. En el primero, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz, dejando intacta la relación sustancial controvertida. En el segundo, el peligro está constituido por la prolongación del estado de insatisfacción del derecho a causa de las dilaciones del proceso ordinario, recayendo la providencia cautelar directamente sobre la relación sustancial controvertida, por cuanto se trata de una declaración de mérito interina.⁷³

Lo anterior, si bien válido desde el punto de vista teórico y con gran virtud pedagógica, no es exacto en la práctica donde apreciamos que ambos peligros, -con mayor o menor intensidad dependiendo del caso- confluyen habitualmente.

Actualmente, podemos decir que el peligro en la demora “(...) constituye la amenaza de que una pretensión se torne ineficaz, luego de estimarse la misma a la finalización del proceso”; peligro que, si bien nace de la imposibilidad de que el proceso judicial sea

⁷⁰ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases..., Ob. Cit., pp. 171-174.

⁷¹ Expediente N° 26504-99, seguido por Cooperativa de Ahorro y Crédito Marbella de Magdalena Ltda.. contra Silvia Bazán Javier Antonio y otra, sobre medida cautelar. Citado por LEDESMA, Marianella. Jurisprudencia actual, p. 545-546.

⁷² Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., pp. 40-42.

⁷³ Cfr. idem. , pp. 71-72.

solucionado de manera inmediata (es decir, del necesario desarrollo temporal del proceso), se complementa por las posibles actividades que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto.⁷⁴

7.3.- ADECUACION DE LA MEDIDA CAUTELAR OTORGADA

Es indudable que las medidas cautelares, debido a su actuación inmediata, importan una modificación jurídica y, según los casos, también fáctica de la situación del demandado, incidiendo sobre los intereses de esta parte. Si bien dicha alteración resulta necesaria para que la medida cumpla sus fines, el juez debe cuidar que la medida expedida debe ser aquella que afecte menos tales intereses, a fin de salvaguardar al máximo el derecho constitucional de igualdad de las partes dentro del proceso. A fin de mantener la igualdad de las partes en el proceso y de evitar perjuicios innecesarios, el juez debe dictar la medida cautelar que resulte más adecuada al caso.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “adecuar” significa “proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa”. Por su parte, se califica a una cosa como “adecuada” cuando es “apropiada a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”.⁷⁵

De acuerdo a ello, decimos que una medida cautelar es adecuada, cuando resulta más idónea y ajustada a sus fines (brindar tutela procesal a la pretensión principal). Profundizando en el tema, afirmamos que una medida cautelar será más adecuada según sea más congruente y proporcional respecto al objeto materia de tutela.

Congruencia y proporcionalidad expresan las facetas cualitativa y cuantitativa del mandato cautelar. Mientras la congruencia muestra la necesaria relación de coherencia que debe existir entre la cautela otorgada y el objeto cautelado, la proporcionalidad se refiere a la relación de precisión que debe presentarse ente tal medida y dicho objeto.

Del mismo criterio es RAFFO, para quien el juez está obligado a mantener la igualdad de las partes en el proceso y a evitar perjuicios innecesarios por un abuso del derecho del demandante a la medida cautelar. En la búsqueda de congruencia, el juez hace una calificación cualitativa de la correlación lógica entre la medida que va a dictar y el objeto de su aseguramiento; mientras que en la búsqueda de proporcionalidad el juez hace una calificación cuantitativa entre la medida a dictar y el objeto que se busca asegurar.⁷⁶

Mientras la congruencia debe concurrir en toda medida cautelar, la proporcionalidad es propia de aquella que tengan como finalidad la aseguración de situaciones jurídicas con contenido patrimonial.⁷⁷

⁷⁴ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases....., Ob. Cit., pp. 179-180.

⁷⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe S.A., 22ª edición, Madrid, 2001, T. I, p. 43.

⁷⁶ Cfr. RAFFO, Mauricio. “Las medidas cautelares en los servicios públicos. Hay que cautelar a la cautelar.” En: Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Lima, N° 74, noviembre 2004, año 10, p. 27.

La adecuación como requisito de las medidas cautelares, ha sido introducida expresamente recién en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo. Sin embargo, ya el Código Procesal Civil, en forma tímida, se refería con anterioridad a ella en su numeral 611, otorgando al juez la facultad de dictar medida cautelar “(...) en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)”

El requisito de adecuación (específicamente, de congruencia), ha sido ya invocado en sede judicial. Así, con fecha 23 de septiembre de 1999, la entonces Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, al confirmar la improcedencia de un pedido de medida de no innovar, expresó en su tercer considerando que:

“(...) la instrumentalidad de la misma está referida a que mediante una medida cautelar, se va a proteger anteladamente un derecho pretendido en la demanda, esto es el derecho especificado en el petitorio de la misma; por consiguiente como lógica consecuencia, toda medida cautelar que se dicte tiene que estar ligada a la pretensión que motiva la demanda; (...)”⁷⁸

Posteriormente, con fecha 02 de abril del 2002, atendiendo una solicitud de medida cautelar genérica y utilizando la facultad prevista en el artículo 611 del Código Procesal Civil,⁷⁹ la Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo (entonces única) de la Corte Superior de Justicia de Lima otorgó una medida adecuándola a la modalidad de no innovar; mandato que, luego de impugnado, fue confirmado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema mediante ejecutoria de fecha 30 de septiembre del 2003.⁸⁰

7.4.- LA CONTRACAUTELA.

Como se verá más adelante, CALAMANDREI consideró que existían cuatro clases de providencias cautelares, comprendiendo la última de ellas a las “cauciones procesales” impuestas al interesado como condición para obtener una ulterior providencia cautelar, a fin de que esta sirva como cautela de la cautela, es decir, para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, restableciendo el equilibrio entre las exigencias de celeridad y justicia.⁸¹

⁷⁷ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases....., Ob. Cit., pp. 190-191.

⁷⁸ Expediente N° 604736-99, seguido por Saúl Hermes Herrera contra la Comunidad Campesina de Cucuya, sobre impugnación de acuerdos. Citada por LEDESMA, Marianella. Jurisprudencia actual, T. IV, p. 544-545.

⁷⁹ Cabe indicar que, por error mecanográfico, en la resolución se consignó el artículo 613, lo cual no alteró el sentido que brota de su texto.

⁸⁰ Expediente N° 1809-03, seguido por Luz del Sur S.A.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, sobre impugnación de resolución administrativa –cuaderno cautelar.

Actualmente, podemos afirmar que, contrariamente a lo antes expuesto, la contracautela no es una especie de medida cautelar, ya que, a diferencia de estas, ella no busca la eficacia del proceso, ni tiene ninguna incidencia respecto de la finalidad de éste, sino que, habiendo nacido como una necesidad de garantizar los intereses de la parte afectada con la medida cautelar, se propone como fin el desarrollo justo y equitativo de la relación procesal,⁸² estableciendo un equilibrio entre las partes respecto de la situación de hecho o de derecho surgida a consecuencia de la medida cautelar expedida.

Es conveniente precisar que, para la concesión de una medida cautelar, interviene el análisis de los requisitos antes desarrollados, más no el de la contracautela, por cuanto ella, en realidad, se ubica en un plano posterior, al referirse a los posibles daños que podrían provocarse con la actuación de aquella medida, requiriendo ser presentada recién antes del inicio de dicha actuación.⁸³

Pese a ello, nuestro Código Procesal Civil, regula a la contracautela como uno de los requisitos de toda medida cautelar (inciso 4 del artículo 610), debiendo precisar la resolución concesoria su forma, naturaleza y alcances (segundo párrafo del artículo 611), y pudiendo el juez aceptar, graduar, modificar o cambiar su naturaleza y monto (segundo párrafo del artículo 613). Estando a ello, la contracautela es un requisito a la altura de la apariencia de fundabilidad, del peligro en la demora y de la adecuación.

Sin embargo, en nuestra propia legislación existen excepciones a dicha regla. Así por ejemplo, la Ley N° 26887, actual Ley General de Sociedades, regula en su artículo 145 la llamada "Medida cautelar de suspensión de acuerdo de junta general", norma que coloca a la contracautela en un momento posterior al mandato de suspensión al señalar en su segundo párrafo que "El juez debe disponer que los solicitantes presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión". De acuerdo a ello, el juez puede dictar la medida sin considerar la contracautela como un presupuesto, teniendo la obligación de exigirla antes de la actuación de dicha medida.

El naturaleza de la contracautela ha sido manejada contradictoriamente por la Corte Suprema. En la ejecutoria de fecha 28 de agosto del 2003, la Sala Civil Transitoria, la contracautela es "(...) aquella figura procesal que constituye un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar, (...)".⁸⁴ Luego, el 16 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente revocó la resolución apelada y concedió una medida cautelar, disponiendo que previamente, la parte solicitante amplíe la contracautela ofrecida; colocándola en un segundo plano respecto a la concesión del mandato cautelar.⁸⁵ Después, el 18 de febrero del 2004, la misma Sala Civil Permanente consideró a la contracautela como "(...) requisito *sine qua non* para el otorgamiento de la medida

⁸¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., pp. 53-65.

⁸² Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela....., Ob. Cit., p. 200.

⁸³ Cfr. idem., pp. 264-265.

⁸⁴ Expediente N° 118-2003, seguido por Proplast Barrera S.A. contra el Tribunal Fiscal, sobre proceso contencioso-administrativo -cuaderno cautelar.

solicitada.”⁸⁶

En la normatividad extranjera, el panorama es igual de confuso. Así, el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial argentino, señala que la contracautela debe presentarse necesariamente con la solicitud cautelar, regulando su numeral 200 algunos supuestos de exención.⁸⁷ Por su parte, la Ley 01/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil de España, establece en el numeral 3 de su artículo 728 que el solicitante deberá prestar caución, salvo que expresamente el Tribunal disponga eximirlo del cumplimiento de dicha obligación.⁸⁸

CAPITULO 8: CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

8.1.-SEGUN CALAMANDREI

En su obra “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, CALAMADREI clasifica las medidas cautelares en cuatro grupos.

El primer grupo es el de las “providencias instructorias anticipadas”, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Con ellas se busca la conservación o aseguración de la prueba, y pueden adoptarse antes o durante el proceso.

El segundo grupo, es el de las providencias de “aseguramiento de la futura ejecución forzada”, las cuales sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma.

El tercer grupo, está constituido por las medidas de “anticipación de providencias decisorias”, mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva.

El cuarto grupo, comprende a las “cauciones procesales”, impuestas al interesado como condición para obtener una ulterior providencia cautelar, a fin de que esta sirva como cautela de la cautela, es decir, para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, reestableciendo el equilibrio entre las exigencias de celeridad y justicia.⁸⁹

⁸⁵ Expediente N° 173-2003, seguido por Contilatin del Perú S.A. contra el Tribunal Fiscal, sobre proceso contencioso-administrativo – cuaderno cautelar.

⁸⁶ Expediente N° 229-2003, seguido por Betty Ramos Medina contra la SUNASS, sobre solicitud de Medida cautelar.

⁸⁷ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley17454.htm#5>

⁸⁸ <http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/LEC5201-2000/LEC.doc>.

⁸⁹ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., pp. 53-65.

8.2 CONSERVATIVAS E INNOVATIVAS

Siguiendo la descripción realizada por el mismo autor, diremos que, en todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos. Dicha medida será una de tipo conservativo.⁹⁰

Al contrario, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas, la providencia cautelar para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que podría llegar la providencia principal, debe tender a operar, en vía provisoria y anticipada, los efectos constitutivos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables. Estaremos ante una medida de carácter innovativo.⁹¹

8.3.-SEGUN CARNELUTTI

En su obra “Derecho Procesal Civil y Penal”, CARNELUTTI refiere tres clases de medidas cautelares, de acuerdo al modo en el cual la situación de hecho entre los litigantes es garantizada.

La primera es la de las medidas “inhibitorias”, que apuntan a evitar que la parte contra la cual se dirige la medida realice conductas que puedan perturbar la realización del pronunciamiento final sobre el fondo.

La segunda clase pertenece a las medidas “restitutorias”, que buscan, al contrario, la ejecución de un mandato positivo sobre los bienes comprometidos en la litis, a fin de garantizar la ejecución de la resolución final

En la tercera clase, encontramos a las medidas “anticipatorias”, dirigidas a adelantar provisoriamente el fondo del pretensión principal.

Cabe señalar que Carnelutti plantea esta clasificación tripartita como una alternativa de reemplazo de la clasificación bipartita, que divide las medidas cautelares en medidas de conservación y de innovación.⁹²

8.4.-COINCIDENTES Y NO COINCIDENTES

Es propuesta por el joven procesalista peruano MONROY PALACIOS. Para él, una medida cautelar será no coincidente cuando asegure la eficacia de la pretensión principal sin referirse a dicha pretensión. Como ejemplos, cita al embargo y a la anotación de demanda. Al contrario, una medida cautelar será coincidente, cuando también asegure la eficacia de la sentencia final, sin embargo, su contenido tenga íntima relación con el

⁹⁰ Cfr. idem., p.48.

⁹¹ Cfr. idem., pp. 48-49.

⁹² Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit., pp. 415-422.

contenido de la relación principal, a tal punto que coinciden sus efectos, coincidencia que no es jurídica sino sólo práctica. Dicha clase de medida habría sido recogida ya en el Código Procesal Civil con el nombre de "Medida temporal sobre el fondo".⁹³

8.5.-SEGUN NUESTRO CODIGO PROCESAL CIVIL

Como sabemos, el Código Procesal Civil regula el tema de las medidas cautelares en el Título IV (Proceso cautelar), de la Sección Quinta (Procesos contenciosos), de su Libro primero (La justicia civil).

Dicho Título, en su Capítulo II denominado "Medidas cautelares específicas", establece cuatro clases de medidas cautelares: 1. Medidas para futura ejecución forzada, entre las cuales aparecen todas las variantes de embargo (incluido el secuestro), y la anotación de la demanda; 2. Medidas temporales sobre el fondo; 3. Medidas innovativas; y 4. Medidas de no innovar.

Sobre las dos últimas, los artículos 682 y 687, respectivamente, subrayan su carácter excepcional y puntualizan que sólo serán concedidas cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

Sin perjuicio de ello, el citado código, en sus numerales 618 y 629, comprende dos modalidades cautelares de aplicación residual: las medidas anticipadas y las medidas genéricas.

8.6.-OPINION PERSONAL

Como lo hemos indicado líneas arriba, nuestro Código Procesal Civil clasifica las medidas cautelares en cuatro grupos de medidas específicas, más las anticipadas y las genéricas. A su turno, la doctrina, aparte de los criterios antes anotados, las clasifica según criterios como el de su tipicidad (si aparecen reguladas expresamente o no en los textos normativos), por las características del derecho sobre el cual recaen (si se trata de un bien inmueble o mueble, si el derecho está inscrito, etc.), o por la manera en que inciden sobre la relación material llevada al proceso (conservativas e innovativas).

Frente a tales opciones, creemos que no resulta necesario escoger una clasificación determinada de las medidas cautelares. Ello por dos motivos, uno de carácter teleológico, y otro de tipo práctico, relacionado a la vigencia de ciertos principios procesales.

Son muchos los criterios que pueden servir para clasificar y diferenciar. Sin embargo, entre las clasificaciones antes mencionadas, no hemos considerado aquella referida a la finalidad de las medidas cautelares. Dicha finalidad es la de garantizar a la parte solicitante de la medida el cumplimiento de lo resuelto en definitiva por el órgano jurisdiccional, en el caso que le sea favorable. En ese sentido coincidimos con MONROY PALACIOS cuando afirma que la cautela es un instrumento procesal que coadyuva a una tutela judicial efectiva, asegurando que lo resuelto en el proceso pueda ser concretado en los planos jurídico y fáctico.⁹⁴

Dicha finalidad inmediata destinada a servir a la eficacia de un proceso, tiene un

⁹³ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela....., Ob. Cit., pp. 82-86.

correlato mediato: coadyuvar a la eficacia del ordenamiento procesal en general, empeño en el cual las medidas cautelares concurren con las demás instituciones del Derecho procesal.

Conforme a lo anterior, no tiene sentido esforzarse en formular y hacer prevalecer una clasificación sobre las demás, cuando todas las medidas cautelares tienen una misma y única finalidad. Así por ejemplo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia se limita a señalar en su artículo 152 los casos en que procede la suspensión provisional de actos administrativos, sin esbozar algún tipo de clasificación en los numerales siguientes.⁹⁵

Por otro lado, como se ha indicado, el instituto cautelar en su calidad de instrumento procesal tiene determinadas características tanto dogmáticas como normativas. Una de ellas es su jurisdiccionalidad⁹⁶ expresada en el hecho que la parte interesada sólo puede solicitar el otorgamiento de una medida cautelar ante el órgano judicial competente para conocer el proceso principal al cual la medida va a servir. Luego, queda al criterio del juzgador el decidir si corresponde o no conceder el pedido cautelar planteado.

La capacidad de decisión del juzgador que acabamos de señalar, se sustenta en principios procesales como los de tutela jurisdiccional efectiva, dirección procesal, y logro de los fines del proceso, y en último término, en la obligación de todo juez de no dejar de administrar justicia aun en caso de deficiencia de la ley, (caso en el que debe aplicar los principios generales del derecho). Tales principios, todos regulados en la Constitución o en el Título preliminar del Código Procesal Civil, determinan además el ámbito y los alcances del órgano jurisdiccional en el empleo del instituto cautelar.

Lo anterior nos permite hablar de un poder cautelar genérico del juez, por el cual éste puede otorgar la medida cautelar idónea, prescindiendo inclusive del hecho de que la adoptada se encuentre o no tipificada.⁹⁷ La existencia de dicho poder del juez en nuestro ordenamiento procesal, encuentra respaldo en la regulación de la medidas cautelares genéricas (artículo 629 del Código Procesal Civil).

Por otro lado, según TARZIA, todas las medidas cautelares cumplen las funciones de conservación, de regulación provisoria, y anticipatoria.⁹⁸ Desde esa visión, y observando tales funciones de manera conjunta y con criterio finalista, carecería de sentido clasificar a las medidas cautelares.

Podemos afirmar que, si todas las medidas cautelares tienen igual finalidad y su

⁹⁴ MONROY PALACIOS, Juan. Bases....., Ob. Cit., p. 125.

⁹⁵ <http://www.leyesnet.com/Classic/Codigos3.asp?NombreCodigoID>

⁹⁶ Sin perjuicio de aquellas medidas cautelares que pueden dictar las autoridades administrativas, en aplicación del artículo 146 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o de alguna norma especial.

⁹⁷ MONROY PALACIOS, Juan. Bases....., Ob. Cit., p. 372.

⁹⁸ TARZIA, Giuseppe. "La tutela cautelar". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, N° IV, p. 290.

dictado se sustenta en el mismo poder cautelar del juzgador, no resulta necesario clasificarlas legislativamente; siendo si necesario que la normatividad, recogiendo los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia, determine sus características y elementos.

Las distintas variedades cautelares que conocemos, más allá de representar un determinado criterio de clasificación, significan diversas formas de expresar dicho poder genérico de cautela procesal. Ellas nos muestran distintas clases de efectos de dicho poder, diferentes formas de servir a los fines de un proceso. Dentro de tales márgenes, su validez como categorías doctrinarias es indiscutible. Sin embargo, tales variantes cautelares no deben ser estudiadas ahondando en su conceptualización y diferenciación sino comprendiendo que ellas, antes que conceptos excluyentes, son categorías que deben ser utilizadas en la manera más conveniente al logro de sus fines. Recuérdese que el concepto de cualquier institución procesal será importante en la medida que sirva al cumplimiento de la finalidad para la cual fue regulada la misma.

Fuera de las medidas cautelares concebidas para viabilizar la ejecución forzada de una decisión definitiva (con teoría, regulación, jurisprudencia y, en general, límites aplicativos más definidos), las demás medidas deberían estar clasificadas por sus distintos efectos, no por normas que imponen características diferenciadoras ajenas al logro de los fines del instituto cautelar. El tema está en promover la efectividad de dicho instituto, y una de las vías para lograrlo es que las normas acojan lo mejor de la doctrina, no que esta última condicione y determine el contenido de ellas.

CAPITULO 9: MEDIOS IMPUGNATORIOS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

A los fines del presente trabajo, y estando a que las resoluciones cautelares se expresan en la forma de autos, corresponde evaluar la aplicabilidad frente a estos de los medios impugnatorios procedentes ante ese tipo de resoluciones: la apelación y la casación.

9.1.-RECURSO DE APELACION.

Hablando del debido proceso, hemos dicho que el mismo se encuentra recogido en diversos tratados internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8). En el Perú, podemos encontrarlo consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

El citado artículo 139, sin embargo, regula en sus demás numerales otros principios de la función jurisdiccional, a la manera de garantías que debe ofrecer a toda persona, y de derechos que estas pueden exigir al órgano jurisdiccional. Entre estos principios, el inciso 6 contiene la pluralidad de la instancia.

Por este principio, siempre que haya una primera decisión judicial en un proceso, las partes deben tener el derecho a pedir que otra instancia distinta y superior a la primera revise el fallo. Se busca así que no haya arbitrariedad en la justicia, producto de la simple subjetividad de un juez o de quienes conforman un órgano determinado.⁹⁹

En realidad, lo que el principio garantiza es el ejercicio del derecho al recurso impugnatorio. Lo que resulta cautelado es que las decisiones de los jueces y tribunales, una vez terminada una etapa del proceso, sean objeto de una ulterior revisión que tome en cuenta su actuación y el fallo. Hablamos de la posibilidad de que un error, deficiencia o arbitrariedad contenida en una resolución expedida por un órgano jurisdiccional, pueda ser subsanado.¹⁰⁰

El Código Procesal Civil desarrolla el principio en mención en el artículo X de su Título preliminar, señalando que “El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”. La garantía de la pluralidad de instancias, se convierte así en un derecho a la doble instancia, el cual aparece resguardado con la regulación de un recurso ordinario como el de apelación (artículo 364 y siguientes), y con la caracterización de recurso extraordinario otorgada al recurso de casación (artículo 384 y siguientes), diferenciación asumida uniformemente por la legislación y doctrina extranjeras. Así, cuando hablemos del derecho a la doble instancia, debemos pensar instantáneamente en el recurso de apelación.

El esquema recién descrito, es asumido en su integridad por la ley 27584, cuando en su artículo 33 dispone que “Los recursos tienen los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia regulados en el Código Procesal Civil”. De acuerdo a ello, cuando dicho código señala en su artículo 365 que la apelación procede contra los autos, debemos incluir entre estos a aquellos que resuelven una demanda cautelar, y específicamente, a los autos cautelares emitidos en un proceso contencioso-administrativo.

La idea anterior, también resulta expresamente avalada por la ley 27584 (numeral 2.2 de su artículo 32). De esa forma, resulta incuestionable la procedencia del recurso de apelación contra las resoluciones cautelares dictadas dentro del ámbito de dicha ley.

9.2.- RECURSO DE CASACION.

No es pacífica la admisión del recurso de casación frente a las resoluciones cautelares. Antes de ingresar en dicha polémica, nos referiremos a los principales aspectos de dicho recurso.

Algunos meses después de la puesta en vigencia del Código Procesal Civil, un profesor nacional lo definía indicando que:

“(...) constituye un recurso impugnatorio que se opone a las resoluciones contra las cuales no es posible plantear un recurso ordinario, como la apelación, por ejemplo. Es un recurso que tiene que ver con cuestiones de derecho y no de hecho; que responde al propósito de mantener la correcta observancia de la ley y cumple su cometido al revisar el juicio de derecho que contiene la sentencia o auto impugnados. (...)”¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit., p. 81.

¹⁰⁰ Cfr. GARCIA TOMA, Víctor. Ob. Cit., pp. 466-467.

¹⁰¹ CARRION LUGO, Jorge. “La casación en el código procesal civil”. En: Revista de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima, 1993, Vol. 50, p. 71.

Luego de algunos años, otro procesalista nacional conceptualizaba la figura bajo comentario, indicando que:

“(…), la casación es un medio impugnatorio, específicamente, un recurso de naturaleza extraordinaria y con efectos rescisorios o revocatorios concedido al litigante a fin de que pueda solicitar un nuevo examen de una resolución respecto de situaciones jurídicas específicas, el que deberá ser realizado por el órgano máximo de un sistema judicial, a quien se le impone el deber de cumplir con los siguientes fines: cuidar la aplicación de la norma objetiva, uniformar la jurisprudencia y obtener la justicia al caso concreto.”¹⁰²

Ambas definiciones resaltan los fines del instituto casatorio. Dichos fines son en realidad importantes, a tal punto que puede afirmarse que en el recurso prima el interés público sobre el interés de las partes, por cuanto interesa a la colectividad más que al individuo el cumplimiento de ellos.¹⁰³

Así, el primero de los fines, denominado de “defensa de la ley” o “función nomofiláctica”, constituye una expresión de aquella función estatal de cuidar la vigencia del ordenamiento legal. Pese a que se logra en un proceso judicial, dicha finalidad no tiene una naturaleza jurisdiccional, sino más bien legislativa. Sobre el segundo fin, que podemos llamar “función uniformadora de la jurisprudencia”, conviene a la comunidad poder saber cual será el pronunciamiento jurisdiccional ante casos semejantes: la predictibilidad de las decisiones del Poder Judicial prestigia a sus órganos componentes, además de constituir un instrumento para asegurar el principio de igualdad ante la ley.¹⁰⁴

Como se ha señalado, la doctrina también atribuye al instituto un tercer fin, consistente en el logro de la justicia para el caso concreto (“finalidad dialéctica”). Para HITTERS, sería incoherente afirmar las dos primeras finalidades sin incluir esta última, con la cual deben funcionar de manera subordinada y armonizante, sin prevalencia de alguna sobre las otras.¹⁰⁵

Luego de una breve visión del recurso de casación, y refiriéndonos ya a sus relaciones con las resoluciones cautelares, cabe señalar que la doctrina no ha encontrado la manera de vincular el carácter instrumental, provisorio y variable de estas últimas con uno de los conceptos implícitos en dicho recurso, constitutivo de una de sus principales consecuencias. Nos referimos a la calidad de cosa juzgada que se reconoce a los fallos en casación, calidad que, por el contrario, se niega a los mandatos cautelares.

La cosa juzgada es definida como la característica que poseen aquellas resoluciones judiciales que, resolviendo el fondo de un particular proceso, han quedado consentidas o

¹⁰² MONROY GALVEZ, Juan. “Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 1997, N° I, p. 24.

¹⁰³ Cfr. CARRION LUGO, Jorge. Ob. Cit., p. 71.

¹⁰⁴ Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit., pp. 25-26.

¹⁰⁵ Cfr. HITTERS, Juan. “La casación civil en el Perú”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 1998, N° II, p. 438.

ejecutoriadas. De lo anterior, deriva la firmeza de las decisiones y mandatos expresados en dichas resoluciones, los cuales se tornan inmutables y de obligatorio cumplimiento por cualquier autoridad o particular. Así, decir que una resolución tiene "calidad de cosa juzgada", significa que se trata de una decisión final, invariable, que debe ser cumplida bajo responsabilidad; caracteres que, como se ha indicado, identifican a las resoluciones que resuelven recursos de casación.¹⁰⁶

Las nociones anteriores aparecen explicitadas en varias normas de nuestro ordenamiento legal. En ese sentido, el inciso 13 del artículo 139 de nuestra Constitución establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. A su turno, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, señala en el segundo párrafo de su artículo 4 que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución; ello, luego que el primer párrafo del mismo numeral, indicara que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales emanadas de juez competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa de ley.

El profesor argentino RIVAS conceptualiza la cosa juzgada como la virtud jurídica de vigencia del fallo judicial en la medida y con los alcances fijados por el orden jurídico. Para dicho autor, ella no emana del fallo, sino de su reconocimiento y valoración dados por un factor jurídico externo vigente.¹⁰⁷

A partir de ese concepto, y de recalcar la diferencia existente entre los presupuestos de la cosa juzgada, su caracterización y sus consecuencias, el mismo autor señala que la cosa juzgada rige ilimitadamente en el derecho, frente a cuatro hipótesis básicas: 1. Relaciones jurídicas agotadas por cumplimiento del fallo, 2. Relaciones jurídicas en curso de cumplimiento respecto a etapas o partes cumplidas, 3. Inexistencia de limitaciones cognoscitivas que permitan subsistir aspectos sin resolver, y 4. Relaciones jurídicas derivadas del Derecho administrativo, cuando concedan un derecho subjetivo no susceptible de ser alterado. Fuera de esos casos, la cosa juzgada tendrá vigencia temporal con arreglo al principio del *rebus sic stantibus*.¹⁰⁸

Lo anterior, permite a RIVAS diferenciar entre "cosa juzgada material" o verdadera cosa juzgada, y "cosa juzgada formal" o sujeta a modificaciones. En ese sentido, dicho autor identifica la por él denominada "cosa juzgada provisional", la cual divide a su vez en "cosa juzgada anticipatoria" y en "cosa juzgada asegurativa", proveniente esta última de las medidas cautelares cuando la decisión que las decreta o deniega queda firme. Sobre ella, agrega que, cuando se resuelve un pedido de medida cautelar se está decidiendo de

¹⁰⁶ Sin perjuicio de las sentencias de primera instancia o de vista, que también pueden adquirir dicha calidad, así como del supuesto casatorio previsto en el numeral 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, que por sancionar infracciones al debido proceso busca corregir vicios, sin ingresar al fondo de la controversia planteada en el proceso.

¹⁰⁷ RIVAS, Adolfo. "Decisiones anticipatorias". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 1998, N° II, p. 542-543.

¹⁰⁸ Idem., p. 543.

manera definitiva acerca de la viabilidad de lo requerido mientras no se produzca un cambio en la realidad juzgada. Se trataría de una cosa juzgada instrumental, que sirve para anticipar una faceta de la cosa juzgada que pudiera recaer respecto a la pretensión principal.¹⁰⁹

De opinión contraria es MONROY PALACIOS, para quien las resoluciones cautelares no pueden alcanzar la calidad de cosa juzgada. Para dicho autor, ello es así por que, en principio, la cosa juzgada es un atributo esencial y exclusivo de las sentencias que ponen fin al proceso, no de autos de tipo precautorio que no ponen fin a ninguna relación material. Además, la cognición sumaria propia de los procesos cautelares marca un estado transitorio o provisional que culminará cuando se haya pronunciado la sentencia final, pero que es pasible de ser alterado (mediante solicitudes de levantamiento, ampliación, variación, etc.) si los presupuestos con los que la medida fue concedida se hubieran modificado o desaparecido. En uno de tales casos, ¿cómo se puede argumentar que existe cosa juzgada?¹¹⁰

Pese a ello, el mismo autor afirma que el recurso de casación debe ser procedente contra resoluciones cautelares. Así, luego de advertir por un lado, que tanto la casación como las medidas cautelares más que servir a cada proceso tienen el encargo de proteger el prestigio de la función jurisdiccional, y de observar por otro que mientras la casación busca orientar las decisiones judiciales, las medidas cautelares apuntan a la eficacia de la mencionada función, el autor en mención afirma que no existiría razón para negar el acceso de resoluciones cautelares al recurso de casación. Sobre el tema, refiriéndose al Perú, el autor hace dos salvedades: 1. Que, por el momento, no se debe modificar la imposibilidad legislativa de aplicar el recurso de casación a las medidas cautelares, debido a la limitada apreciación que tienen del recurso muchos abogados; y 2. Que, cuando se decida dicha inclusión normativa, no sería conveniente que todas las resoluciones cautelares puedan ser casadas, sino sólo aquellas cuyo interés rebasa el ámbito del proceso o cuyo dictado provoque un peligro de irreparabilidad que torne inútil la posterior tramitación del litigio.¹¹¹

Siguiendo esta misma línea, luego de aceptar como regla general la no admisión del recurso extraordinario (en Argentina) al tema de las medidas cautelares, MORELLO señala que dicho criterio, constituido en regla, debe flexibilizarse aceptando algunas excepciones. Entre ellas, postula los casos en que la magnitud y circunstancias de hecho del pronunciamiento cautelar hacen tardía, insuficiente o imposible toda reparación ulterior. También incluye los casos en que la esfera cautelar haya sido excedida en el propósito propio que tales providencias tienen asignadas. Un tercer supuesto que propone es el de las medidas que, antes que cautelares, resultan de condena, a consecuencia de la urgencia, naturaleza del requerimiento e inaplazable necesidad de obtener una solución oportuna. El cuarto supuesto sería el de evidentes violaciones al

¹⁰⁹ Idem., pp. 545-547.

¹¹⁰ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases..., Ob. Cit., pp. 156-158.

¹¹¹ Cfr. idem., pp. 302-304.

debido proceso. Finalmente, refiere el caso (vinculado a nuestro trabajo) de las resoluciones cautelares revocatorias que se limitan a sostener, sobre la base de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que no existían elementos que persuadieran acerca de la apariencia del derecho.¹¹²

Como indicáramos al inicio, el tema de la admisión del recurso de casación en materia cautelar es y seguirá siendo conflictivo, situación que no escapa al proceso contencioso-administrativo, aunque con algunas peculiaridades como veremos al analizar la legislación nacional sobre el tema.

TITULO III. LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO OBJETO DE TUTELA CAUTELAR

CAPITULO 10. EL MODELO DE PLENA JURISDICCION Y LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Desde su llegada al Perú mediante la Constitución de 1867, el instituto del contencioso-administrativo ha sido manejado por el legislador nacional siguiendo los esquemas del modelo de organización español (judicialista). En España, tal institución no sólo había tenido un gran desarrollo con la Ley del 27 de diciembre de 1956, primera Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, sino además había alcanzado su consagración constitucional mediante su reconocimiento en la Constitución española de 1978. Finalmente, la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa del 13 de julio de 1998 no sólo desarrolló aun más el tema, sino que significó la consolidación del instituto en el ordenamiento jurídico español.

Intentando en cierta forma seguir el avance que el proceso contencioso-administrativo había experimentado en España, el jueves 05 de julio de 2001, en una separata especial del Diario Oficial "El Peruano", apareció publicado el "Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo" preparado por una comisión de especialistas que fuera previamente designada mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS.

Quizás la principal novedad del proyecto, era que el mismo postulaba por primera vez en nuestro país el modelo procesal denominado "de plena jurisdicción", antes descrito¹¹³ en reemplazo del antiguo modelo "de anulación". La postulación de esa nueva

¹¹² Cfr. MORELLO, Augusto. La justicia, de frente a la realidad. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 110-117.

¹¹³ Modelo procesal que había sido desarrollado ampliamente por la entonces nueva Ley 29/1998 de 13 de julio, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa española.

alternativa procesal, era un reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que a través de ella no sólo sería posible demandar la nulidad de un acto, sino también el reconocimiento por parte de una entidad estatal de determinado derecho administrativo conculcado o desconocido mediante un acto, hecho u omisión administrativa; es decir, demandar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.¹¹⁴

El desarrollo de la nueva alternativa procesal estaba a cargo de los artículos 4 (actuaciones impugnables) y 5 (pretensiones) del proyecto.

Eran las pretensiones, sin embargo, las que mejor expresan los alcances de la indicada opción procesal. Ellas eran las siguientes:

“Artículo 5.- Pretensiones.-

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

- 1.-La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
- 2.-El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
- 3.-El resarcimiento de daños y perjuicios causados.
- 4.-La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
- 5.-Se ordene a la Administración Pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”

Respecto a la inclusión en el proyecto de la norma antes transcrita, su propia Exposición de Motivos, explicaba que:

“En términos generales las pretensiones en materia contenciosa-administrativa han sido clasificadas por la doctrina de Derecho Administrativo en dos modalidades que distingue entre pretensiones “de anulación” y de “plena jurisdicción”. Conforme a dicha clasificación la pretensión de anulación reduciría el objeto del proceso administrativo a la simple declaratoria de nulidad del acto administrativo sometido a impugnación ante el Poder Judicial, porque por dicha vía no podría solicitarse “el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas”, sino únicamente la anulación del acto que se impugna. En cambio la pretensión procesal de “plena jurisdicción” no se limita a solicitar al Poder Judicial la anulación del acto administrativo cuestionado, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno establecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando corresponda. En esta última modalidad los jueces podrían declarar el reconocimiento de las pretensiones o derechos planteados por la parte demandante a propósito de la actuación administrativa cuestionada.”¹¹⁵

¹¹⁴ Cfr. JIMENEZ VIVAS, Javier. “Significado y empleo de la expresión ‘contencioso-administrativo’ “. En: Actualidad jurídica, Lima, Gaceta jurídica S.A., Tomo 137, abril 2005, p. 198.

Posteriormente, el indicado proyecto, con el N° 1072/2001-CR, fue discutido en la Comisión de Justicia, cuyo dictamen, entre los “aspectos de mayor relevancia del proyecto” consideraba:

“(…).

5. Una regulación pormenorizada de la pretensión procesal administrativa, no sólo limitándola a la hipótesis común consistente en anulación del acto administrativo impugnado sino extendiéndola al reconocimiento o restablecimiento de derechos subjetivos de los administrados; el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados; el cese de una actuación material no sustentada en acto administrativo y el cumplimiento de una actuación derivada de la ley o de un acto administrativo firme.

(…)”¹¹⁶

Más adelante, analizando la finalidad del proceso contencioso administrativo, se indicó en el dictamen que:

“(..) se busca que se trate de un proceso judicial no meramente revisor del aspecto formal de la legalidad del acto administrativo impugnado sino que también tutele subjetivamente los derechos e intereses de los administrados, es decir, que cumpla cabalmente lo que doctrinariamente se conoce como proceso de plena jurisdicción.”¹¹⁷

Al final, la Comisión aprobó un texto sustitutorio del proyecto, el mismo que luego de ser debatido y aprobado por el Pleno del Congreso con fecha 21 de noviembre del 2001, fue finalmente promulgado por el Presidente Alejandro Toledo el 06 de diciembre del mismo año, y publicado como ley 27584 el día 07 del mismo mes. Dicho texto sustitutorio, aprobó el artículo 5 de la ley, referido a las “pretensiones”, con el texto del artículo 5 del mencionado proyecto, salvo en cuanto a la inclusión de la “ineficacia” de actos administrativos en el inciso 1 y al retiro (sin motivación adicional) de la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios causados.

Este es el modelo de plena jurisdicción peruano recogido en la ley 27584, y tales las pretensiones posibles de plantear en un proceso contencioso - administrativo. Son esas pretensiones los objetos sobre los cuales recae la tutela cautelar. Por ello, cualquier estudio o propuesta respecto a las medidas cautelares en dicho proceso, no puede prescindir de un buen conocimiento de cada una de esas pretensiones, de su contenido y de sus alcances, diferentes entre sí como se verá luego.

CAPITULO 11. LAS PRETENSIONES CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

¹¹⁵ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Diario Oficial “El Peruano”, 05 de julio de 2001, p. 4. (Separata especial).

¹¹⁶ Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley N° 1072/2001-CR, que regula el proceso contencioso administrativo, p. 2. Archivo General del Congreso de la República.

¹¹⁷ Idem., p. 6.

Este capítulo tiene tres partes bien definidas: una primera en la cual hablamos de los actos administrativos, seguido de una segunda en la que desarrollamos las pretensiones contra tales actos. Ello es así, porque no podríamos internarnos en el tema de las pretensiones, sin antes fijar algunos conceptos básicos sobre los actos contra los cuales ellas se dirigen. En cuanto a la tercera parte, allí realizaremos algunos esbozos sobre las características que deberán tener las medidas cautelares destinadas a proteger tales pretensiones.

Hay dos palabras que comúnmente usamos como sinónimas: concepto y definición, sin embargo, entre ellas existe una fundamental diferencia de alcances, importante para nuestro tema.

Llamamos “concepto” a la entidad mental que hace referencia a un objeto o que desempeña una función relacional entre conceptos objetivos. Constituye una entidad mental intemporal, acabada, invariable, sujeta a leyes formales rigurosas a diferencia del mero producto psicológico que es fluctuante, mudable y sujeto a la intervención de los factores afectivos.¹¹⁸ Por su parte, la “definición” es la operación lógica que consiste en poner de manifiesto y en delimitar el contenido de un concepto, en ubicarlo en el espacio mental y en señalarlo de manera que la mente lo distinga de todos los demás conceptos. Se puede decir que la definición es el concepto mismo y que no podemos afirmar que poseemos un concepto si no lo hemos definido. La definición es el concepto explícito, sin elementos oscuros confusos, con la totalidad de sus elementos.¹¹⁹

Un concepto de acto administrativo que busca recoger sus principales características, lo encontramos en DROMI, para quien constituye tal, toda declaración (de decisión, de cognición y de opinión) unilateral, efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos, actuales, externos y públicos.¹²⁰

Luego de intentar formular un concepto de acto administrativo, GARRIDO FALLA propone una definición a partir de ciertos tópicos. Primero, señala que sólo los actos que emanan de la administración pública tienen valor de actos administrativos, por ende solo ellos interesan al Derecho administrativo. Segundo, no todos los actos de la administración responden a una categoría jurídica única. Tercero, la noción de acto administrativo no debe reservarse a las declaraciones de voluntad, debiendo comprender también a las declaraciones de juicio, de conocimiento y de deseo. Así, dicho autor concluye en que la definición ensayada excluye del concepto aquellas actuaciones que no son una consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, como es el caso de los llamados “actos de gobierno” y de los actos sometidos al régimen jurídico privado.

121

¹¹⁸ Cfr. IBERICO RODRIGUEZ, Mariano. Principios de lógica jurídica. UNMSM, Lima, 1946, p. 23.

¹¹⁹ Cfr. idem., p. 31.

¹²⁰ Cfr. DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Ciudad argentina, 7ª edición, Buenos aires, 1998, pp. 234-238.

¹²¹ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Editorial Tecnos, 12ª edición, Madrid, 1994, T. I., pp. 407 y 414.

En una obra de legislación comparada, BREWER-CARIAS reporta que legislativamente existen dos tipos de definiciones de acto administrativo. El primer tipo, llamado “orgánico”, toma como punto central a la administración, siendo acto administrativo toda manifestación de voluntad emanada de ella. El otro tipo, denominado “funcional”, parte del ejercicio de la función administrativa. La primera clase está recogida en textos normativos como los de Uruguay y de Venezuela, mientras la segunda aparece en las leyes de Colombia y Perú.¹²²

El mismo autor, critica el primer criterio, por cuanto con él se olvida que existen actos administrativos emanados de particulares, de los órganos legislativos y de los tribunales cuando ejercen función administrativa. En cuanto al segundo criterio, que entiende más conveniente, considera que su mejor expresión es la contenida en el artículo 1 de la ley peruana 27444, norma que define el acto administrativo precisando cuales son los elementos que lo conforman y en qué casos no estamos ante un acto administrativo.¹²³ En esa forma, la ley peruana, al decir qué son los actos administrativos los conceptualiza (señala sus elementos centrales), y al decir cuales no son actos administrativos los define (delimita la aplicación del concepto).

El acto administrativo constituye una manifestación de voluntad, lo que supone siempre la exteriorización de un proceso intelectual de cognición o juicio, en la forma de decisión, opinión o constatación. Por ello, el artículo 1 de la ley 27444 (exactamente su numeral 1.2.2) no considera actos administrativos a las actuaciones puramente materiales de la administración (conocidas como “hechos administrativos”), porque no implican una exteriorización intelectual.¹²⁴

La clasificación de los actos administrativos por las diferencias existentes entre ellos ha sido un tema que, inevitablemente, ha ocupado a distintos autores. Así por ejemplo en España, GARRIDO FALLA los clasifica 1. Por la extensión de sus efectos, 2. En razón al tipo de facultades ejercitadas, 3. Por los sujetos que intervienen, y 4. En razón al contenido del acto y a sus efectos.¹²⁵ En Argentina, a su turno DROMI los divide según sean 1. De autorización, 2. De aprobación, 3. De concesión, 4. De permiso, 5. De dispensa, 6. De admisión, 7. De renuncia, 8. De orden, 9. De registro y certificación, y 10. De sanción.¹²⁶ En el Perú, MORON clasifica los actos administrativos 1. Según sus efectos, 2. Según su contenido, 3. Según la manifestación de voluntad, 4. Según su impugnabilidad, 5. Según su incidencia en el contenido de situaciones jurídicas, y 6. En función del procedimiento administrativo.¹²⁷

¹²² Cfr. BREWER-CARIAS, Allan. Principios del procedimiento administrativo en América latina. Legis, Bogotá, 2003, pp. 184-185.

¹²³ Cfr. idem., p. 185.

¹²⁴ Cfr. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. “Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general (AA.VV.). Ara editores, Lima, 2001, p. 50.

¹²⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. Cit., pp. 422-440.

¹²⁶ DROMI, José Roberto. Ob. Cit., pp. 293-299.

La ley 27584, en el numeral 1 de su artículo 5, establece la posibilidad de pretender “la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos”. Las pretensiones posibles contra un acto administrativo son entonces dos: su nulidad y su ineficacia.

Refiriendo trabajos de Stolfi y del profesor peruano Rubio Correa, MORALES CORRALES indica que, en la legislación positiva, son dos los tipos de nulidad existentes. El primero es el de la “nulidad expresa”, aquella en la cual la norma específicamente sanciona con la nulidad la inobservancia de alguna condición o forma. Cita como ejemplo el artículo 156 del Código Civil cuando establece que “Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.” El segundo tipo es el de la “nulidad tácita” en la cual ella no consta expresamente en el texto de la norma, pero puede desprenderse fácilmente de él a partir de la aplicación de reglas de interpretación o del argumento a contrario, siendo nulo el acto en caso que, luego de tal aplicación, resulte en conflicto con disposiciones legales.¹²⁸

Al respecto, mientras para los actos jurídicos del Derecho civil la nulidad sería básicamente de tipo expresa, por cuanto el artículo 219 del Código Civil y el artículo V de su Título Preliminar consagran la nulidad a casos taxativamente normados y a supuestos en que se contravengan el orden público y las buenas costumbres (haciendo falta solo determinar previamente si estamos o no dentro de una de estas dos nociones), en el caso de los actos jurídicos administrativos, o simplemente actos administrativos, la nulidad predominante es la tácita o interpretativa.

Lo anterior, resulta patente del texto del artículo 10 de la ley 27444, el cual sanciona como nulos a los actos que contravengan “a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”, a los actos con defecto u omisión “de alguno de los requisitos de validez” (competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular, según el artículo 3 de la ley), así como aquellos actos expresos, o que resulten como consecuencia de una aprobación expresa o un silencio positivo “cuando son contrarios al ordenamiento jurídico”.

Como se puede ver, la pretensión de nulidad de un acto administrativo puede sustentarse en la contravención de cualquier norma del ordenamiento jurídico. Ello, implica un gran reto interpretativo para las partes y, sobretodo, para los jueces que deberán resolver tales pretensiones.

En cuanto a la pretensión de ineficacia, podría pensarse que ella se dirigiría 1. Contra un acto válido, respecto del cual se ha cometido algún vicio procedimental que lo torna ineficaz (léase inejecutable), o 2. Contra un acto sujeto a alguna modalidad (condición, término y plazo), por incumplimiento de sus requisitos de previsión legal, compatibilidad normativa y de protección de un fin público (previstos en el artículo 2,

¹²⁷ MORÓN URBINA, Juan. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 64-66.

¹²⁸ MORALES CORRALES, Pedro. “Nulidad del acto jurídico administrativo”. En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 1996, N° 50, p. 258.

numeral 2.1 de la ley 27444), o por haberse verificado el supuesto fáctico constitutivo de la modalidad; sin perjuicio de alguna otra posibilidad. Sin embargo, se advierte que sea cual fuese el sustento de la pretensión de ineficacia, ésta tendría necesariamente asidero en alguna disposición normativa, similar a lo que ocurre en el caso de la nulidad.

Por ello, por el hecho que toda pretensión lo que busca es revertir los efectos negativos del particular acto administrativo (se entiende que una persona postula una pretensión contra un acto sólo si este le produce o producirá efectos negativos o no deseados), y por que la declaratoria judicial de ineficacia de un acto administrativo dejaría subsistente el mismo, pensamos que, en la práctica, la pretensión de ineficacia queda subsumida dentro de la pretensión de nulidad.

En el mismo sentido apunta la ley 27444, cuando en su artículo 16.1 circunscribe la eficacia de los actos administrativos a su “notificación legalmente realizada”.¹²⁹ De acuerdo a ello, la posible ineficacia de un acto también queda circunscrita a algún vicio en su notificación. Tratándose de una incidencia procedimental y no existiendo más el autónomo “recurso de nulidad” en sede administrativa, los particulares tendrán que hacer valer la ilegalidad cometida en la notificación mediante un recurso impugnatorio (todo ello conforme al artículo 11 numeral 1 de la ley 27444), que será resuelto mediante otro acto administrativo, el cual será susceptible de cuestionamiento judicial (ya que tal impugnación tendrá que ser planteada contra la resolución que pone fin a la instancia o culmina el procedimiento, según el artículo 206 numeral 2 de la misma ley).

De esa manera, también llegamos a la misma conclusión: la pretensión de ineficacia de actos administrativos está subsumida dentro de la pretensión de nulidad.

Todo lo dicho sobre la pretensión de nulidad, sin duda tiene consecuencias al momento de elegir qué medida cautelar se solicitará, mucho más al instante de decidir qué medida otorgar.

Sea por un vicio de nulidad o por algún elemento que torne ineficaz un acto administrativo, lo que cualquier medida cautelar buscará evitar es la consumación de los efectos de un acto que, en circunstancias normales, no podría generarlos (es el caso del acto nulo) o no debería producirlos (es el caso del acto ineficaz), mientras no se expida en el proceso principal la decisión sobre el fondo del tema.

De acuerdo a lo anterior, cobra singular importancia descubrir si el acto cuestionado ha empezado o no a surtir efectos. En el primer caso, la medida cautelar adecuada deberá proponer se retrotraiga la situación jurídico-fáctica vivida al momento en el cual el acto fue dictado, concretamente a aquella correspondiente al momento anterior a su notificación, en el cual el acto está jurídicamente imposibilitado de surtir efectos. Estamos hablando de una medida innovativa.

En el segundo caso, la medida cautelar adecuada deberá postular la suspensión del decurso legal del acto, concretamente, deberá evitar que el mismo ingrese a su fase de ejecución. Si el acto aun no entra a dicha fase, la suspensión del mencionado decurso dejará al acto en una situación similar a la que tenía antes de su notificación, por cuanto

¹²⁹ Ley 27444. “Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo. 16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo”.

si bien estará legalmente facultado para surtir efectos (ya que fue notificado válidamente), judicialmente estará impedido de hacerlo. Si el acto ya ingresó a su fase de ejecución, corresponderá suspender la continuación del decurso legal de dicha fase (por ejemplo, disponer que el ejecutor coactivo suspenda el procedimiento a su cargo). Nos referimos a una medida de no innovar.

Al respecto, más atrás, al clasificar las medidas cautelares, hemos indicado que existen razones de carácter teleológico, práctico y principista en virtud de las cuales no resulta necesario formular clasificaciones de ellas, bastando con consagrar el poder genérico de cautela que poseen los jueces, por cuanto las variedades cautelares que conocemos constituyen en realidad diversas formas de expresar dicho poder genérico de cautela procesal. Tratándose de distintas clases de efectos de dicho poder, tales categorías no deben ser estudiadas ahondando en su conceptualización y diferenciación, sino comprendiendo que ellas antes que conceptos excluyentes son categorías que deben ser utilizadas en la manera más conveniente al logro de sus fines.

Dentro de esa línea de pensamiento, consideramos prudente que la consagración de la medida cautelar genérica resulta más que suficiente para cautelar las pretensiones de nulidad total o parcial y de ineficacia de actos administrativos. Ello, por cuanto el Juez, en uso del mencionado poder cautelar así regulado, podrá disponer la medida cautelar que resulte más adecuada a cada caso en concreto, la misma que bien podría tener efectos innovativos o de no innovar, así como otros que no pueden ser excluidos en salvaguarda del cumplimiento de los fines del instituto cautelar.

CAPITULO 12. LAS PRETENSIONES DE RECONOCIMIENTO O RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS O DE INTERESES JURIDICAMENTE TUTELADOS

Contrariamente al orden en que aparecen en el nombre del capítulo, antes de realizar cualquier precisión sobre las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento, primero debemos saber cuales son los derechos e intereses jurídicamente tutelados que protege el inciso 2 del artículo 6 de la ley 27584. Debemos empezar, entonces, precisando y diferenciando dos conceptos que están en la base del tema, que son los de derecho subjetivo y de interés legítimo.

Podemos conceptualizar el derecho subjetivo como la facultad, poder, atribución o prerrogativa que confiere el derecho positivo al sujeto.¹³⁰ También podemos decir que se trata de una situación jurídica de ventaja activa, mediante la cual su titular tiene la facultad de obrar para la satisfacción del propio interés que le sirve de presupuesto.¹³¹

ESPINOZA precisa que el derecho subjetivo no debe ser entendido como una

¹³⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al derecho. Palestra editores, Lima, 1999, p. 136.

¹³¹ VESCOVI, Enrique. "Jurisdicción contencioso-administrativa en iberoamérica". En XV Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal. Instituto colombiano de Derecho procesal, 1996, p. 790. Citado por MIRANDA ALCANTARA, Manuel. Derecho procesal empresarial, Librería y ediciones jurídicas, Lima, 2004, p. 187.

facultad o un poder, es más que eso, es una situación jurídica. Cuando uno dice que es propietario de un bien determinado, se colige que existe un sujeto de derecho titular de un objeto de derecho. Lo que en realidad se configura es la consecuencia de que una persona se encuentra en una particular posición frente al ordenamiento jurídico, posición que tiene como correlato un otorgamiento de poderes, derechos y obligaciones, según sea el caso. Así, se tiene la posición jurídica de padre en relación con la situación jurídica del hijo, la de comprador en relación a la de vendedor. Concluye dicho autor, señalando que el concepto de situación jurídica queda subsumido, necesariamente, en el de relación jurídica.¹³²

Profundizando en el tema, RECASENS SICHES identifica hasta tres tipos distintos de derecho subjetivo. El primer tipo es el derecho subjetivo como mero reverso material de un deber jurídico, impuesto por la norma. Se trata del margen de libertad que tiene el sujeto, frente al deber de los demás de abstenerse de todo acto que perturbe o imposibilite dicha esfera de libertad. El segundo tipo ve al derecho subjetivo como una pretensión, es decir, como la situación que ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra u otras el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del Estado. El tercer tipo, es el derecho subjetivo como poder de formación jurídica, o facultad atribuida por la norma a una persona para que esta determine el nacimiento, modificación o extinción de ciertas relaciones jurídicas.¹³³

Ingresando al Derecho administrativo, GARRIDO FALLA identifica tres tipos de relación jurídica, compuesta cada una de dos situaciones jurídicas, una de poder y la otra de deber. En la primera, la posibilidad de obrar en un determinado sentido (contra la oposición de alguien), es acompañada por el deber de soportar la actuación de un tercero. En la segunda, la posibilidad de oponerse al obrar de otro, se sitúa ante el deber de abstenerse de obrar. En la tercera, la posibilidad de exigir algo (una actuación o cosa) a otro, tiene al frente al deber de obrar en un determinado sentido en interés de un tercero o de dar algo. El autor consigna una cuarta situación de deber solitaria, consistente en el deber de obrar en un sentido si se quiere obtener algo.¹³⁴

El mismo autor, en cuanto a las situaciones de deber, efectúa tres precisiones: 1. Que el deber es impuesto por la norma para protección y en beneficio de un interés, 2. Que tal interés puede ser el de un tercero determinado o el interés público, y 3. En cuanto al cuarto deber, si la norma impone una carga o deber de obrar en determinado sentido, es sólo como condición para proteger un interés propio.¹³⁵

Entre las teorías que intentaban explicar la naturaleza del derecho subjetivo, frente a

¹³² Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Huallaga editorial, 3ª edición, Lima, 2001, p. 27.

¹³³ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa S.A., 6ª edición, México, 1981, pp. 141-144.

¹³⁴ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. Cit., p. 377.

¹³⁵ Cfr. idem., p. 378.

la “teoría de la voluntad” defendida por Savigny, destaca la “teoría del interés jurídicamente protegido”, propuesta por Ihering. Según esta última, el ordenamiento jurídico no tutela la voluntad, sino los intereses humanos, y el derecho subjetivo resulta de la confluencia de un elemento sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias, y de otro elemento formal, referido a ese fin únicamente como medio, a saber, de protección del derecho.¹³⁶

En esa misma línea, comentando el Código civil de 1936, LEON BARANDIARAN indicaba que:

“En general se puede sostener a que todo derecho, apreciado en el sentido subjetivo, acompaña una acción; de modo que ésta es un predicamento de aquel. El derecho en el anotado sentido es un interés protegido jurídicamente, conforme a la indicación de Ihering. El interés legítima, por lo mismo, el ejercicio de la respectiva acción tendiente a proteger un derecho”.¹³⁷

Por interés legítimo, se entiende la situación jurídica de ventaja inactiva que confiere a su titular una expectativa frente al obrar del otro, que tiene frente a aquel una potestad.¹³⁸ Avanzando más en la misma dirección, ESPINOZA llama legítimo interés a la situación jurídica inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional, caso contrario, se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés. Así, dicho autor distingue el legítimo interés (como categoría material), del interés procesal (como categoría procesal), entendido este último como el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derecho en un determinado momento.¹³⁹

Examinando las normas que componen el Derecho administrativo, GARRIDO FALLA identifica dos clases de normas. La primera clase está formada por aquellas dictadas para garantizar, frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales (“normas de relación”), mientras que en la segunda clase aparecen las normas expedidas más bien para garantizar una utilidad pública (“normas de acción”). Las normas del segundo grupo, regulan la organización, contenido y procedimiento del accionar administrativo, imponiendo a la administración la obligación de cumplirlas; obligación que, sin embargo, no corresponde a algún derecho subjetivo de los particulares.¹⁴⁰

Señala el mismo autor que la observancia o no de las normas del segundo grupo por parte de la autoridad, puede significar una situación de ventaja o desventaja para los

¹³⁶ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit., p. 385.

¹³⁷ LEON BARANDIARAN, Luis. Tratado de Derecho civil, WG editor, Lima, 1971, T. I, p. 46. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 56.

¹³⁸ VESCOVI, Enrique. Ob. Cit., p. 790. Citado por MIRANDA ALCANTARA, Manuel. Ob. Cit., p. 187.

¹³⁹ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., pp. 56-57.

¹⁴⁰ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. Cit., p. 387.

ciudadanos. Ello por dos razones: 1. A consecuencia de una particular posición de hecho de uno o más ciudadanos, que los hace más sensibles frente a un acto administrativo (es el caso del acto que dispone el cierre de una calle, el cual afectará más a los vecinos que viven en la parte a cerrarse, respecto a los vecinos que habitan en el resto de la calle); y 2. Como producto de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo (como el acto que resuelve unas oposiciones respecto a quienes han tomado parte en ellas). Se observa entonces, que ciertos administrados pueden tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinado acto administrativo. Esta sería la noción de interés legítimo.¹⁴¹

El mismo profesor español, concluye indicando que, en cualquier caso, frente a cualquier acto administrativo ilegal, los particulares pueden encontrarse en una de las siguientes posiciones: 1. Como titulares de un interés para cuya garantía o tutela se dictó la norma que la administración debió respetar con su actuación (situación de titular de un derecho subjetivo); 2. Como titulares de un interés que ha sido lesionado por una actuación administrativa (situación de interesado legítimo); y 3) Como miembro de la comunidad y partícipes, por ello, de cuanto redunde en beneficio de los interés de la misma (situación de simple o mero interesado).¹⁴²

De acuerdo a lo anterior, cuando el artículo 5 de la ley 27584 habla de “derecho o interés jurídicamente tutelado”, se refiere al derecho del cual el administrado es titular (derecho subjetivo) y al interés que por su relación con dicho derecho también merece tutela por parte del ordenamiento jurídico (legítimo interés). La misma norma, permite postular las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de cualquiera de los dos.

Se demandará el reconocimiento de un derecho, cuando en el procedimiento administrativo iniciado por el administrado, este haya solicitado que, a partir del cumplimiento de determinados requisitos (como la obtención de una licencia de construcción) o de la probanza de una particular circunstancia de hecho (como la calidad de pequeño productor minero), la autoridad cumpla con llevar adelante la actuación pertinente para asignar dicho derecho al administrado, a fin de que él pueda ejercitarlo.

Se demandará el restablecimiento de un derecho, cuando este preexistía al procedimiento administrativo, y ha sido conculcado por una actuación administrativa. Ello puede presentarse en dos supuestos: cuando el derecho no era materia del procedimiento (cuando luego de denegarse una autorización de funcionamiento, se dispuso la clausura del local, pese a haberse aun realizado actividades en el mismo, afectándose el derecho de disposición del bien), o cuando siendo materia del mismo, la administración ha cometido un exceso, alcanzando al derecho los efectos negativos de la actuación administrativa cuestionada (cuando luego de establecerse la responsabilidad de un usuario del servicio de electricidad en la manipulación del suministro eléctrico asignado a su domicilio, se ordena el retiro del mismo, afectándose su derecho de acceso a dicho servicio público).

En cuanto al interés legítimo, se demandará su reconocimiento cuando la autoridad

¹⁴¹ Cfr. idem., p. 387.

¹⁴² Cfr. idem., p. 389.

haya denegado reconocerlo a nivel administrativo (por ejemplo, la solicitud de cambio de uso a zona comercial de un área ubicada en una avenida, en el cual se es propietario de varios terrenos, afectándose el interés existente en la explotación económica de tales propiedades). Igualmente, se demandará su restablecimiento cuando la administración realice determinada actuación obviando la tutela legal a dicho interés (por ejemplo, si la autoridad rechaza el reclamo referido al adeudo de un impuesto, a partir de la exigencia del pago previo del monto adeudado).

La tutela cautelar en estos casos, no puede predisponerse normativamente indicando una o dos modalidades cautelares como preferentes. El tema de los derechos subjetivos e intereses legítimos es tan amplio como la cantidad de situaciones jurídicas en que pueden ubicarse los particulares, y muestra una inmensa variedad como distintas pueden ser también tales situaciones jurídicas. Ello hace imposible calificar a una o más modalidades cautelares como más apropiadas para estos casos. Estando a lo anterior, cabe sí al legislador la obligación de dotar al juez -en beneficio de las partes-, con las más amplias facultades cautelares, garantizando la posibilidad de brindar la tutela cautelar más idónea frente a cada caso. Ello, sindicando a la medida cautelar genérica como aquella que - por su comprensividad – deba ser objeto de regulación.

CAPITULO 13. LAS PRETENSIONES CONTRA “VIAS DE HECHO”

El inciso 3 del artículo 5 de la ley 27584, señala entre las pretensiones posibles en un proceso contencioso-administrativo, las de “declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo”. Se trata de las dos pretensiones que nuestra ley reserva contra las denominadas “vías de hecho”.

Siguiendo a DROMI, diremos que un hecho administrativo, es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo precedente, o que se trate del desarrollo de la actividad que tal función necesita para cumplir sus cometidos, caso en el cual la ejecutoriedad se sustenta en una norma general. Se diferencia del acto administrativo en que este último consiste en una declaración intelectual, ausente en el hecho administrativo.¹⁴³

Nuestra legislación no regula expresamente los hechos administrativos, se encarga sí de desarrollar algunas de sus manifestaciones, como en el caso del artículo 194 de la ley 27444, que establece los requisitos de toda ejecución forzosa. La única mención directa la encontramos en el numeral 1.2.2 del artículo 1 de la misma ley, según el cual “No son actos administrativos (...) los comportamientos y actividades materiales de las entidades”. Se trata de la distinción normativa de ambas formas administrativas.

DROMI agrega que el hecho administrativo es una actividad neutra (en sí misma no es legítima ni ilegítima), a menos que se trate de “vías de hecho administrativas”, es

¹⁴³ Cfr. DROMI, Roberto. Ob. Cit., p.227.

decir, que comporten un obrar manifiestamente prohibido y lesivo al orden jurídico.¹⁴⁴

Sobre la expresión “vías de hecho”, nos cuenta el profesor español LOPEZ MENUDO, que ella fue introducida en el plano legal por el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, aunque sin ofrecer una definición de tal categoría de actuaciones administrativas. Sin embargo, no se hizo lo mismo en la Ley del Régimen General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y ni siquiera la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha aclarado lo que debe entenderse por tal expresión. Así, el concepto de ella sigue siendo doctrinal.¹⁴⁵

El comentario es válido para el Perú, donde tenemos una ley 27444 que contiene una tímida referencia a las vías de hecho en el inciso 5 de su artículo 239, que establece como una falta administrativa de las autoridades y personal de la administración pública la ejecución de un acto no expedito para ello. A su turno la ley 27584, reguladora del proceso contencioso-administrativo, tampoco es clara sobre el tema.

Se considera como “vía de hecho” a una acción material -que puede alcanzar el uso de la fuerza-, que prescinde de las vías legales para imponer un estado de cosas, una situación determinada en relación a personas o cosas. La “vía de hecho se configura cuando concurren los siguientes elementos: 1. Un acto material, un hacer directo de la administración, 2. Que dicha actividad importe el ejercicio de la actividad administrativa, 3. Que ella no se ajuste a derecho sea por la ausencia de la norma general o del acto administrativo que avale tal proceder, o por la inobservancia del procedimiento para ejecutar el acto que debía sustentarla (acto irregular), y 4. Que resulte la lesión de un derecho o garantía constitucionalmente reconocidos.¹⁴⁶

Podemos considerar cuatro situaciones constitutivas de vías de hecho. La primera es la incompetencia manifiesta del ente emisor del acto administrativo. La segunda son las irregularidades del *iter* procedimental, tanto en la fase de decisión como de ejecución. Hablamos de la carencia absoluta de procedimiento, de los vicios esenciales del mismo (que identifican el tipo de trámite), y del procedimiento distinto al legalmente previsto. La tercera son las irregularidades de la decisión previa. Tenemos aquí a la actuación material no precedida del necesario título jurídico; a aquella cuyo título ha sido revocado o declarado inválido, o que carece de eficacia actual; y a la falta de notificación o requerimiento previo a la ejecución (cuando resulta esencial para la ejecución voluntaria). La cuarta situación es la de las irregularidades en la fase de la ejecución material, que ocurren ante la discordancia entre la decisión y la ejecución material, ante la alteración arbitraria de los medios de ejecución adecuados, o ante la falta de proporcionalidad de la ejecución.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Cfr. *idem.*, p. 228.

¹⁴⁵ LOPEZ MENUDO, Francisco. “Medidas cautelares, interdictos y vías de hecho”. En: *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (AA.VV.)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 132-133.

¹⁴⁶ DROMI, Roberto. *Ob. Cit.*, pp. 228-229.

¹⁴⁷ LOPEZ MENUDO, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 143.

Volviendo a nuestra ley, ella sólo se refiere a las actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo. Entendemos que en la labor de configurar normativamente el novedoso proceso contencioso-administrativo, se omitieron algunos detalles importantes, como es el considerar una noción más amplia y realista de las posibles formas en que se pueden presentar las vías de hecho. Lo anterior constituye un aspecto que el legislador deberá desarrollar. Mientras ello ocurra, la jurisprudencia cumplirá un papel importante, por cuanto la denunciada limitación del texto legal no evita que las actuaciones materiales no se presenten de manera variada y disímil.

Nuestra ley 27584, contempla contra las vía de hecho dos pretensiones: su declaración de contraria a derecho y la orden de su cese. Si vemos que al igual que ante cualquier otra actuación administrativa, su cuestionamiento judicial lo que intentará es evitar la producción de efectos negativos para la esfera jurídica del demandante, concluimos que será difícil que ambas pretensiones se presenten por separado, por cuanto lo que interesa es obtener un mandato judicial que decida el fin de la actuación material. En la misma línea de ideas, la autoridad judicial no podrá disponer ello si antes no la considera ilegal. En conclusión, ambas pretensiones se condicionan mutuamente.

Conforme a lo expresado hasta ahora, hablar de las vías de hecho es enfrentar los comportamientos fácticos de la administración como fenómeno. Es proteger el derecho de cualquier persona contra una ejecución forzada, ante el cierre de una calle, frente a la clausura de un local, contra una demolición, contra una sanción impuesta sin ser emplazado, ante un despido no comunicado con impedimento de ingreso al centro laboral,¹⁴⁸ etc. Para hacer frente a estas conductas, la ley 27584 reserva el proceso de cognición en su variante sumarísima, y cualquier medida cautelar, con preferencia de las medidas innovativas y de no innovar.

Analizando la diferenciación desarrollada entre las diversas formas de actuación administrativa, así como la inclusión en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa española de la pretensión contra las actuaciones materiales, GARCIA ETCHEGOYEN señala que la medida cautelar de suspensión –clásica ante actos administrativos- resulta insuficiente frente a un comportamiento material donde en la mayoría de casos no existe un acto administrativo que suspender.¹⁴⁹

Siguiendo ese criterio, las medidas de no innovar no serían suficientes, pese a la especial calificación que han recibido en la ley 27584. Las medidas innovativas -las otras que gozan de esa calidad- tampoco resultarían idóneas, por cuanto la pretensión ha ser cautelada no requerirá que el juzgador desenvuelva su imaginación en implantar una situación de hecho distinta a la presentada, sino solo que se detenga el hecho. Si bien el juez sí deberá ser cuidadoso en las medidas necesarias para evitar la producción de

¹⁴⁸ Situación considerada expresamente como vía de hecho por nuestro Tribunal Constitucional el 18 de octubre del 2001, al dictar sentencia en el expediente N° 598-2000-AA/TC, seguido por Mateo Ccopa Paúcar contra la Municipalidad Provincial de Puno. (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0598-2000-AA.html>).

¹⁴⁹ Cfr. GARCIA ETCHEGOYEN, Marcos. "La vía de hecho en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa". Revista electrónica de Derecho administrativo, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2001, N° 1 (<http://www.filosofiyderecho.com/edea/2001/numero1/via.htm>).

daños o la continuación de aquellos ya generados, frente a la actuación material que los causa o causará sólo cabe una actitud: detener sus efectos, evitar su continuación. La tutela cautelar, entonces, deberá resultar coincidente a la pretensión principal.

De acuerdo a ello, la expedición de la medida cautelar sería suficiente para satisfacer el interés de la parte demandante, perdiendo importancia la cognición del fondo y el trámite previsto para dicho fin, convirtiéndose la sentencia en una especie de acto confirmatorio (o revocatorio) de lo decidido en vía cautelar. Cualquier persona buscará tutela jurisdiccional cautelar, antes que cognoscitiva.

Tratando de diferenciar las “medidas anticipatorias” de las “medidas autosatisfactivas”, DE LOS SANTOS define a estas últimas como soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables *in extremis* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, importando la satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, siendo por ello autónomas, no dependiendo su vigencia de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Texto seguido, la autora destaca la utilidad de dichas medidas para solucionar vías de hecho.¹⁵⁰

Algunos años después, la misma escritora no sólo reafirma su opinión respecto a la especial utilidad de las medidas autosatisfactivas ante las vías de hecho. Además de ello, en primer lugar, refiere que entre las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de Corrientes (agosto de 1997), se destacó el importante rol que tales medidas pueden llegar a desempeñar para remover vías de hecho. En segundo lugar, comentando diversos proyectos de reforma de las normas procesales de las provincias argentinas, señala que el Proyecto de reforma del Código Procesal de Santa Fe en su artículo 21-bis contempló la inclusión normativa de las medidas autosatisfactivas, estableciendo los requisitos para su otorgamiento y los casos ante los cuales ellas proceden. El inciso A de la norma proyectada señalaba entre esos casos aquel cuando “fuera necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal.”¹⁵¹

El profesor argentino PEYRANO es de igual parecer. Así, escribiendo sobre las medidas autosatisfactivas, ha indicado que ellas pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover vías de hecho, sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares, que ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal, que a veces no desean promover los justiciables.¹⁵²

En el Perú, la doctrina también ha considerado a las medidas autosatisfactivas como

¹⁵⁰ DE LOS SANTOS, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, N° III, p. 74.

¹⁵¹ DE LOS SANTOS, Mabel. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2001, N° IV, p. 79 y 83.

¹⁵² PEYRANO, Jorge. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas” Ponencia presentada al XIX Congreso nacional de Derecho procesal celebrado en Corrientes, Argentina en agosto de 1997. Citado por MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p.97.

procedentes contra las vías de hecho. En ese sentido, MARTEL CHANG, proyectando una norma con los asuntos que en materia civil deberían someterse al por él llamado “proceso autosatisfactivo”, incluye en el inciso 5 de la misma a “Aquellos cuya pretensión persiga la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho, según la legislación sustantiva o adjetiva.”¹⁵³

Estando a las especiales características de las vías de hecho, antes descritas, y a las opiniones referidas, dirigidas a sostener la idoneidad de las medidas autosatisfactivas en su contra, pensamos que, en definitiva, la pretensión prevista en el inciso 3 del artículo 5 de la ley 27584 no debe quedar sujeta a la posibilidad de ser tutelada mediante una medida cautelar. Dicha pretensión, debe recibir una tramitación distinta a las demás, a través de un proceso urgente destinado a resolver en definitiva y con prontitud el asunto presentado.

En nuestra opinión, a fin de salvaguardar el derecho al debido proceso, tanto en su faceta activa como en la otra pasiva, si la demanda tiene suficientes elementos que demuestren que determinado hecho administrativo constituye “vía de hecho”, el Juez debe declararla fundada y dictar los mandatos necesarios para el cese inmediato del hecho, notificando a la autoridad responsable. Una eventual norma que recoja ello, deberá disponer a favor de esta última un plazo pequeño (de tres días por ejemplo), a fin de que, de considerarlo necesario, se apersona al proceso y contradiga la resolución expedida en su contra. En ese caso, de acreditarse que el hecho cuestionado tiene un sustento jurídico (legal, reglamentario o resolutivo), el Juez deberá evaluar la proporcionalidad del hecho frente al contenido de la norma o decisión que le sirve de sustento, revocando su decisión inicial sólo si el hecho se ajusta a dicho fundamento, tanto en su actuación (conurrencia de todos los requisitos que indiquen las normas aplicables) como en sus alcances (que no se hayan generado efectos que excedan lo previsto en la ley, reglamento o resolución que lo sustenta).

CAPITULO 14. LAS PRETENSIONES CONTRA OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

Al hablar del modelo de plena jurisdicción, hemos dicho que una de sus características es la de permitir accionar judicialmente no sólo contra los actos administrativos, sino además contra diversas actuaciones administrativas, de las cuales los actos son sólo una. Toda la actividad de la administración, sin embargo, no se reduce a “actuaciones”. Ella también se relaciona con los particulares cuando incurre en supuestos de inactividad, o sea, cuando omite realizar determinada actuación.

La conducta omisiva de los funcionarios y entidades que conforman la administración pública es uno de sus principales vicios que la caracteriza. Al respecto, es clásica la clasificación de dicha inactividad postulada en 1962 por el profesor español Alejandro Nieto, que distingue entre “inactividad formal” e “inactividad material”. La primera se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la no

¹⁵³ MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p. 195.

contestación a una petición o recurso de los particulares. Se trata del incumplimiento de resolver expresamente cuestiones presentadas por los particulares. La segunda en cambio, es un simple no hacer al margen de un procedimiento, supone una conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales.¹⁵⁴

Precisando ambos conceptos, podemos decir que, mientras la inactividad formal es una directa lesión al derecho constitucional de respuesta, que forma parte del contenido esencial del derecho de petición; la inactividad material es una pasividad, un no hacer de la administración dentro de sus competencias ordinarias.¹⁵⁵

Revisando la ley 27584, vemos que ambas formas de inactividad aparecen entre las actuaciones impugnables que enuncia su artículo 4,¹⁵⁶ pero su artículo 5 sólo se reconoce una pretensión contra la inactividad material, al posibilitar pretender que “Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”.

Si bien la norma transcrita podría comprender también a la inactividad formal (ya que al hablar de actuaciones “a las cuales se encuentra obligada”, resultaría aplicable el inciso 6 del artículo 75 de la ley 27444, de acuerdo al cual las autoridades tienen el deber de resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, con excepción de los casos de aprobación automática), el inciso 2 del artículo 19 de la misma ley 27584 apunta a la inclusión de la inactividad material, cuando entre las excepciones al agotamiento de la vía administrativa, se señala, para el caso del numeral 4 del artículo 5, la obligación de reclamar por escrito ante el titular de la entidad el cumplimiento de la actuación omitida, como requisito para poder interponer demanda; trámite ajeno a la técnica del silencio administrativo, que sólo habilita el derecho a impugnar o a demandar en el caso de una inactividad formal (negativo), o determina una respuesta favorable al pedido presentado ante la autoridad (positivo).

Al respecto, DANOS indica que para corregir el incumplimiento formal de la administración de resolver las peticiones o recursos que se formulen, se ha creado la técnica del silencio administrativo en sus variantes negativa y positiva, mientras que la violación del deber de actuación material de la administración cuando es dispuesta por una norma legal puede ser atacada mediante la novísima garantía constitucional de la acción de cumplimiento o de la acción de amparo por omisión.¹⁵⁷

Estando a lo anterior, para enfrentar la inactividad formal de la administración no habría mayor problema, por cuanto mediante la técnica de los silencios administrativos,

¹⁵⁴ Cfr. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la administración”. En: *Ius et Veritas*, Lima, año VII, N° 13, 1996, p. 226.

¹⁵⁵ Cfr. WONG ABAD, Julio. “Acción de cumplimiento e inactividad formal de la administración”. En: *Cuadernos jurisprudenciales*. Gaceta jurídica, año 4, N° 40, octubre 2004, p. 6.

¹⁵⁶ Cuyo inciso 2 considera como actuaciones impugnables “El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública”.

¹⁵⁷ Cfr. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. *Ob. Cit.*, p. 226.

se otorga a los particulares un elemento de compensación cuando en su relación con la administración la desidia de esta les cause perjuicios, permitiéndole considerar aprobada o negada su pretensión, pudiendo ejercer el derecho a impugnar la denegación presunta. Así, se da solución a la incertidumbre generada por la omisión de pronunciamiento.¹⁵⁸

Sin embargo, toda la regulación prevista en la ley 27584 resulta cuestionada por la ley 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional, publicada posteriormente. Dicho cuerpo normativo, regulando el proceso de cumplimiento, establece en su artículo 66 que:

“Artículo 66: Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1.-Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2.-Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.”

Tal norma brinda protección tanto ante la inactividad material (inciso 1) como frente a la de tipo formal (inciso 2), lo cual permitiría pensar que dicho código sería el instrumento legal más idóneo contra tales omisiones de la administración. Pese a ello, lo que se aprecia en ambos casos, antes que la violación a un derecho de los particulares, es el incumplimiento de obligaciones legales, impuestas a las entidades administrativas al regularse sus competencias. Es ese incumplimiento el que podría -de persistir- violentar algún derecho.

De lo anterior, resulta correcta la consideración de una pretensión contra la inactividad material de la administración en la ley 27584 (ya dijimos que al caso de la inactividad formal se le enfrenta a través de la técnica de los silencios administrativos). Siendo ello así, corresponde determinar cual sería la mejor forma de otorgar tutela cautelar a tal pretensión.

Al plantearse dicha pretensión, lo que busca el demandante es que en la sentencia se ordene a la autoridad demandada realizar la actuación a la que se encuentra obligada por ley o por acto administrativo firme. Ello, luego de juzgar la realidad de la obligación preexistente, es decir, la vigencia de la ley o la ejecutabilidad del acto administrativo al momento en que favorecía a la situación jurídica del particular (por que luego, por ejemplo, la norma pudo ser derogada).

Si la administración no cumple con la actuación que favorece al particular demandante, ello puede perjudicar a éste de tres maneras: primero, por que no puede ejercitar una situación jurídica favorable todavía no reconocida, segundo, por que la omisión respecto a él puede permitir que un tercero promueva el procedimiento destinado a ocupar la misma situación, y tercero, por que la omisión puede significar que un tercero, de hecho o de derecho, ocupe la situación jurídica favorable.

Podría pensarse que la mejor tutela sería la de anticipar los posibles efectos de una

¹⁵⁸ Cfr. ROJAS LEO, Juan. “¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? En: Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general (AA.VV.). ARA editores, Lima, 2001, p. 141.

sentencia favorable, o sea, otorgar como medida cautelar lo mismo que se pretende en el fondo (la orden de cumplimiento). Hablaríamos en ese caso de una medida cautelar coincidente (llamada “temporal sobre el fondo” en nuestro Código Procesal Civil). Sin embargo, ello implicaría el riesgo de promover la pérdida de todo interés por el pronunciamiento de fondo, en desmedro del sentido que tendría llevar adelante el proceso principal, y negando por completo el sentido de la tutela cautelar.

Resumiéndose los tres supuestos en un posible perjuicio personal y en la posibilidad de perder la situación jurídica favorable (que podría ocuparla un tercero o extinguirse), una tutela cautelar adecuada invita a colocar la situación de hecho en un punto en el cual, primero, la autoridad no pueda disponer del tema, segundo, se frustre toda posibilidad de integrar a un tercero interesado en el tema (en sede administrativa), y tercero, la tutela cumpla sus fines provisorios sin perjudicar la razón de ser del pronunciamiento de fondo. La medida adecuada, entonces sería una dirigida a paralizar toda la disponibilidad que pueda tener la autoridad respecto al cumplimiento de la norma o la ejecución del acto administrativo, sea en forma directa o indirecta, y que a la vez otorgue al demandante prioridad ante un futuro cumplimiento o ejecución. Una medida semejante, recaería sobre el ejercicio de las competencias de la entidad correspondiente, puntualmente, sobre los efectos que podría tener dicho ejercicio frente al cumplimiento final de la obligación preexistente.

Lo expuesto hasta aquí, apunta a la medida cautelar genérica como la modalidad más idónea en los procesos en que se cuestione la inactividad material de la Administración, ello debido a la comprensividad que ella posee frente a nuevas y específicas situaciones.

TITULO IV. NUEVAS FORMAS DE TUTELA PROCESAL

En el capítulo 2 del presente trabajo, desarrollando la tutela jurisdiccional efectiva, y siguiendo a MONROY PALACIOS, indicábamos que existe una clasificación de ella, denominada moderna. Según esta, como consecuencia de la revaloración del papel de las mayorías en las sociedades del planeta, a partir del desarrollo de la gran industria y aun más luego de las guerras mundiales, esas mayorías empezaron a luchar por conseguir un reconocimiento de su presencia y de sus derechos, de carácter social, sean colectivos, difusos o públicos (como titularidad de un sector organizado de la sociedad), así como del carácter infungible de muchos de estos derechos, y de su debilidad frente al transcurso del tiempo del proceso en el cual se desenvuelve la denominada TUTELA ORDINARIA (cognición plena), surge la denominada TUTELA DIFERENCIADA, como una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y eficacia.¹⁵⁹

Según el mismo autor, dentro de la tutela diferenciada, identificábamos una primera fase CONSERVADORA, contraria a la cognición plena como único instrumento para

¹⁵⁹ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela Ob. Cit., pp. 39-42.

otorgar satisfacción, concediendo al justiciable procesos distintos para lograr tal fin. Nos referimos a los procesos ejecutivos o a la reducción de plazos y audiencias en el clásico proceso de cognición plena, generando los procesos abreviado y sumarísimo. La segunda fase, llamada CONTEMPORANEA, trata de enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos, de carácter impersonal, extrapatrimonial e infungible, generando a su vez dos formas de tutela: preventiva y de urgencia.¹⁶⁰

Dijimos también que, para el mismo autor, la TUTELA PREVENTIVA, surge ante la denominada “crisis de la sentencia condenatoria” que caracteriza a la tutela ordinaria, subdividiéndose en tutela RESARCITORIA, que busca asegurar la satisfacción de la obligación de hacer o no hacer recogida en la sentencia definitiva por su equivalente (generalmente dinero); y en tutela ESPECIFICA, que intenta dar fiel cumplimiento a la obligación de hacer o no hacer dispuesta en la sentencia.¹⁶¹ Por su parte, la TUTELA DE URGENCIA tiene por fin neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la duración del proceso, diferenciándose una tutela CAUTELAR, de carácter autónoma, provisional e instrumental frente a lo resuelto en un proceso cognoscitivo o de ejecución, del cual es complemento; y una tutela SATISFACTIVA ante pretensiones que requieren una solución inmediata y definitiva (con calidad de cosa juzgada), una probabilidad intensa o elevada de ser atendidas favorablemente en un proceso de cognición, y que el derecho para el cual se reclama tutela sea infungible, es decir, irremplazable por una reparación patrimonial.¹⁶²

De lo expuesto, vemos que entre las formas de tutela preventiva y de urgencia existe una diferencia fundamental. Mientras las variantes de la primera requieren de por lo menos una mediana actividad cognoscitiva por parte del órgano jurisdiccional, las modalidades de la segunda necesitan sólo de una mínima cognición. El transcurso del tiempo que enfrentan las tutelas de urgencia, las convierte en vías procesales caracterizadas por la inmediatez de la tutela que brindan. Debido a ello, a partir de aquí hablaremos de una tutela procesal inmediata.

La doctrina y la legislación, sin embargo, nos muestran dos maneras distintas de dispensar dicha tutela inmediata: con efectos no definitivos cuando pueden ser revocados o variados, y con efectos definitivos cuando apuntan a constituir cosa juzgada.

CAPITULO 15. TUTELA INMEDIATA NO DEFINITIVA

Como se señaló algunas líneas antes, estamos ante formas de tutela procesal con efectos inmediatos, los cuales sin embargo pueden luego ser variados o revocados.

La forma clásica de tutela procesal inmediata no definitiva está representada por la TUTELA CAUTELAR. Conforme al estudio efectuado de las medidas cautelares en el capítulo 5, su instrumentalidad, provisoriedad y variabilidad hacen posible que mediante

¹⁶⁰ Cfr. idem., pp. 45-47.

¹⁶¹ Cfr. idem., pp. 47-49.

¹⁶² Cfr. idem., pp. 64-71 y 88-89.

dichas medidas los órganos judiciales puedan otorgar una tutela inmediata a las pretensiones que se intentan hacer valer en el proceso principal, sin embargo, la misma puede luego ser ajustada según los cambios fácticos o jurídicos que ocurran en torno a la relación jurídica procesal instaurada, modificando las resoluciones cautelares. Además, tales mandatos pueden ser cancelados si desaparecen los motivos que sustentaron su concesión, así como revocados por el superior jerárquico luego de ser impugnados.

Existe otra importante modalidad de tutela inmediata no definitiva. Nos referimos a la llamada TUTELA ANTICIPATORIA.

Mediante las medidas anticipatorias, no se busca - como en el caso de los mandatos cautelares - garantizar la eficacia de la sentencia, sino la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Si bien poseen caracteres comunes con las medidas cautelares, tales como su instrumentalidad, la no producción de cosa juzgada material, su ejecutabilidad inmediata y su carácter urgente, no ocurre lo mismo con la provisionalidad y mutabilidad que identifica a las cautelares.¹⁶³

Relata MARINONI que la morosidad de la prestación jurisdiccional, originada en las más diversas causas, y la distorsión en el empleo de las medidas cautelares, llevaron al legislador brasileño, a fines de 1994, a incluir en el artículo 273 de su Código Procesal Civil la tutela anticipatoria. Ella, puede ser concedida en el curso del proceso de conocimiento, constituyéndose en verdadera arma contra los males que pueda acarrear el transcurso del tiempo en el proceso, siendo viable para evitar un daño irreparable o de difícil reparación, y para que el tiempo del proceso sea distribuido entre las partes en proporción a la evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. La tutela anticipatoria rompe con el principio de *nulla executio sine titulo*, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución. Agrega el autor que dicha tutela, fundada en una cognición sumaria (de la apariencia del derecho), da al actor el resultado práctico que él procura obtener a través de la propia tutela final, por lo cual no puede afirmarse que apenas se esté asegurando el resultado útil del proceso (como sucede en el caso de las medidas cautelares).¹⁶⁴

La tutela anticipatoria también tendría algunas expresiones en la legislación italiana, concretamente en su *Codice Civile* y en su *Código di Procedura Civile*. En cuanto al primero, encontramos el nombramiento de tutor o curador provisorio (artículo 419) y la asignación alimenticia provisorio (artículo 446). Sobre el segundo, podemos mencionar el pago provisorio de suma adeudada en el proceso de trabajo (artículo 423), el mandato del Presidente del Tribunal a favor de los cónyuges e hijos en el proceso de separación conyugal (artículo 708) y el nombramiento de tutor o curador provisorio (artículo 717).¹⁶⁵

Luego de presentadas las medidas anticipatorias, podemos indicar que ellas se

¹⁶³ Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel. "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, N° III, p. 73.

¹⁶⁴ Cfr. MARINONI, Luiz. "Tutela anticipatoria". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 2001, N° IV, pp. 137-139.

¹⁶⁵ TARZIA, Giuseppe. "La tutela cautelar". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 2001, N° IV, p. 291.

diferencian de las medidas cautelares en que: 1. Importan el cumplimiento de la prestación requerida, no el aseguramiento de la sentencia a dictarse; 2. Tienen su origen en la indisponibilidad del derecho aun cuando ello pueda no poner en riesgo al objeto material del proceso, lo cual si es relevante al evaluar el peligro en la demora en las medidas cautelares; 3. Se dictan exclusivamente a favor del actor y con relación a su pretensión, no admitiendo la posibilidad de ser dictadas a favor del demandado u obligado; 4. Se basan en un mayor grado de verosimilitud del derecho (una cuasi certeza) en tanto existe una sustanciación previa; y 5. No están sujetas al principio *rebus sic stantibus* sino recién hasta el momento de la sentencia definitiva.¹⁶⁶

CAPITULO 16. TUTELA INMEDIATA DEFINITIVA

Siguiendo a MONROY PALACIOS, si tuviera que definirse al siglo XXI a partir de un solo rasgo, no dudaríamos en pensar que se trata del siglo de lo fugaz, lo cual implica rapidez en decidir y en actuar. Por ello, uno de los dilemas de los juristas consiste en reformar las instituciones jurídicas a efectos de enfrentar con solvencia el problema de lo urgente, o prepararlas para su defunción. Procesalmente hablando, enfrentar lo urgente significa la necesidad de otorgar protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria, pero no reemplazando a esta sino sirviéndole como complemento, a fin de proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva.¹⁶⁷

La TUTELA DE URGENCIA es precisamente una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada cuya característica fundamental es el factor tiempo: se da prevalencia a la celeridad, asegurando con ello la utilidad del resultado, la efectividad del proceso. Como género, el proceso urgente comprende a las medidas cautelares, a las medidas anticipatorias y a las medidas autosatisfactivas. Frente a las dos primeras, antes desarrolladas, las MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS constituyen un proceso autónomo, urgente, que procede cuando existe un interés tutelable cierto y manifiesto que es menester proteger para evitar la frustración del derecho. Son providencias definitivamente satisfactivas.¹⁶⁸

Según las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, celebrado en Corrientes, en el mes de agosto de 1997, la medida autosatisfactiva:

“(…) 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. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación

¹⁶⁶ RIVAS, Adolfo. “Decisiones Anticipatorias”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, 1998, N° II, pp. 555-556.

¹⁶⁷ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela Ob. Cit., pp. 59-60.

¹⁶⁸ Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2001, N° IV, pp. 76-78.

de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. (...).¹⁶⁹

Luego de analizar algunos conceptos formulados por la doctrina argentina, MARTEL CHANG sostiene que las medidas autosatisfactivas constituyen requerimientos urgentes, formulados por los justiciables ante el órgano jurisdiccional con el propósito de que éste provea, con carácter expeditivo, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan acarrear un daño inminente e irreparable, no siendo necesaria la instauración de otro proceso. Encuentran su causa próxima o inmediata en la percepción de los justiciables y sus abogados de que algo faltaba en el abanico de atribuciones judiciales que permitiese lograr la satisfacción plena y efectiva de ciertas situaciones urgentes, y su causa mediata en la necesidad humana básica de contar con herramientas o mecanismos procesales verdaderamente nuevos, para responder eficientemente a desafíos también nuevos.¹⁷⁰

Las características de las medidas autosatisfactivas son: 1. La existencia de una “probabilidad intensa” de que la pretensión sea acogida en un proceso ordinario; 2. Que dicha pretensión sea “infungible”, es decir, irremplazable, sin posibilidad de ser sustituida por una reparación patrimonial (total exclusión de la tutela resarcitoria); 3. Debe resolverse en un proceso urgente, es decir, con una cognición sumaria, con o sin contradictorio; 4. La decisión adoptada debe ser ejecutada inmediatamente; y 5. Tal decisión debe recibir la autoridad de la cosa juzgada, es decir, sus efectos son inmutables.¹⁷¹

El país en el cual las medidas autosatisfactivas han recibido mayor tratamiento es Argentina. Su regulación para diversos supuestos ha sido postulada en el artículo 67 del anteproyecto de Código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el artículo 21 bis del Código Procesal de Santa Fe.¹⁷² Posteriormente, tales medidas han recibido ya algunas regulaciones positivas en Argentina; es el caso del artículo 5 de la Ley 11.529, dictada para la provincia de Santa Fe en materia de protección contra la violencia familiar,¹⁷³ y de los códigos procesales de las provincias del Chaco y de la Pampa;¹⁷⁴ sin perjuicio de existir 7 supremas cortes de provincias que ya han aceptado y despachado más de 300 fallos publicados sobre la materia.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Cfr. PEYRANO, Jorge. “El magistrado no es un empleado público” (entrevista). En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial “El Peruano”, año 2, N° 52, martes 28-06-2005, p. 6. MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p. 98

¹⁷⁰ Cfr. idem., pp. 98-99.

¹⁷¹ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. La tutela Ob. Cit., pp. 88-89.

¹⁷² Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel. “Conveniencia”, Ob. Cit., pp. 82-83.

¹⁷³ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p. 101.

¹⁷⁴ Cfr. PEYRANO, Jorge. “El magistrado no es un empleado público” (entrevista). En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial “El Peruano”, año 2, N° 52, martes 28-06-2005, p. 6.

En el Perú, MARTEL CHANG opina que deberían regularse como medidas autosatisfactivas los siguientes asuntos: 1. Desalojos por vencimiento de plazo de contrato o falta de pago de la renta; 2. Interdictos de retener y recobrar; 3. Otorgamiento de escritura pública; 4. División y partición de bienes sujetos a copropiedad; 5. Cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación sustantiva o adjetiva; y 6. Los demás que la ley señale.¹⁷⁶

En nuestro país, también se ha normado un proceso con claros elementos autosatisfactivos. Es el contenido en la ley 28457, reguladora del Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.¹⁷⁷ Según la ley, la demanda genera un mandato judicial que reconoce la filiación demandada, el cual se convertirá en declaración judicial de paternidad en caso no reciba oposición por parte del demandado dentro del plazo de 10 días. De presentarse oposición, esta sólo suspende el mandato por 10 días más, obligando al demandado a realizarse la prueba biológica del ADN en ese plazo; produciéndose la conversión en caso incumpla ello.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Idem., p. 7.

¹⁷⁶ Cfr. idem., p. 195.

¹⁷⁷ Publicada el sábado 08 de enero del 2005 en la separata Normas Legales del Diario Oficial "El Peruano".

¹⁷⁸ En contra del carácter autosatisfactivo del proceso descrito, juega la regulación del recurso de apelación contra la declaración judicial de filiación expedida en primera instancia. Adviértase, sin embargo, que sólo estamos hablando de la primera regulación del tema, no de su consolidación normativa.

SEGUNDA PARTE: ANALISIS DEL DERECHO PERUANO

TITULO V. ANALISIS DE LA LEGISLACION NACIONAL

CAPITULO 17: LA PONDERACION DE INTERESES COMO REQUISITO

Como se ha indicado, la ley 27584 regula las medidas cautelares en sus artículos 35, 36 y 37. La primera de tales normas, se limita a indicar la oportunidad en la cual puede dictarse (y obviamente solicitarse) una medida cautelar y a señalar al Código Procesal Civil como cuerpo legal de aplicación complementaria. La segunda norma en cambio, contiene dos temas que serán materia de nuestro análisis. Aquí, abordaremos el estudio de uno de ellos.

El artículo 36 de la ley enumera los requisitos que deben concurrir para la concesión de un mandato cautelar. Al referirse al presupuesto de la verosimilitud, el primer numeral de la norma señala lo siguiente:

“Artículo 36: Requisitos.

(...)

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que éste último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.

(...).”

De acuerdo a la norma, cualquier determinación acerca de la existencia o no de verosimilitud en el pedido cautelar exige efectuar, previamente, una ponderación de los intereses en conflicto: los alegados por la parte que demanda tutela cautelar con aquellos que sustenten la presunción de legalidad de los actos administrativos (y la ejecutabilidad de cualquier actuación administrativa en general).

Similar disposición fue recogida hace algunos años en España por la Ley 29/1998 de 13 de Julio, Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa española. El artículo 130.1 de dicha ley indica que:

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.¹⁷⁹

Comentando dicha ley, BAÑO LEON afirma que la regulación actual de las medidas cautelares no se entiende cabalmente sino se repara en la caracterización tradicional del Derecho administrativo como una rama del ordenamiento en la que el principio de ejecutividad de los actos administrativos o principio de autotutela ejecutiva juega un papel de primer orden. Ocurre que la regulación de las medidas cautelares constituye por lo común un contrapeso al principio de ejecutividad. De allí que ellas estén pensadas por lo común en los demandantes y no en la administración demandada, que por regla general dispone de la prerrogativa de ejecutar por sí misma sus propios actos administrativos.¹⁸⁰

La idea anterior, se encuentra recogida en nuestra legislación de manera separada. Por una lado, la ley 27444, señala en su artículo 192 que “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo,¹⁸¹ salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.” Por otro, la ley 27584 indica en su artículo 23 que “La admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo establecido por esta ley sobre medidas cautelares.”

Analizando el artículo 130 de la citada ley española, CHINCHILLA concluye que el juicio cautelar no puede ser sino el resultado de la valoración de todos los intereses en presencia. El juicio cautelar es esencialmente ponderativo, y está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto. Dicho juicio debe cuidar si otros intereses

¹⁷⁹ Ley 29/1998 de 13 de Julio. Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Suplemento al Boletín de Información N° 1833 del 15 de noviembre de 1998, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 3360.

¹⁸⁰ Cfr. BAÑO LEON, José. “Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa”. En: Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 258.

¹⁸¹ Entiéndase que se trata de un error de redacción, y que el legislador quiso en realidad colocar la palabra “ejecutivo”.

distintos a los del solicitante de la medida pueden sufrir, como consecuencia de la adopción de la medida, un daño similar al que se trata de evitar, es decir, de difícil o imposible reparación. El alcance de tales intereses no puede definirse *a priori*, pero lo que no cabe nunca es prescindir de su toma en consideración.¹⁸²

Debe entenderse, entonces, que el artículo 36.1 de la ley 27584 agrega un requisito más previo a la concesión de una medida cautelar: la ponderación de los intereses de la parte que demanda tutela cautelar con el interés público existente en la ejecución de la actuación administrativa cuestionada, considerando también los posibles intereses de terceros que puedan resultar afectados. Dicha ponderación, siguiendo al Tribunal Supremo español, debe “atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes”.¹⁸³

CAPITULO 18. LA ADECUACION Y LA CONTRACAUTELA

El segundo tema controversial que surge del texto del artículo 36 de la ley, está referido a otros dos presupuestos cautelares, puntualmente a la inclusión de uno de ellos y a la no consideración del otro.

La norma, en su tercer numeral, indica que:

“Artículo 36: Requisitos.

(...)

3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.”

Como señalamos en el capítulo número 7 del presente trabajo,¹⁸⁴ para el Diccionario de la Real Academia Española, “adecuar” significa “proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa”; calificando una cosa como “adecuada” cuando es “apropiada a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”. Jurídicamente hablando, indicábamos que una medida cautelar es adecuada, cuando resulta más idónea y ajustada a su fin tutelar, es decir, más congruente y proporcional respecto al objeto materia de tutela.

El numeral transcrito, incluye a la adecuación como un requisito de las medidas cautelares que se dicten en un proceso contencioso-administrativo. En realidad, es la primera norma del derecho procesal peruano que le otorga a la adecuación ese rango. Si bien es cierto ya el artículo 611 del Código Procesal Civil permite al juez desde 1993 adecuar la medida cautelar solicitada,¹⁸⁵ no se trata de un requisito de todo mandato cautelar, sino de una facultad otorgada al juzgador, como una expresión del poder

¹⁸² Cfr. CHINCHILLA, Carmen. “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa”. En: Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 54.

¹⁸³ Auto del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1992, R. 807. Citado por CHINCHILLA, Carmen. Ob. Cit., p. 55.

¹⁸⁴ Exactamente, en el punto 7.3.

cautelar genérico que dicho cuerpo legal reconoce a dicho sujeto procesal.

Tenemos así un segundo requisito para el otorgamiento de medidas cautelares introducido por la ley 27584: la adecuación de la medida cautelar peticionada, sin perjuicio de que el juzgador ejercite la mencionada facultad y de oficio adecue la medida postulada. Vista el juicio cautelar como uno ponderativo de intereses disímiles, resultará necesario que la medida que se conceda guarde la mayor relación de congruencia (logicidad) y de proporcionalidad (precisión) con el objeto que busca asegurar.

Cabe ahora preguntarse qué es adecuar una medida cautelar, a la luz de la ley 27584 y del Código Procesal Civil.

En un primer momento, puede pensarse que solicitar la medida cautelar “adecuada” significa peticionar un embargo en lugar de una medida innovativa, cuando la primera resulta más congruente (y proporcional, de ser el caso), o peticionar una medida de no innovar en lugar de una temporal sobre el fondo, si con la primera se cumple mejor tal condición. Hablamos de utilizar a las clases de medidas cautelares reguladas en el Perú como única variable de adecuación.

Pueden formularse dos críticas a una opinión como la anterior. La primera, sería que ella olvida el carácter didáctico y ordenador de la clasificación de medidas practicada en el Código Procesal Civil (y acogida en la ley 27584), convirtiéndola en un criterio resolutivo preestablecido. La segunda, consistiría en que, dicha opinión, convierte el juicio cautelar en un ejercicio académico sujeto a un único manual.

Una verdadera adecuación, si bien podría representarse mediante la elección de determinada variante cautelar, no debe quedar sujeta sólo a ello. Consideramos que un pedido cautelar será “adecuado” cuando la congruencia y la proporcionalidad se busquen dentro de la relación jurídica sobre la cual recaerá la cautela ha otorgarse. Así por ejemplo, la suspensión de una resolución que impone la obligación de realizar un pago dinerario a la autoridad, no será adecuada si no se dispone también el no inicio del procedimiento de ejecución coactiva (o la suspensión del ya iniciado). Tampoco será adecuado el mandato cautelar de paralización de una demolición sin disponer medidas de seguridad para los bienes cercanos a la construcción (como podría ser el retiro de bienes muebles), o para las personas que habitan o laboran cerca de ella (la prohibición de desarrollar actividades hasta cierta distancia, por ejemplo).

La adecuación no significa la elección de uno u otro tipo cautelar. Una medida cautelar será más adecuada cuanto más lógica y precisa resulte para el caso en concreto, es decir, cuando apunte de la mejor manera al logro de la tutela cautelar que dispone sin perjudicar más de lo debido el derecho e intereses de la parte que debe soportar la medida y de terceros. Así un mandato cautelar “adecuado” no deberá escatimar palabras ni frases si su intención es dispensar una tutela jurisdiccional efectiva, precisa y a la vez mesurada.

Por otro lado, podemos decir que, si bien el principio *iura novit curia* otorga al juez la

¹⁸⁵ “Artículo 611: El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)”

potestad de interpretar el derecho objetivo de la manera que permita otorgar al justiciable la tutela procesal más idónea frente a su particular situación jurídica, también le prohíbe modificar el petitorio o los fundamentos de hecho. Ello sin embargo, se relativiza en sede cautelar, al punto que el juez tiene el deber de adecuar la medida cautelar solicitada, sea cuando encuentre que otra medida garantiza de igual forma la eficacia del proceso con la ventaja de un menor perjuicio a quien será afectado por la medida, o cuando advierta una incongruencia o desproporcionalidad entre el pedido cautelar y lo que se pretende asegurar.¹⁸⁶

En síntesis, la adecuación de la medida cautelar implica tanto la facultad del juez de precisar y complementar la medida solicitada, como también la facultad del mismo funcionario para reemplazarla por otra más idónea, siempre en la búsqueda de mayor congruencia y proporcionalidad. En el proceso contencioso-administrativo peruano, lo anterior encuentra sostén en el propio artículo 36 de la ley 27584, cuando indica que “La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva.” La norma dota al juez de una amplia facultad de adecuación.

Pasando a abordar el tratamiento de la contracautela en la ley 27584, cabe indicar que dicha norma omite toda referencia al tema. Una primera mirada pareciera concluir diciendo que ello no implicaría mayor problema, por cuanto serían aplicables complementariamente las normas del Código Procesal Civil (de acuerdo a la primera disposición final de la ley), concretamente el inciso 4 de su artículo 610 (que la instituye como requisito de todo pedido cautelar), y su artículo 613 (que regula su finalidad y su admisión).

Sin embargo, el carácter de norma especial de la ley 27584, unido a su vocación de exclusividad prevista en su artículo 3, podrían llevar a pensar que la contracautela queda excluida del proceso contencioso-administrativo. Tal posición cobra mayores bríos si vemos que, en puntual materia cautelar, la aplicación complementaria del mencionado código parece quedar restringida sólo a la regulación de la oportunidad o momentos en los que puede dictarse una resolución cautelar.¹⁸⁷

Pese a ello, creemos que la vigencia del derecho al debido proceso en sede judicial, sólo puede lograrse con una intervención judicial lo más garantista posible. En otras palabras, el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la persona destinataria del mandato cautelar (estaríamos hablando de la llamada tutela jurisdiccional “pasiva”), sólo puede garantizarse mediante el dictado de una orden colateral, que obligue a la parte solicitante al ofrecimiento de una contracautela suficiente e idónea para, eventualmente, resarcir cualquier perjuicio causado al destinatario de la medida. Al respecto, cabe realizar dos puntualizaciones.

Si apreciamos que mediante una solicitud cautelar lo que se busca en realidad es la

¹⁸⁶ MONROY PALACIOS, Juan. Bases , Ob. Cit., p. 195.

¹⁸⁷ “Artículo 35: La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta ley.”

obtención de tutela procesal para una pretensión, es fácil concluir que, para que el juez se forme convicción sobre la necesidad de conceder la medida sólo es necesario apreciar los requisitos de verosimilitud, peligro en la demora y adecuación: hasta allí, la contracautela (se haya o no ofrecido) carece de todo sentido. Es más, mientras no sea notificada la resolución cautelar la contracautela seguirá siendo innecesaria. Al igual que cualquier otra resolución, es con dicha notificación que ella surte efectos, siendo tales efectos los que, recién, pueden causar daños al destinatario de la medida expedida. Conforme a lo expuesto al hablar de la contracautela como presupuesto cautelar, queda claro que ella es un requisito de ejecución de la orden cautelar. Si recordamos las diferencias entre tutela ejecutiva y tutela cautelar, sería mejor afirmar que la contracautela es un requisito de actuación de la resolución cautelar, de materialización de sus efectos; fase en la cual será importante que cualquier juez se preocupe por mantener el equilibrio ente las partes.

En ese sentido, YAYA ZUMAETA señala que la contracautela (llamada por el caución) debe ser en la generalidad de los casos parte necesaria del contexto dentro del cual se materializa una medida cautelar, no debiendo constituirse en una exigencia de procedibilidad de ella. Ello porque: 1. Dentro de un orden lógico, los requisitos de apariencia de verosimilitud, de real peligro de irreparabilidad en la demora del proceso principal y de adecuación, son los que se evalúan prioritariamente; 2. Una de las características de las medidas cautelares es su instrumentalidad, no pudiendo incluirse a la contracautela como condición de la concesión, ya que no garantiza la eficacia del proceso principal, sino el resarcimiento de los perjuicios que pueda generar la ejecución de la medida; y 3. Un poder cautelar amplio, o al menos desprovisto de condiciones extrañas y no relacionadas al cumplimiento de su finalidad, garantiza mejor la efectividad de la tutela judicial.¹⁸⁸

Concluyendo su comentario, el recién citado autor agrega que:

“(…) debería evitarse la plasmación judicial de condiciones de procedibilidad que no se vinculen directamente con la finalidad protectora de las medidas cautelares, permitiéndose que el aseguramiento de la reparación de los daños y perjuicios que ocasiones su ejecución pueda ser satisfecho luego de la respuesta judicial que la concede, pero nunca antes de su ejecución, porque eso sí generaría un desequilibrio que menoscaba el derecho del demandado a ser también protegido por el órgano jurisdiccional.

Esta postura interpretativa permitiría tres cosas: i) evitar el rechazo de medidas cautelares por la apreciación liminar de una caución diminuta o insuficiente, ii) una verdadera respuesta judicial sobre el fondo de lo que se pretende cautelarmente, y iii) la mejora de la tutela judicial a la que aspiran los justiciables, y, con ello, de la imagen y transparencia del Poder Judicial.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Cfr. YAYA ZUMAETA, Ulises. “La caución (contracautela): ¿Requisito de concesión o de ejecución de las medidas cautelares?”. En: Derecho Procesal, libro de ponencias del III Congreso Internacional de Derecho procesal. Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, 2005, pp. 386-387.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 387.

La segunda puntualización anunciada, se refiere a los casos en los que, luego de un profundo y sobretodo prudente examen, el juez encuentre que no existe la posibilidad de que los efectos de la decisión cautelar sobre el cual ha formado convicción causen algún daño al destinatario de la orden que está por dictar. Ante dicha situación, consideramos que corresponde al juez expedir resolución eximiendo al solicitante del ofrecimiento de contracautela. Entiéndase que, no habiendo riesgo de daños, tampoco habría peligro de instaurar un desequilibrio entre las partes, ya que los derechos de la parte destinataria mantendrían su situación original (sin perjuicio de la carga impuesta por el mandato cautelar). En esa línea de ideas, obligar al solicitante a ofrecer contracautela significaría desequilibrar la situación en su perjuicio. Ello sin perder de vista que el juez, posteriormente, puede requerir a dicha parte la presentación de una contracautela, siempre que aparezcan elementos que permitan considerar la posible generación de daños a consecuencia del mantenimiento de la tutela cautelar dispensada.

CAPITULO 19. ESPECIAL PROCEDENCIA ¹⁹⁰ DE LAS MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE NO INNOVAR

Conforme a lo indicado en el capítulo número 8 del presente trabajo y a nuestro Código procesal civil, una medida cautelar es de no innovar cuando busca conservar el estado de hecho suscitado al momento en que se plantea la demanda principal (o cautelar), en espera de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos. Al contrario, la medida es innovativa cuando apunta a tener efectos constitutivos de situaciones jurídicas que diferidos podrían resultar ineficaces o inaplicables, es decir, cuando está dirigida a variar la mencionada situación de hecho.

Como hemos visto, entre los tipos de medidas cautelares específicas que regula el Código procesal civil, aparecen las medidas innovativas y las medidas de no innovar. Sobre ellas, los artículos 682 y 687 del código subrayan el carácter excepcional de ambas, y puntualizan que sólo serán concedidas cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley (carácter residual).

Frente a ello, la Ley 27584, contempla en su artículo 37 que las medidas de innovar y de no innovar “son especialmente procedentes” en el proceso contencioso-administrativo; es decir, les otorga un lugar preferente, en oposición a lo previsto en el citado código. En realidad, la norma parece contener una suerte de “adecuación legal”, es decir, la valoración del legislador de ambas medidas como más adecuadas para los procesos contencioso-administrativos. Sin embargo, no siendo los tipos cautelares un óptimo criterio de adecuación (como se ha indicado), no debe aplicarse la norma en esa manera.

¹⁹⁰

La frase “especial procedencia” del artículo 37 de la ley 27584, resulta ambigua, ya que la palabra “procedencia” puede entenderse referida tanto al origen de las medidas cautelares mencionadas como a su procedibilidad (capacidad de provocar un pronunciamiento judicial). Sin embargo, del texto completo del artículo 37 y de los otros dos reguladores del instituto cautelar en dicha ley, se aprecia que la norma apunta a la “especial idoneidad” que para el legislador tendrían ambas especies cautelares.

Cabe preguntarse aquí, acerca de las razones por las cuales dos medidas entendidas como excepcionales en la norma procesal marco, son presentadas como “especialmente procedentes” en la ley 27584. También cabe interrogarse sobre los motivos que permiten a dos medidas con efectos opuestos compartir la misma posición preferencial respecto a las demás modalidades cautelares.

En cuanto a la primera pregunta, y considerando que antes de la vigencia de la ley 27584 sólo podían ser cuestionados los actos administrativos, cabe advertir la existencia de dos grupos dentro de ellos, diferenciables entre sí de acuerdo al momento en el cual la situación jurídica del administrado sufre los efectos de la(s) decisión(es) contenida(s) en la parte resolutive del acto. El primero de dichos grupos estaría formado por los actos administrativos que surten efectos después de su notificación de acuerdo a la regla general prevista en el numeral 16.1 de la ley 27444, de puro derecho, a consecuencia del derecho de autotutela declarativa de la administración y producto del imperio de las normas que sustentan cada acto específico. El segundo grupo estaría integrado por los actos administrativos que, si bien surten efectos después de ser notificados, requieren de algún tipo de procedimiento para su efectivo cumplimiento, trámite que muchas veces queda en manos del propio administrado.

En el primer grupo, podemos encontrar algunos actos administrativos sancionadores como la suspensión temporal de un profesor estatal por la causal de abandono injustificado de puesto de trabajo (artículo 14 inciso A de la ley 24029, Ley del Profesorado, concordado con los numerales 44 inciso A y 120 inciso A de su reglamento, aprobado por decreto supremo N° 019-90-ED); la suspensión de un contratista en su derecho de contratar con el Estado (artículo 59 inciso E del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por decreto supremo N° 012-2001-PCM, concordado con los numerales 204 y 205 inciso F del Texto Unico Ordenado de su reglamento, aprobado por decreto supremo N° 013-2001-PCM); o la suspensión de la licencia de conducir de un chofer por la conducción de un vehículo a cuya clase o categoría no corresponde su licencia (artículos 296 y 314 del Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por decreto supremo N° 033-2001-MTC).

En el segundo grupo, podemos ubicar actos como aquel que ordena a un concesionario del servicio público de electricidad cumplir con rembolsar a uno de sus clientes (usuario del servicio) los aportes efectuados por éste para la dotación de un nuevo suministro o para la ampliación de la potencia contratada (artículo 83 del decreto ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas); una declaración de caducidad, abandono, nulidad o renuncia de un petitorio o concesión minera (artículo 65 del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por decreto supremo N° 014-92-EM); o alguna sanción, como aquella multa impuesta a un empleador por no registrar en planillas a un trabajador (artículo 19.1, literal A, numeral 2 y artículo 19.2 del decreto legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador).

Los actos administrativos del primer grupo surten efectos luego de efectuada su notificación, no suspendiéndose a consecuencia de su impugnación de acuerdo al artículo 192 de la ley 27444. Por ello, en caso ser confirmadas por la segunda o única instancia administrativa, cuando el administrado tenga expedito su derecho para recurrir al Poder Judicial ya habrá sufrido - al menos parcialmente - las consecuencias del acto

expedido por la administración.

A su turno, los actos del segundo grupo requieren cierto procedimiento para su cumplimiento (para que el administrado experimente sus efectos desfavorables). Así por ejemplo, en el caso de una declaración de caducidad, abandono, nulidad o renuncia de un petitorio o concesión minera, el titular del derecho minero declarado caduco, abandonado, nulo o renunciado no padecerá todos los efectos de dicha declaración sino hasta que el área de su petitorio o concesión sea publicada como de libre denunciabilidad (numeral 106 del Reglamento de diversos títulos de la Ley General de Minería, aprobado por decreto supremo N° 03-94-EM), es decir, cuando cualquier tercero pueda peticionar un derecho minero sobre la misma superficie. En el caso de la imposición de una multa, el sujeto sancionado podrá incumplir con su pago y obligar a la entidad administrativa a iniciar en su contra el respectivo procedimiento de ejecución coactiva (regulado por la ley 26979 y por su actual reglamento, aprobado mediante decreto supremo N° 069-2003-EF), pudiendo evitar que durante el trámite de su impugnación el acto concrete sus efectos. Por ello, a diferencia de los actos situados en el primer grupo, cuando el administrado tenga habilitado su derecho de recurrir al Poder Judicial (y si lo hace rápidamente) aun no habrá sufrido las consecuencias del acto dictado, gozando su voluntad de cierta trascendencia fáctica posterior a la emisión de los actos administrativos.

Tratándose de un acto administrativo del primer grupo, la medida cautelar adecuada es la innovativa. Ello, por que el acto ya está surtiendo sus efectos, necesitándose reponer los hechos al estado anterior, es decir, al momento en el cual aun no se verificaban tales efectos. La situación de hecho a la fecha de presentación del pedido cautelar está caracterizada por el desenvolvimiento de los efectos del acto sobre la situación jurídica del administrado; por ende, es necesario “innovar” o variar la misma a fin de retrotraer tal coyuntura al momento en el que aun no se sufrían dichos efectos, o establecer otra. En cambio, si hablamos de un acto administrativo situado en el segundo grupo, la medida cautelar adecuada es la conservativa o de no innovar. Lo anterior, por que el acto todavía no surte sus efectos, siendo necesario conservar dicha situación. La realidad del administrado aquí es otra: se ha dictado un acto con consecuencias negativas para sus derechos o intereses, los mismos que aun no encuentran expresión fáctica; debido a ello, conviene a su parte “conservar” o mantener dicha situación.

Lo anterior, torna sencilla la respuesta a la segunda pregunta. Mientras las medidas innovativas buscan transformar la situación de hecho presente al momento de su solicitud, las medidas de no innovar intentan consolidar dicha realidad. Ello, y la diferencia existente entre los dos grupos de actos administrativos justificó el desarrollo de ambas modalidades cautelares, las cuales encontraron mayor utilidad precisamente gracias a promover efectos contrarios frente a cada clase de actos.

Sin embargo, como aparece regulado en el artículo 5 de la ley 27584, no sólo es posible cuestionar judicialmente actos administrativos, sino también la inactividad de la administración y las actuaciones calificadas como vías de hecho, así como demandar el reconocimiento o restablecimiento de derechos e intereses jurídicamente tutelados. Las diferencias y particularidades que poseen cada una de tales pretensiones - detalladas a lo largo del Título III - cuestionan seriamente la “especial procedencia” impuesta por el legislador peruano a las medidas innovativas y de no innovar en el proceso

contencioso-administrativo.

CAPITULO 20. EL RECURSO DE CASACION

Como se indicó en el capítulo número 9,¹⁹¹ no es pacífica la admisión del recurso de casación frente a las resoluciones cautelares. Veamos que ocurre en la ley 27584 reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo peruano.

La ley 27584, regula los medios impugnatorios procedentes en el proceso contencioso-administrativo en su artículo 32. De una primera lectura, salta clara la idea de que el legislador no tomó en cuenta las resoluciones cautelares al redactar la norma; sin embargo, de una lectura más exhaustiva, vemos que el texto de la disposición plantea algunos retos interpretativos que es necesario afrontar.

La norma, al tratar la procedencia del recurso de casación, indica que:

“En el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos:

(...);

3.-El recurso de casación contra las siguientes resoluciones:

(...):

3.2 Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso.”

La fórmula genérica utilizada por la norma, permitiría considerar dentro de ella a las resoluciones cautelares, en su calidad de autos. De ello, se podría concluir preliminarmente que contra tal tipo de resoluciones procede el recurso de casación.

A fortalecer dicha idea concurre la autonomía de los procesos cautelares. De acuerdo a ella, la procedencia del recurso de casación contra autos que ponen fin al proceso -normada por la ley 27584-, apuntaría a incluir entre tales autos a los de tipo cautelar, ya que podríamos considerar que una resolución cautelar -de segunda instancia- pone fin al autónomo proceso cautelar.

Razonando frente al proceso civil en general, hemos visto que MONROY PALACIOS postula otro motivo para la procedencia del recurso de casación contra las resoluciones de los procesos cautelares. Para él, no puede privarse de posibilidad casatoria a resoluciones que buscan el prestigio y la eficacia de la función jurisdiccional.¹⁹²

Contrariamente a lo expresado en los anteriores párrafos, hemos visto también que, contra la procedencia del recurso de casación en materia cautelar, se sitúa la relación existente entre la noción de “fin del proceso” con la idea de cosa juzgada; así, pondría fin al proceso sólo aquella sentencia que resuelve en definitiva el fondo del asunto. En cuanto a los autos, ellos pondrían fin al proceso declarando una causal de improcedencia de la demanda, amparando una excepción perentoria, etc., pero no tendrían la calidad de

¹⁹¹ Exactamente en el punto 9.2.

¹⁹² Idem.

cosa juzgada por el motivo expuesto. En cuanto a los autos cautelares, ellos pondrían fin al proceso cautelar pero no causan cosa juzgada, por cuanto nunca propenden a instaurar una solución definitiva para el tema de fondo, sino que se caracterizan por su instrumentalidad y provisoriedad respecto al proceso principal que sí tiene por finalidad dicha declaración. Por otro lado, si bien en los procesos cautelares también se desarrolla una cognición sumaria, esta no alcanzaría el nivel de la certeza, sino sólo el de la verosimilitud. Este criterio, en definitiva, juzga inconciliables la noción de cosa juzgada y las características de las medidas cautelares.

En contra de dicha posición y a favor de la procedencia de la casación en materia cautelar en todo proceso civil, figura una postura que tiene como punto de inicio la consideración de que la cosa juzgada -si bien hace referencia a la inmutabilidad de lo resuelto- no se presenta en todos los casos, lo cual permitiría establecer clases de cosa juzgada. De dichas clases, sólo la “cosa juzgada material” tiene carácter definitivo, por cuanto la “cosa juzgada formal” puede devenir en “provisional”. Dentro de este grupo, aparecerían las resoluciones cautelares firmes o ejecutoriadas, las cuales, pese a sus clásicas características, resuelven de manera definitiva el proceso cautelar en el cual han sido expedidas. Estaríamos ante una cosa juzgada de tipo “asegurativa”, sustentada en la idea que junto a la cosa juzgada definitiva existe otra provisional, la cual si sería conciliable con las características de las providencias cautelares.

Ante todo lo expuesto, podemos decir que, si bien en principio no se debería negar toda posibilidad de confluencia entre la cosa juzgada y las medidas cautelares, frente a una posible nueva aplicación de ambas nociones, se trata de dos institutos procesales desarrollados independientemente, a partir de factores diferentes, y que encuentran su individualidad dentro del Derecho procesal por la definitividad e inmutabilidad de la primera, y la instrumentalidad, provisoriedad y variabilidad de la segunda. La dificultad para conciliar ambas instituciones se debe a su recíproca y total contrariedad.

Por otro lado, luego de reconocer en la cosa juzgada determinados caracteres, no se puede pasar a desconocer los mismos a efectos de postular “otra cosa juzgada” que carecería de tal contenido. Lo anterior parece inobservar el principio de no contradicción. Según dicho principio de la lógica, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo la misma relación, de manera que no se puede afirmar y negar algo de una cosa al mismo tiempo. En tal caso, o la afirmación o la negación tienen que ser falsas: de dos juicios contradictorios, uno tiene que ser seguramente falso, porque la cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.¹⁹³ En esa línea de ideas, una cosa juzgada no definitiva y provisorio sería otra institución.

Respecto al criterio de la autonomía y el prestigio y eficacia de la función jurisdiccional, de proceder el recurso de casación contra los autos cautelares, hablaríamos de aplicar sus funciones nomofiláctica y de unificación jurisprudencial a resoluciones emitidas sólo con una leve apreciación de las pruebas ofrecidas (sin actividad probatoria propiamente dicha), sin alcanzar la certeza y esencialmente variables e instrumentales. Queda claro que ambas funciones casatorias son inaplicables a resoluciones con tales características.

¹⁹³ Cfr. IBERICO RODRIGUEZ, Mariano. Ob. Cit., p. 101.

De lo anterior, se observa que el recurso de casación procede contra las sentencias, porque al resolver el fondo del proceso tienen la virtualidad de adquirir la calidad de cosa juzgada; y procede contra los autos que ponen fin al proceso porque frustran la posibilidad de dictar tales sentencias (y de resolver el fondo). Lo anterior no ocurre en los procesos cautelares, en los cuales no se emite pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión principal.

En ese sentido, podemos agregar que las medidas cautelares no otorgan satisfacción respecto a la pretensión planteada, requisito esencial para que nos encontremos ante una resolución constitutiva de cosa juzgada.¹⁹⁴

Las resoluciones cautelares, además, muestran tres particularidades que las aleja aun más de la noción de cosa juzgada. En primer lugar, si bien es cierto un mandato cautelar puede quedar firme o ejecutoriado, no es seguro que ponga fin al proceso cautelar, ello por que la decisión puede variar o ser sustituida de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, ser cancelada si dichas circunstancias la señalan como innecesaria, o caducar si se dicta sentencia en el proceso principal. En segundo lugar, una variación o cancelación posterior (por ejemplo) justificaría una nueva discusión que podría ameritar una apelación y eventualmente una casación, y así sucesivamente, lo cual es contrario a los fines del recurso de casación. En tercer lugar, si nos referimos a la factibilidad de reservar la posibilidad casatoria sólo contra resoluciones denegatorias de una medida, debe recordarse que la denegación de un pedido cautelar no obsta la presentación de una nueva solicitud cautelar, en igual o semejante sentido que la anterior (se supone, con nuevas evidencias y/o mejores argumentos).

De acuerdo a ello, no es exacto afirmar que el numeral 3.2 del artículo 3 de la ley 27584 incluye a las resoluciones cautelares entre los autos contra los que procede el recurso de casación.

Finalmente, existe una razón práctica según la cual la aceptación del recurso de casación frente a las resoluciones cautelares expedidas dentro de un proceso contencioso-administrativo atentaría precisamente contra el prestigio y la eficacia de la función jurisdiccional que tales decisiones buscan guardar. Afirmamos ello, debido a que año a año el dictado de tales resoluciones está incrementando su duración, conforme se reportará más adelante,¹⁹⁵ situación que se vería agravada con la inclusión del recurso de casación dentro de su trámite.

TITULO VI. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL¹⁹⁶

¹⁹⁴ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. Bases , Ob. Cit., p. 158.

¹⁹⁵ Ver el Capítulo 24.

CAPITULO 21. CONTRACAUTELA

Hemos comprobado que, mientras el Código Procesal Civil considera a la contracautela como un requisito de presentación de toda demanda cautelar, la ley 27584 ni siquiera la menciona. Veamos como tal institución ha sido entendida en las ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.

PRIMER CASO:

Expediente N° 118-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)

Demandante: Proplast Barrera S.A.C.

Demandado: Tribunal Fiscal.

Materia: Proceso contencioso-administrativo (cuaderno cautelar).

Fecha: 28 de agosto del 2003.

SUMILLA: La contracautela constituye un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar, por aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

Mediante resolución de fecha 13 de diciembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado fundada la demanda cautelar de no innovar planteada dentro del proceso por Proplast Barrera S.A.C., disponiendo: 1. La suspensión de los efectos de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 02112-1-2002 de fecha 19 de abril del 2002; 2. La suspensión de las acciones de cobranza coactiva o medida preventiva de embargo respecto a ella; y 3. Que, previamente, la solicitante mejore la contracautela personal ofrecida en forma de caución juratoria, por una contracautela personal en forma de carta fianza, por la suma de S/. 6 680 000. La empresa demandante apeló sólo el tercer extremo.

Con fecha 28 de agosto del 2003, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema revocó el extremo apelado, reformándolo, modificaron sólo el monto de contracautela personal en forma de carta fianza exigida por la Sala de primera instancia, fijándolo en S/. 2 500 000.

Son de importancia para nuestro tema el cuarto y quinto considerandos de la ejecutoria suprema.

“(...). Cuarto: Que, asimismo, la mencionada ley, establece en su artículo treintiséis, los requisitos para la concesión de medida cautelar en los procesos contenciosos administrativos, no apareciendo regulada la figura de la contracautela; sin embargo, el artículo treinticinco de la ley en mención, faculta la aplicación supletoria del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la ley. Quinto: Que, para tal efecto, el artículo seiscientos trece primer párrafo del Código Procesal Civil, regula la contracautela, la misma que puede ser definida como aquella figura procesal que constituye un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar, destinada a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre

la ejecución cautelar, haciéndose efectivo sólo cuando el derecho que sustente la pretensión del cautelado sea desestimada. (...).”

De la lectura de ambas consideraciones, se aprecia que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema reconoció la no regulación de la contracautela en la ley 27584 y aplicó supletoriamente el Código Procesal Civil, interpretando que los requisitos previstos en su artículo 610 -entre ellos la contracautela-, son requisitos de admisibilidad.

SEGUNDO CASO:

Expediente N° 173-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: Contilatin del Perú S.A.

Demandado: Tribunal Fiscal.

Materia: Proceso contencioso-administrativo (cuaderno cautelar).

Fecha: 16 de febrero del 2004.

SUMILLA: La contracautela es un requisito para la ejecución de la medida cautelar, razón por la cual, cualquier deficiencia en ella, es subsanable antes de ejecutar la medida otorgada, luego de haber verificado la concurrencia de los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora.

Por resolución de fecha 29 de abril del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto rechazar la solicitud cautelar de no innovar planteada dentro del proceso por Contilatin del Perú S.A., por la cual había petitionado se disponga la no ejecución de las cartas fianzas otorgadas por la solicitante a favor de la Intendencia de la Aduana Marítima del Callao. La empresa solicitante apeló tal resolución.

Con fecha 16 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema revocó la resolución apelada, reformándola, ordenó que -previamente a la ampliación de la vigencia de la carta fianza ofrecida como contracautela y a la legalización de firma del representante legal de la empresa demandante-, se suspenda la ejecución de las resoluciones administrativas emitidas por el Tribunal Fiscal materia de cuestionamiento en el proceso principal.

Si bien no hay un considerando en el cual la Sala exprese qué valor le otorga a la contracautela, luego de identificar la concurrencia de los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora, el sexto punto de la ejecutoria suprema indica que:

“Sexto: (...); por último se ofrece contracautela en la modalidad de carta fianza bancaria número cero cero cero veintitrés mil ciento cincuentiséis, por la suma de cuarenta mil dólares americanos, que venció el nueve de abril del dos mil tres, cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el dos de abril del dos mil cuatro, conforme aparece del documento obrante a fojas cinco de este cuaderno, debiendo por tanto ser ampliada respecto a su vigencia y cumplirse con la legalización de firma respectiva por parte del representante legal de la empresa demandante.”

De acuerdo a ello, la Sala encontró dos deficiencias respecto a la contracautela ofrecida: la primera era la vigencia de la carta fianza, y la segunda la falta de legalización de firma del representante legal de la empresa. Pese a ello, la Sala concedió la medida.

Sin embargo, dispuso que antes de su ejecución, la parte solicitante subsane ambos defectos.

A partir del proceder resolutivo empleado por la Sala Civil Permanente, se entiende que ella: 1. Juzgó como requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar sólo a la verosimilitud y al peligro en la demora; 2. Consideró a la contracautela como un requisito para la ejecución de la medida otorgada; y 3. De acuerdo a ello, cualquier defecto de la contracautela era subsanable antes de ejecutar la medida concedida.

TERCER CASO:

Expediente N° 229-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: Bety Rosa Ramos Medina.

Demandado: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 18 de febrero del 2004.

SUMILLA: La contracautela es un requisito *sine qua non* para el otorgamiento de una medida cautelar.

A través de resolución de fecha 19 de marzo del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado inadmisibles las solicitudes cautelares de no innovar planteadas fuera del proceso por Bety Rosa Ramos Medina, debido al no ofrecimiento de contracautela. La parte peticionante apeló dicha resolución.

Con fecha 18 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema confirmó la resolución apelada. Su tercer y último considerando es contundente:

“Tercero: Los argumentos esgrimidos por la apelante no enervan en forma alguna los fundamentos de la recurrida, más aun si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 610 del Código Procesal Civil, el ofrecimiento de contracautela es requisito *sine qua non* para el otorgamiento de la medida solicitada.”

Comentario del capítulo:

Hemos referido y comentado tres ejecutorias de la Corte Suprema que enfocaron el tema de la naturaleza de la contracautela. La primera la consideró un requisito de admisibilidad de toda solicitud cautelar. Seis meses después, la segunda la entendió como un requisito para la ejecución de la medida otorgada, colocándola en un segundo plano respecto a los requisitos de verosimilitud y del peligro en la demora. Finalmente, la tercera afirmó que se trata de un requisito imprescindible (*sine qua non*) para el otorgamiento de la medida peticionada, situándola a la par de la verosimilitud y del peligro en la demora. La contradicción de los criterios expuestos es evidente.¹⁹⁷

La contradicción antes indicada, se presentó bajo la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, cuya expresa consideración en las tres resoluciones,

¹⁹⁷ Llama aun más la atención, comprobar que las segunda y tercera ejecutorias fueron expedidas por la misma Sala Suprema con la misma composición de Vocales, y con solo dos días de diferencia.

no evitó que surgiera la problemática descrita.

De lo anterior, inferimos que la falta de una opción legislativa en la ley 27584 respecto al sentido de la contracautela, sería la causa de la confusión expresada en las tres ejecutorias.

Ante ello, consideramos necesario que el legislador debe regular expresamente el carácter de la contracautela en el proceso contencioso-administrativo, de la forma que resulte más respetuosa del derecho al debido proceso de los sujetos involucrados y más acorde al poder genérico de cautela de los jueces. Dicha forma, es la de un requisito de actuación (o ejecución) de las medidas cautelares, exigible de acuerdo a la apreciación judicial del caso en concreto (cuando el juez la considere necesaria y así lo disponga).

CAPITULO 22. MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE NO INNOVAR

El artículo 36 de la ley 27584 otorga a las medidas innovativas y de no innovar el carácter de “especialmente procedentes”. Veamos cual ha sido su aplicación por parte de la Corte Suprema. Presentamos a continuación seis ejecutorias, relativas a seis procesos cautelares. Es pertinente advertir que en los dos primeros casos, las demandas cautelares fueron presentadas antes de la vigencia de la mencionada ley, mientras que las solicitudes de los otros cuatro casos estuvieron fechadas luego de entrar ella en vigor. Las fechas de todas las ejecutorias corresponden ya al periodo de vigencia de la ley 27584.

PRIMER CASO:

Expediente N° 950-2002 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema)

Demandante: EDELNOR S.A.A.

Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 11 de junio del 2002.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar innovativa.

Por resolución de fecha 03 de octubre del 2001, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado fundada la solicitud cautelar de no innovar planteada fuera del proceso por EDELNOR S.A.A., por la cual había petitionado se disponga la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 0092-2001-OS/CD de fecha 10 de enero del 2001, la cual le ordenaba devolver a la Asociación Pro Vivienda La Estrella - Los Olivos, el valor de sus instalaciones eléctricas, más intereses compensatorios y moratorios. El OSINERG apeló tal resolución.

Con fecha 11 de junio del 2002, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema conformó el mandato cautelar. Sin embargo, en la parte resolutive de la resolución, se introdujo una modificación:

“(…). CONFIRMARON el auto de fojas ciento doce, su fecha tres de octubre del dos

mil uno, que CONCEDE la medida cautelar de no innovar solicitada (...), debiendo entenderse como PROCEDENTE la medida cautelar innovativa, suspendiéndose la ejecución (...)."

De acuerdo a ello, y habiéndose confirmado el dictado de la medida cautelar, se puede concluir que: 1. La Sala Suprema consideró que la suspensión de la ejecución de una resolución administrativa no es una medida de no innovar; y 2. Que, dicha suspensión configura un mandato cautelar innovativo. Sin embargo, dicho Tribunal no expresó razón alguna que sustente el tal criterio.

SEGUNDO CASO:

Expediente N° 2923-2002 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema)

Demandante: Lima Airport Partners S.R.L.

Demandado: Organismo supervisor de la inversión en infraestructura de uso público (OSITRAN).

Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).

Fecha: 13 de noviembre del 2002.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar.

Mediante resolución de fecha 03 de abril del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado procedente la solicitud de medida cautelar de no innovar presentada por Lima Airport Partners S.R.L., ordenando la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN N° 033-2001-CD/OSITRAN publicada el 21 de diciembre del 2001, la cual le había impuesto una multa por la demora injustificada en el suministro de información requerida a empresas prestadoras de servicios dentro de los asuntos de competencia del OSITRAN. Dicha institución apeló tal resolución.

El día 13 de noviembre del 2002, la Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema confirmó el mandato de primera instancia. En el cuarto considerando de la resolución, se lee lo siguiente:

"Cuarto: (...); siendo facultad del juez adecuar la forma de la medida cautelar a la que considere adecuada, en virtud a lo preceptuado en el primer párrafo del artículo seiscientos once del Código Procesal Civil, por lo que procede la concesión de la medida cautelar de no innovar."

En forma contraria a la ejecutoria del primer caso, en este segundo caso la Sala estimó que la de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar. Sorprende como -al igual que en dicho primer caso-, el criterio expresado no tiene sustento alguno.

Por otro lado, pese a que la medida fue solicitada como una de no innovar, llama la atención ver como la Sala señala adecuar dicho pedido, pero concede la misma medida.

TERCER CASO:

Expediente N° 115-2002 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: ESKE S.R.L.

Demandado: Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE).

Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).

Fecha: 18 de diciembre del 2002.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar innovativa.

En resolución de fecha 10 de julio del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto no conceder la medida cautelar de innovar presentada por ESKE S.R.L., consistente en el pedido de suspensión de la Resolución N° 387/2002.TC.S2 del día 03 de junio del 2002, por la cual se había impuesto a la solicitante la sanción de suspensión temporal para contratar con el Estado. La empresa apeló dicha decisión.

El 18 de diciembre del 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema revocó el pronunciamiento de primera instancia, concediendo la medida cautelar innovativa peticionada. De esa manera, volvemos al criterio del primero. También es característica de esta ejecutoria la ausencia de toda explicación respecto a los motivos que sirvieron para elegir esa modalidad cautelar.

De otro lado, se advierte un grueso error procesal. Al recibir el expediente, la Sala Civil Permanente dispuso por equivocación se remita el mismo al Ministerio Público, cuya Fiscalía Suprema en lo Civil emitió dictamen con fecha 04 de noviembre del 2002; trámite este totalmente ajeno a las competencias de dicho organismo constitucional. Pese a ello, devuelto el expediente cautelar a la indicada Sala, esta resolvió tomando en cuenta dicho dictamen y anotando en el encabezado de la resolución ejecutoria: "VISTOS, con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Civil y el recurso de apelación (...)".

CUARTO CASO:

Expediente N° 177-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: SEDAPAL

Demandado: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 16 de febrero del 2004.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar indeterminada.

Mediante resolución de fecha 28 de abril del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto rechazar la medida cautelar presentada por SEDAPAL sin indicar una modalidad, consistente en el pedido de suspensión de la Resolución N° 01-2003-SUNASS-TRASS, por la cual se había ordenado a la solicitante devuelva los pagos efectuados por un usuario en exceso y anule las facturaciones excesivas emitidas en contra del mismo. SEDAPAL apeló la resolución.

Con fecha 16 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente revocó la decisión de

primera instancia y resolvió conceder la medida cautelar solicitada. Cabe indicar que dicho Tribunal tampoco hizo mención de alguna específica modalidad cautelar, entendiéndose que la suspensión solicitada fue concedida como una medida cautelar indeterminada.

QUINTO CASO:

Expediente N° 279-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: ELECTROSUR S.A.

Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 23 de febrero del 2004.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar.

Por medio de la resolución de fecha 27 de noviembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado fundada la demanda cautelar de no innovar presentada por ELECTROSUR S.A., disponiendo la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo N° 0477-2002-OS/CD, por la cual se había ordenado a la solicitante devolver a la Asociación de Vivienda Residencial Las Begonias el valor de las aportaciones efectuadas por esta al Fondo de Ampliaciones regulado por la ley 23406 (Ley general de electricidad, ya derogada). El OSINERG apeló la resolución.

A través de la ejecutoria del 23 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente confirmó el mandato cautelar de primera instancia, sin fundamentar el porqué la suspensión dispuesta debía entenderse como una medida de no innovar.

SEXTO CASO:

Expediente N° 291-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)

Demandante: LUZ DEL SUR S.A.A.

Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 23 de febrero del 2004.

SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar genérica.

Mediante resolución de fecha 23 de septiembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, había declarado infundada la medida cautelar genérica solicitada por LUZ DEL SUR S.A.A., consistente en el pedido de suspensión de la Resolución del Consejo Directivo del OSINERG N° 0145-2002-OS/CD, por la cual se había ordenado a la solicitante cumplir con devolver al Asentamiento Humano Huaycán Zona de Vivienda, Comercio y Taller, el valor de las aportaciones efectuadas al Fondo de Ampliaciones regulado por la ley 23406 (Ley general de electricidad, ya derogada). La empresa apeló la resolución.

Por ejecutoria de fecha 23 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente revocó el mandato de primera instancia declarando fundada la medida cautelar peticionada, es decir, disponiendo la suspensión como una medida genérica.

Comentario del capítulo:

Hemos mencionado seis ejecutorias supremas, en las cuales, ante la solicitud de suspensión de los efectos de un acto administrativo, el otorgamiento de las medidas innovativas y de no innovar se confunde entre sí, con la medida genérica e incluso con la medida indeterminada. Así, mientras la primera y tercera ejecutorias conceden dicha medida como una innovativa, la segunda y la quinta lo hacen como una de no innovar, la sexta como una de tipo genérico, frente a lo cual la cuarta simplemente no señala modalidad alguna, otorgando una medida indeterminada.

Lo anterior, nos brinda una clara noción de cómo la “especial procedencia” de las medidas innovativas y de no innovar prevista en la ley 27584, no encuentra una correcta expresión en la aplicación de dicha norma, y de cómo ambas nociones siguen generando confusión en nuestros máximos órganos judiciales. El problema es mayor si advertimos otro elemento coexistente en las ejecutorias comentadas: la falta de motivación del porqué se elige una u otra modalidad cautelar.

Ante ello, siendo los caracteres “innovativo” y “no innovativo” de las medidas cautelares dos efectos que puede asumir el poder genérico de cautela judicial, la pertinencia de otorgar alguno de dichos efectos a un particular mandato cautelar queda garantizada mediante la consagración de una única medida cautelar de tipo genérico, la misma que a su vez, deja abierto el paso para ordenar cualquier otra variante cautelar que resulte idónea.

Desarrollando la idea anterior, la regulación de una única medida cautelar genérica, haría posible dotar a un particular mandato cautelar de efectos innovativos, no innovativos, y de cualquier otro tipo de efectos. Un juez dotado de un expreso poder cautelar genérico, no dudará en detallar y precisar los alcances de la medida que conceda, sin temor a errar en el carácter innovativo o conservativo del mismo.

El socorro de la doctrina a los legisladores en la producción de normas procesales, debe terminar con la redacción de su texto final y no prolongarse hasta su aplicación. Más adelante, el empleo de esas normas y la aparición de nuevos eventos y situaciones fácticas obligarán a nuevos desarrollos teóricos, pero se tratará ya de otro momento.

CAPITULO 23. NULIDAD DE RESOLUCIONES CAUTELARES

Cualquier resolución judicial puede, eventualmente, sufrir algún vicio de nulidad. Ello, debido a la existencia de una teoría de la nulidad regulada en el Código Procesal Civil, aplicable a todas las resoluciones. Tal tema, no regulado en la ley 27584, también puede presentarse en un proceso contencioso-administrativo, afectando a las resoluciones relacionadas a él, entre las que se encuentran las medidas cautelares.

De acuerdo a lo anterior, las reglas de la nulidad previstas en el mencionado código también son aplicables a las medidas cautelares expedidas en los procesos

contencioso-administrativos. A continuación, presentamos tres ejecutorias supremas, en las cuales nuestro máximo órgano judicial realizó tal aplicación.

PRIMER CASO:

Expediente N° 214-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)

Demandante: EDELNOR S.A.A.

Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).

Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).

Fecha: 08 de septiembre del 2003.

SUMILLA: La insuficiente motivación de una resolución cautelar obliga a declarar su nulidad para que el inferior jerárquico dicte nueva resolución.

Mediante resolución de fecha 29 de noviembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había concedido la medida cautelar solicitada por EDELNOR S.A.A. El primer fundamento que expuso para adoptar esa decisión fue que “de lo expuesto en la medida cautelar se aprecia la existencia de apariencia suficiente del derecho invocado, por lo que corresponde suspender, preventivamente, los efectos de la resolución administrativa invocada”, siendo el segundo que “la vigencia de la citada resolución administrativa durante la secuela del proceso, podría causar grave daño patrimonial a la recurrente en la eventualidad de que resulte amparada su pretensión”. El OSINERG apeló la resolución.

Por ejecutoria del 08 de septiembre del 2003, la Sala Civil Transitoria declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia, sustentándose en la vulneración: 1. Del inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, modificado por ley 27324 (obligación de motivar las resoluciones judiciales); y 2. Del inciso 1 del artículo 36 de la ley 27584 (ponderación de los fundamentos del demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo para determinar la existencia de verosimilitud). Dispuso además, que la Sala de origen dicte nueva resolución.

De acuerdo a ello, la Sala de primera instancia llegó a la convicción de la concurrencia de verosimilitud y peligro en la demora, limitándose a enunciar tal conclusión sin sustentarla adecuadamente. Nueve meses después de ese error, la Sala Civil Transitoria declaró tal nulidad, devolviendo el proceso cautelar a primera instancia.

Considerando el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda cautelar y la resolución del 29 de noviembre del 2002, los nueve meses hasta la resolución de vista del 08 de septiembre del 2003, el tiempo que demore la devolución del expediente a la primera instancia, y el lapso final de su reingreso a despacho hasta la expedición de nueva resolución, fácilmente superamos el año de trámite.

Si recordamos los fines de tutela procesal de las medidas cautelares, el derecho a que la tutela jurisdiccional sea “efectiva”, y el significado del “peligro en la demora” como presupuesto cautelar, advertimos que la aplicación de los preceptos de la nulidad procesal realizada en el caso que presentamos, resultó contraria a todas y cada una de las consideraciones recién mencionadas.

SEGUNDO CASO:

Expediente N° 2058-2003 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema)

Demandante: DROKASA DEL PERÚ S.A.

Demandado: Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE).

Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).

Fecha: 28 de octubre del 2003.

SUMILLA: Si bien no se ha logrado cuantificar con precisión el daño ocasionado por la ejecución de la medida cautelar, ello no obsta para que el juzgador pueda fijar prudencialmente la indemnización que debe pagar la parte a cuyo favor se otorgó dicha medida.

Este caso trata del pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por la ejecución de una medida cautelar, es decir, de la ejecución de la contracautela que ofreció la parte solicitante en la forma de caución juratoria. Fueron cuatro las resoluciones involucradas en el caso: dos dictadas en primera instancia y dos ejecutorias, siendo la primera de estas últimas la que declaró la nulidad objeto de comentario.

La primera resolución fue dictada por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 07 de junio del 2002, declarando fundada la solicitud presentada por DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L. sobre pago de indemnización por daños causados por la ejecución de la medida cautelar previamente otorgada a DROKASA DEL PERÚ S.A., ordenando que esta última consigne a disposición de la Sala por dicho concepto el monto de S/. 20 000, que la obligada había ofrecido como caución juratoria al momento de formular su pedido cautelar.

La segunda resolución, fue expedida el 23 de octubre del 2002 por la Sala de Derecho Constitucional y Social, la cual declaró nula la primera resolución, debido a que la cuantificación del acto lesivo requería de una previa acreditación, no efectuada hasta ese momento. Dicha Sala, dispuso también que el órgano A-quo emita nueva resolución, procediendo de acuerdo a los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil. Tales numerales, sin embargo, regulan la finalidad de la contracautela y las sanciones por pedidos cautelares maliciosos o innecesarios, respectivamente, sin referir nada sobre la necesaria acreditación que sustentó la decisión nulificante, y que se supone debería practicar el A-quo. Se observa así una grave incoherencia en la resolución comentada.

La tercera resolución, fue emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 05 de mayo del 2003, en cumplimiento de lo ordenado en la segunda resolución. La indicada Sala Superior volvió a declarar fundada la solicitud de DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L., disponiendo que DROKASA DEL PERÚ S.A. cumpla con la misma consignación ordenada en la primera resolución. En este punto, resulta imposible cualquier referencia a los considerandos de este tercer pronunciamiento, al no haber podido acceder a su texto completo.

En la cuarta y última resolución expedida también por la Sala de Derecho Constitucional y Social, esta vez el día 28 de octubre del 2003, se confirmó la tercera resolución, es decir, se declaró fundada la solicitud de DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L., debiendo DROKASA DEL PERÚ S.A. pagarle a la anterior la suma de S/. 20 000. Los fundamentos de dicha decisión fueron:

“Cuarto: Que, en el caso de autos, si bien no se ha logrado cuantificar de manera precisa el daño ocasionado por la suspensión de los efectos de la resolución administrativa cuya nulidad se persiguió en el proceso principal, ello no obsta para que el Juzgador pueda fijarla de manera prudencial; Quinto: (...), la accionante DROKASA DEL PERÚ S.A., dejó consentir la sentencia de fecha diecisiete de diciembre del dos mil uno, que declaró improcedente la demanda de impugnación de resolución presentada por esta empresa, lo cual denota en cierta manera el carácter innecesario de la solicitud cautelar (...), conducta que debe ser sancionada con la fijación de una indemnización, de conformidad con el artículo seiscientos veintiuno del Código Procesal Civil (...).”

Dejando el discurso descriptivo, vemos que debido a la aplicación formal de las normas reguladoras de la nulidad procesal en la ejecutoria suprema del 23 de octubre del 2002 (segunda resolución), se dejaron transcurrir 16 meses para confirmar el mandato de pago de S/. 20 000 por concepto de indemnización por daños causados por la ejecución de una medida cautelar. Nos preguntamos, primero, ¿qué ocurrió con los daños sufridos (aun cuando fuesen pequeños) durante esos 16 meses? (nótese que al final se ordena el pago sólo de los S/. 20 000 que habían sido ofrecidos como contracautela), y segundo, ¿porqué la Corte Suprema no aplicó el mismo “criterio prudencial” un año antes, cuanto tuvo a la mano por primera vez el cuaderno cautelar? (caso en el cual la aludida confirmación sólo hubiese tardado 6 meses).

TERCER CASO:

Expediente N° 142-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)

Demandante: EDELNOR S.A.A.

Demandado: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

Materia: Demanda cautelar.

Fecha: 15 de diciembre del 2003.

SUMILLA: La “motivación aparente” de una resolución cautelar obliga a declarar su nulidad para que el inferior jerárquico dicte nuevo pronunciamiento.

Por resolución de fecha 23 de septiembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había concedido la medida cautelar solicitada por EDELNOR S.A.A., consistente en la suspensión de la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo N° 1333-2002-OS/CD. El sustento central de dicha resolución concesoria, aparecía en su cuarto considerando:

“Cuarto: que, del análisis de la solicitud cautelar y anexos, se aprecia que el usuario, antes de la reclamación administrativa que planteó, había arribado a una transacción extrajudicial en la que ambas partes, haciéndose concesiones recíprocas, habrían renunciado a toda reclamación sobre lo que es materia del proceso principal; por lo que existe verosimilitud en el derecho invocado.”

Por ejecutoria del 15 de diciembre del 2003, la Sala Civil Transitoria declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia, sustentándose en la vulneración: 1. Del inciso 3 del artículo 122 del Código procesal civil, modificado por ley 27324 (obligación de motivar las resoluciones judiciales); y 2. Del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución

(misma obligación). Dispuso también, que la Sala de origen dicte nueva resolución de acuerdo a lo señalado en ella. Los motivos de tal declaración figuran en su punto sexto:

“Sexto: Que sin embargo, del acta de conciliación de fojas treintiséis fluye “prima fascie” (sic) que los reclamos posteriores a tal acuerdo, de los que habría renunciado el usuario, son respecto del periodo indicado en dicho documento, esto es en agosto del años dos mil a julio del dos mil uno, por lo que no podría aplicarse a los periodos anteriores como los que son materia de reclamo en el presente proceso; consecuentemente en la resolución apelada se ha incurrido en motivación aparente, infringiéndose lo dispuesto por el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Constitución Política del Estado; (...).”

Como se lee, la fundamentación esgrimida por la Sala Suprema en realidad cuestionó el sustento central de la resolución apelada, referido a los alcances de la citada conciliación extrajudicial. Si ese fue el tema en el cual la Sala Superior apreció la verosimilitud necesaria para acordar el otorgamiento de la medida, un juicio contrario sobre el mismo implicaba la revocatoria de la resolución, declarando infundado el pedido cautelar. En esa línea, si la Sala Suprema atribuye a dicho documento conciliatorio alcances distintos a los considerados por la Sala Superior, debió concretar esa discrepancia con el criterio del inferior jerárquico revocando la decisión de éste. Se trataba de resolver el pedido cautelar en sí, por cuanto no existían vicios formales.

Sin embargo, los alcances que tal conciliación tenían para la Sala superior, fueron calificados por la Sala Suprema como “motivación aparente”, y por ello insuficiente para considerar correctamente motivado el mandato cautelar, deviniendo éste en nulo.

Cabe señalar que, como mandato adicional, el Supremo tribunal dispuso la expedición de una nueva resolución teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, es decir, considerando que el documento conciliatorio tenía los alcances apreciados por la Sala Suprema. Se observa así que, luego de declarar una nulidad, dicho tribunal no se limitó a disponer la renovación del acto viciado, sino que también orientó claramente el sentido que dicho nuevo pronunciamiento de primera instancia debía tener. Ello reafirma el hecho que, en el proceso cautelar, no existía ninguna “motivación aparente”.

La consecuencia de lo anterior fue que, después de 15 meses, la tutela jurisdiccional solicitada con la demanda cautelar no había obtenido respuesta, volviendo el proceso cautelar a su comienzo, gracias a una declaratoria de nulidad que además impuso un criterio resolutivo a la Sala de origen.

Comentario del capítulo:

Como hemos adelantado, la aplicación de los preceptos de la nulidad procesal previstos en el Código procesal civil realizada a los casos presentados, resultó contraria a los fines de tutela procesal de las medidas cautelares, el derecho a que la tutela jurisdiccional sea “efectiva”, y el significado del “peligro en la demora” como presupuesto cautelar.

Debe recordarse además que, regulando las nulidades, aparece el principio de trascendencia, según el cual “no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.¹⁹⁸ De acuerdo a

ello, la subsanación de algún vicio ocurrido en primera instancia, no influye sobre la finalidad tutelar de las medidas cautelares -esencia del instituto-, sino más bien propende al logro del mismo (aun en los casos en que se desestime el pedido cautelar, en los cuales igual se debate la aplicación del instituto y la necesidad de la tutela que él es capaz de proveer). Por el contrario, la no subsanación del vicio puede fácilmente frustrar la finalidad del instituto en el caso concreto, al potenciar la consumación del peligro en la demora.

El recurso a ese principio en el proceso contencioso-administrativo, encuentra buena acogida en la ley que regula a este último proceso. Nos referimos al principio de "suplencia de oficio" regulado en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 27584, según el cual:

"El Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio."

De acuerdo a ello, si el juez advierte que la demanda cautelar carece de algún requisito, suplirá de oficio el mismo. En caso de ser esto posible debido al carácter esencial de la exigencia insatisfecha, debe notificar inmediatamente a la parte interesada para que cumpla con subsanar la deficiencia. Suplido el defecto de oficio o por la parte, procederá a resolver el pedido cautelar.

En ambas situaciones, se estaría aplicando los principios de trascendencia y de suplencia oficiosa en una misma dirección: el logro de los fines del instituto cautelar invocado.

El real empleo de tales principios en las medidas cautelares de los procesos contencioso-administrativos puede lograrse, no sólo a partir de una seria campaña entre los magistrados y el personal jurisdiccional acerca de una toma de conciencia de la finalidad del instituto cautelar, sino también instituyendo tal proceder como una obligación de los magistrados antes de resolver una demanda cautelar que tenga alguna deficiencia formal, y además, estableciendo como causal de sanción disciplinaria la inobservancia de tal comportamiento. Lo anterior, encuentra justificación en las directas e inmediatas implicancias constitucionales que poseen las medidas cautelares, aludidas en los capítulos 1 y 2 de este trabajo.

CAPITULO 24. DURACION DE LOS PROCESOS CAUTELARES ENTRE LAS RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS

En los anteriores capítulos se han examinado 12 ejecutorias supremas sobre medidas cautelares en procesos contencioso-administrativos. En este capítulo, a 11 de ellas ¹⁹⁹ sumamos 17 ejecutorias, también expedidas entre los años 2002 y 2004, cuyo contenido si bien no aporta suficientes elementos para extraer conclusiones sobre los conceptos en

¹⁹⁸ Cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil.

¹⁹⁹ Ha sido excluido el proceso 2058-2003, referido a una solicitud de pago de indemnización por ejecución de medida cautelar.

ellas manejados, si dan luces respecto a nuestro siguiente tema: la demora de los procesos cautelares en los procesos contencioso-administrativos.

Para la presente tarea, no se dispone de la fecha en que fue presentada cada demanda cautelar, pero si de las fechas de las resoluciones de primera y segunda instancia. Es ese el intervalo de tiempo objeto de medición, aquel transcurrido entre ambos pronunciamientos; concretamente, el tiempo transcurrido desde la emisión de la resolución cautelar de primera instancia, y la emisión de la resolución de vista por parte de la Corte Suprema. Hemos decidido ubicar cada proceso en el año en el cual resolvió la Corte Suprema. Empecemos con los procesos cuyas ejecutorias fueron dictadas en el año 2002:

DURACIÓN DE PROCESOS CAUTELARES –AÑO 2002

DURACION DE PROCESOS CAUTELARES – AÑO 2002					
Nro. orden	Número expediente	Sala Suprema	Fecha resolución 1era. Inst.	Fecha resolución 2da. Inst.	Duración
1	950-2002	Constitucional y Social	03-10-01	11-06-02	8 meses
2	2351-2002	Constitucional y Social	15-04-02	15-10-02	6 meses
3	2923-2002	Constitucional y Social	03-04-02	13-11-02	7 meses
4	115-2002	Civil Transitoria	10-07-02	18-12-02	5 meses
PROMEDIO DE DURACION					6,7 MESES ²⁰⁰

Veamos cuanto duraron los procesos del año 2003:

DURACIÓN DE PROCESOS CAUTELARES-AÑO 2003

²⁰⁰ En el casillero “duración” de cada expediente, sólo se consigna la información referida a los meses, omitiéndose los días de exceso. Para la obtención del “promedio de duración”, sin embargo, si se ha considerado tal exceso (23 días = 0,7666... meses), dando como resultado 6,675 meses.

DURACION DE PROCESOS CAUTELARES – AÑO 2003					
Nro. Orden	Número expediente	Sala Suprema	Fecha resolución 1era. Inst.	Fecha resolución 2da. Inst.	Duración
1	3256-2002	Constitucional y Social	18-04-02	16-01-03	8 meses
2	587-2003	Constitucional y Social	28-06-02	30-05-03	11 meses
3	1318-2003	Constitucional y Social	28-08-02	23-07-03	10 meses
4	70-2003	Civil Transitoria	14-06-02	14-08-03	14 meses
5	94-2003	Civil Transitoria	12-12-02	14-08-03	8 meses
6	118-2003	Civil Transitoria	13-12-02	28-08-03	8 meses
7	214-2003	Civil Transitoria	29-11-02	08-09-03	11 meses
8	1809-2003	Constitucional y Social	02-04-02	30-09-03	17 meses
9	2044-2003	Constitucional y Social	27-06-03	07-10-03	3 meses
10	346-2003	Civil Transitoria	05-09-02	24-11-03	14 meses
11	142-2003	Civil Transitoria	23-09-02	15-02-03	4 meses
12	2366-2003	Constitucional y Social	17-12-01	16-12-03	23 meses
13	69-2003	Civil Permanente	06-12-02	23-12-03	12 meses
PROMEDIO DE DURACIÓN					11,5 MESES ²⁰¹

Veamos ahora la duración de los procesos cautelares del año 2004:

DURACIÓN DE PROCESOS CAUTELARES- AÑO 2004

²⁰¹ En el casillero “duración” de cada expediente, sólo se consigna la información referida a los meses, omitiéndose los días de exceso. Para la obtención del “promedio de duración”, sin embargo, si se ha considerado tal exceso (197 días = 6,5666... meses), dando como resultado 11,5 meses.

DURACION DE PROCESOS CAUTELARES – AÑO 2004					
Nro. Orden	Número expediente	Sala Suprema	Fecha resolución 1era. Inst.	Fecha resolución 2da. Inst.	Duración
1	107-2003	Civil Permanente	15-01-03	19-01-04	12 meses
2	179-2003	Civil Transitoria	18-12-01	16-02-04	25 meses
3	177-2004	Civil Permanente	28-04-03	16-02-04	9 meses
4	173-2003	Civil Permanente	29-04-03	16-02-04	9 meses
5	239-2003	Civil Permanente	16-10-02	18-02-04	16 meses
6	229-2003	Civil Permanente	19-03-03	18-02-04	10 meses
7	291-2003	Civil Permanente	23-09-02	23-02-04	17 meses
8	279-2003	Civil Permanente	27-11-02	23-02-04	14 meses
9	307-2003	Civil Permanente	21-07-03	25-02-04	7 meses
10	46-2004	Civil Transitoria	07-01-03	01-04-04	14 meses
11	390-2003	Civil Transitoria	21-03-03	20-08-04	16 meses
PROMEDIO DE DURACIÓN					14 MESES ²⁰²

Finalmente, corresponde realizar un análisis de la muestra estudiada. Ella, asciende a 28 expedientes, está distribuida de la siguiente manera:

- En el cuadro del año 2002: 4 expedientes.
- En el cuadro del año 2003: 13 expedientes.
- En el cuadro del año 2004: 11 expedientes.

Si sumamos los meses transcurridos entre las resoluciones de primera y segunda instancia, obtenemos para cada año:

- En el cuadro del año 2002: 26.7 meses.
- En el cuadro del año 2003: 149.5 meses.
- En el cuadro del año 2004: 155.0333... meses.

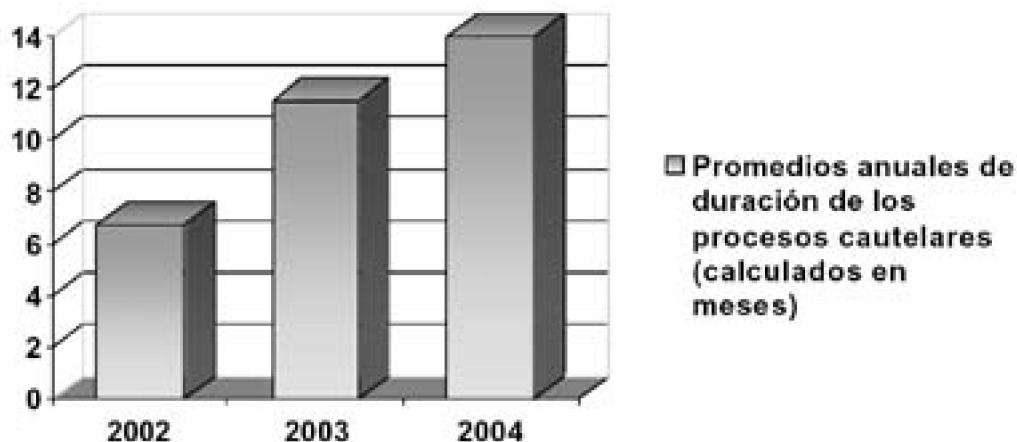
²⁰² En el casillero "duración" de cada expediente, sólo se consigna la información referida a los meses, omitiéndose los días de exceso. Para la obtención del "promedio de duración", sin embargo, si se ha considerado tal exceso (181 días = 6,0333... meses), dando como resultado 14,0909... meses.

Debe resaltarse en este punto que, en realidad, todos los procesos cautelares tuvieron una mayor duración, ya que -como se ha indicado-, no se considera el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda cautelar hasta la resolución de primera instancia; intervalo que fácilmente alcanza el mes.

Si dividimos los meses resultantes en cada año entre el respectivo número de expedientes que integran la muestra, llegamos a los siguientes resultados:

- En el cuadro del año 2002: 6.7 meses.
- En el cuadro del año 2003: 11.5 meses.
- En el cuadro del año 2004: 14.09.... meses.

Estos son los promedios finales de duración de los procesos cautelares en cada año. Adviértase que en los cuadros se ha redondeado la información de los tres años. El año 2002, los procesos cautelares tuvieron una duración promedio de 6.7 meses. Ante una muestra mayor, la duración de los procesos del año 2003 aumentó sensiblemente (casi el doble) frente al año anterior. En cuanto al cuadro del año 2004 -con una muestra de dos expedientes menos que la del 2003-, se aprecia que la duración de los procesos se incrementó en más de dos meses. Se presenta entonces una tendencia al aumento de la duración de los procesos cautelares, la cual apunta a la necesidad de adoptar medidas que permitan el otorgamiento de tutela procesal en menores lapsos de tiempo. Podemos representar dicha tendencia mediante el siguiente gráfico:



**PROMEDIOS ANUALES DE DURACIÓN DE LOS PROCESOS CAUTELARES
(CALCULADOS EN MESES)**

La tendencia antes mencionada, no es el reflejo de la diferencia entre la menor muestra del año 2002 y las mayores muestras correspondientes a los años 2003 y 2004. En ese sentido, si frente a los 6.7 meses del año 2002, obtenida de una muestra de 4 procesos, tomamos sólo los cuatro primeros procesos del 2003 (números 1 al 4 de la tabla) tendríamos un promedio de 11.25 meses. Un cálculo similar en el año 2004 arrojaría el promedio de 14.5 meses. Vemos que la proporción de crecimiento sería incluso mayor a la ofrecida con el íntegro de las tres muestras.

-Como otros datos relevantes, podemos citar los siguientes:

-Duración promedio general (en los tres años): 10,76333..... meses.

- Proceso con mayor intervalo de duración: 25 meses con 28 días. (Expediente N° 179-2003, resuelto por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 18-12-01, y por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema el 16-02-04).

- Proceso con menor intervalo de duración: 3 meses con 10 días. (Expediente N° 2044-2003, resuelto por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 27-06-03, y por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema el 07-10-03).

Sin duda, resulta injustificable que la expectativa de duración del intervalo entre las resoluciones de primera y segunda instancias sea cercana a los 11 meses. Igualmente, es inaceptable ver cómo las resoluciones dictadas en ambas instancias de un proceso cautelar se separen por algo más de 3 meses, mientras las de otro cuenten entre sí más de 25 meses (más de 8 veces el intervalo presentado en el primer proceso).

TERCERA PARTE: ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO

TITULO VII: ANALISIS DE LA LEGISLACION EXTRANJERA

CAPITULO 25. LEGISLACION ESPAÑOLA

En el Boletín Oficial del Estado N° 167 del 14 de julio de 1998, fue publicada la Ley 29/1998 de 13 de julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,²⁰³ la cual derogó a su antecesora, la Ley de 27 de diciembre de 1956, que fuera el primer cuerpo legal destinado a regular integralmente la materia en España.

En sus títulos IV y V, la ley regula el proceso contencioso-administrativo (propriadamente dicho) y los procesos especiales, respectivamente. Seguido, en ella encontramos el título VI denominado "Disposiciones comunes a los Títulos IV y V". En

²⁰³ Ley 29/1998 de 13 de Julio. Suplemento al Boletín de Información N° 1833 del 15 de noviembre de 1998, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998.

éste último ubicamos un capítulo II, con el nombre de “Medidas cautelares”. La sistemática descrita otorga a las medidas autonomía institucional, haciéndolas independientes respecto a la regulación de la ejecución de la sentencia; eso sí, remarca su carácter instrumental, a servicio del proceso contencioso-administrativo.

Sin embargo, el tema empieza a ser desarrollado mucho antes. Así, en una parte de la exposición de motivos de la ley, se puede leer que:

“De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.”²⁰⁴

En sus siguientes renglones, la exposición de motivos ingresa aun más en materia cautelar:

“Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como un excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”.²⁰⁵

De este párrafo se pueden extraer dos ideas concretas: una es la directa vinculación existente entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva, de la cual ellas son un instrumento; otra es el reconocimiento de un poder cautelar genérico en los jueces, o dicho de otro modo, el derecho a solicitar la tutela cautelar en la forma que resulte idónea. Las mismas ideas brotan del numeral 1 del artículo 129, cuando señala que “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.²⁰⁶

La medida cautelar solicitada podrá otorgarse sólo cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso, pudiendo denegarse cuando ella pudiera causar grave perturbación de los intereses generales o de tercero (artículo 130). Se trata de dos criterios legales, de dos reglas generales, de las cuales el juzgador *-contrario sensu-* también puede alejarse.

Entre los caracteres de las medidas cautelares, la ley española reconoce expresamente su instrumentalidad (artículo 129), su provisionalidad y su variabilidad (artículo 132).

Por regla general, el incidente cautelar se tramita con audiencia de la parte contraria (artículo 131), previendo la ley una excepción para casos de especial urgencia, en los cuales la medida se adoptará sin oír a dicha parte (artículo 135). En este segundo

²⁰⁴ Idem., p. 29.

²⁰⁵ Idem., p. 29.

²⁰⁶ Idem., p. 78.

supuesto, la medida otorgada será inimpugnable, pero el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia dentro de los tres días siguientes, decidiéndose luego sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

Para los casos de procesos contencioso-administrativos de omisión o contra actuaciones constitutivas de vías de hecho, la ley indica que la medida se concederá, salvo que se aprecie con evidencia que no se presentan tales situaciones, o la medida perturbe gravemente a los intereses generales o de tercero (artículo 136). Se trata de supuestos en los que la regla general es el otorgamiento de la medida.

La ley española también entiende que las medidas dispuestas puedan causar perjuicios de diferente naturaleza. Así, en los casos que tales perjuicios puedan verificarse, el artículo 133 señala que “podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos”.²⁰⁷ En esa forma, vemos que la caución (nuestra contracautela) es sólo una forma posible de responder de los perjuicios causados; antes, la norma prefiere la adopción de medidas preventivas o paliativas, según lo amerite el caso en concreto. Todo ello queda librado al criterio del órgano judicial.

Concedida o no la medida cautelar peticionada, los autos expedidos en primera instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo poniendo término a la pieza separada de medidas cautelares, son apelables (literal A del artículo 80 de la ley). Por su parte, los autos que en primera instancia dicten la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia poniendo fin a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares, serán susceptibles de recurso de casación (literal B del artículo 87, concordado con el artículo 86 de la ley).

Cabe precisar que el supuesto casatorio antes mencionado, es uno de los casos en los que el artículo 87.3 (modificado por la ley 1/2000) exige previamente la interposición de un recurso de súplica (procedente, según el artículo 79.1, contra las providencias y autos no susceptibles de apelación o casación). Hemos encontrado un caso que grafica el tema: se trata del recurso N° 6978/2001 en el cual con fecha 01 de julio de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Acuidoro S.A. Cabe señalar que dicho recurso tuvo previamente hasta tres consecutivos recursos de súplica, el primero de los cuales fue presentado contra la resolución que decidió tramitar como una medida cautelar general un pedido de medida urgente (regulada en el artículo 135 de la ley, y caracterizada por ser dictada sin oír a la parte contraria).²⁰⁸

Respecto a la ley de 27 de diciembre de 1956, que en materia cautelar sólo preveía la suspensión de actos administrativos, la ley 29/1998 de 13 de julio presenta como principal diferencia la variedad cautelar que se puede dispensar a partir de las disposiciones hasta aquí comentadas. Sin embargo, la doctrina española identifica entre

²⁰⁷ Idem., p. 79.

²⁰⁸ <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>

tales disposiciones solo dos formas de tutela cautelar, una general y otra excepcional, las cuales diferencia a partir del principal criterio que sirve para otorgar cada una.

De esa opinión es CHINCHILLA MARIN, para quien cabe diferenciar las medidas cautelares según pertenezcan al régimen común o al régimen especial. Las primeras encuentran su expresión en el artículo 129 (y también 130) de la ley, mientras que las segundas están reguladas en el artículo 136.

Las medidas del régimen general se caracterizan por tener como presupuesto de adopción al peligro de la demora del proceso principal, el cual está identificado con la necesidad de evitar que el recurso (que inicia dicho proceso) pierda su finalidad, es decir, que la tutela judicial no sea efectiva. De acuerdo a lo expresado por el Tribunal Constitucional español, la pérdida de dicha utilidad no apunta a la duración del proceso, sino a los perjuicios derivados de la ejecución del acto (o actuación administrativa materia del recurso) y la dificultad que para su reparación significa la duración del proceso. Tal dificultad, no se identifica con el concepto de irresarcibilidad (imposibilidad de pagar una suma de dinero), sino con el de irreparabilidad o irreversibilidad (imposibilidad de restituir el bien jurídico lesionado).²⁰⁹

Por su parte, las medidas del régimen especial se caracterizan por tener como presupuesto de adopción la apariencia de buen derecho del pedido cautelar, y por encontrarse limitado a los casos que el recurso del proceso principal cuestione una omisión de la administración o una actuación material de ella considerada como vía de hecho. Para tales casos, el legislador ha considerado que la ilegalidad en la que supuestamente ha incurrido la administración es de tal calibre que no merece la prerrogativa de la ejecutividad y, en consecuencia, establece para ellos un régimen especial consistente en permitir en el primer caso que se le imponga a la administración la realización de las conductas que ésta se niega a llevar a cabo, y en el segundo el cese inmediato de la actuación administrativa calificada como “vía de hecho” (en éste último caso, se trataría en realidad de la inversión del principio de ejecutividad).²¹⁰

Criticando la regulación del régimen especial, la misma autora indica que, cuando no exista una omisión de la autoridad o una vía de hecho, no es que no proceda otorgar una medida cautelar, sino que, sencillamente, estaremos en presencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 51.3 de la ley, referido a la evidente falta de obligación de actuar y a la realización de la actuación dentro de las reglas de competencia y procedimiento, respectivamente. Así, la excepción a la regla general consignada en el artículo 136 no tendría mucho sentido, ya que en teoría no debería llegarse a aplicar nunca, porque nunca debería admitirse un recurso en esas condiciones.²¹¹

²⁰⁹ Cfr. CHINCHILLA MARIN, Carmen. “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa”. En: Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 48-53.

²¹⁰ Cfr. idem., pp. 58-59.

²¹¹ Cfr. Idem., p. 64.

CAPITULO 26. LEGISLACION ITALIANA

El 26 de julio de 2000, fue publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno italiano la *Legge 21 Luglio 2000, N. 205, Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa*.²¹² Se trata de una norma cuya función es reformar y complementar diversos aspectos de la regulación preexistente sobre la mencionada materia. La ley tuvo dos objetivos centrales: primero, la legalización y racionalización de institutos procesales emergidos en vía jurisprudencial a lo largo de decenios, y segundo, la aceleración del proceso administrativo.²¹³

La norma más afectada por tales modificaciones fue la *Legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, publicada en la Gaceta Oficial el 13 de diciembre de 1971, n. 314, que había instituido los Tribunales administrativos regionales (en adelante TAR) y regulaba su organización, funciones, etc.²¹⁴ El artículo 21 de la norma, en su séptimo párrafo, permitía que la parte recurrente, alegando daños graves e irreparables derivados de la ejecución del acto administrativo cuestionado, podía pedir la suspensión de dicha ejecución, resolviendo el TAR mediante ordenanza motivada y tomada en sesión de la cámara del tribunal, previa audiencia de los defensores de las partes.²¹⁵

La norma, reconocía a los TAR la facultad de otorgar medidas cautelares consistentes en la suspensión del acto administrativo cuestionado, disponiendo que para ello el tribunal debía oír a los defensores de las partes, lo cual implica que la parte contra la cual se dirigía el pedido cautelar conocía del mismo antes que sea resuelto.

Precisamente ese séptimo párrafo, fue modificado por el numeral 1 del artículo 3 de la *Legge 21 Luglio 2000, N. 205*, el cual se dirige a regular principalmente dos temas: la caución (nuestra contracautela) y la solicitud de medidas cautelares antes de la demanda.

Sobre la caución, establece como regla general que su imposición constituye una facultad del TAR, el que junto a su ordenanza cautelar, establece la obligación de pagar la suma que aparezca más idónea para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión de la demanda. La referencia a una idoneidad del monto hace ver que, en algunos casos, cuando este no aparezca necesario, tampoco lo será imponer a la parte solicitante la carga de pagarlo. En síntesis, quien solicita una medida cautelar, no tiene porqué ofrecer una caución, la cual será precisada por el TAR al conceder la medida, si lo considera necesario. Vemos que la contracautela no es regulada como un requisito de

²¹² Legge 21 luglio 2000, N. 205 (<http://www.amministrativo.it/giustiziaamministrativa.asp>).

²¹³ Cfr. CLARICH, Marcello. "Introduzione al commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205 di riforma del processo amministrativo". (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/clarich.htm).

²¹⁴ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (http://www.edscuola.it/archivio/norme/leggi/1034_71.html).

²¹⁵ Traducción libre de: "Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordenanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta."

procedencia, sino como uno de actuación de las medidas cautelares.

Una primera excepción se presenta en los casos en que el TAR advierta que la ejecución de la providencia cautelar provoque efectos irreversibles, para los cuales la norma permite al tribunal exigir que la caución sea prestada en forma de fianza, supeditando el otorgamiento de la medida a la presentación de dicha caución. Una segunda excepción aparece ante determinados derechos relacionados a intereses esenciales de la persona, como la salud, la integridad del ambiente, y otros de primer nivel constitucional, ante los cuales la concesión o no del pedido cautelar no puede estar sujeto a la presentación de caución (ella no existe en tales casos).

En cuanto a la solicitud de medidas cautelares antes de la demanda, la norma la reserva para casos de extrema gravedad en que no es posible esperar a la próxima fecha de reunión de la cámara del concejo. En dichos casos, el Presidente del TAR, puede omitir el trámite del contradictorio y dictar medidas provisorias, que serán eficaces hasta la primera sesión del concejo del TAR, el cual decidirá lo que considere.

Analizando el íntegro del artículo 3 de la ley, DI LIETO señala que nos encontramos con un nuevo sistema que abandona el mecanismo cautelar tradicional consistente en la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, delineando una medida de contenido atípico, modelada respecto del caso concreto, caracterizada sólo por su idoneidad para asegurar interinamente los efectos de la futura decisión sobre el recurso.

²¹⁶

En un estudio sobre la misma norma, GALLO llega un poco más lejos, afirmando que la ley ha introducido una lectura genérica de medida cautelar, superando la dicción originaria que hacía referencia sólo a la suspensión de la ejecución de la providencia administrativa impugnada. El solicitante puede pedir al Juez administrativo el tipo de providencia que considere más útil, en relación a las acciones que propone.²¹⁷

La introducción de un nuevo modelo cautelar, tuvo como precedente tres sentencias de la Corte Constitucional: la sentencia n. 8 de 1982, la sentencia n. 190 de 1985, y la sentencia n. 249 de 1996, todas las cuales fueron reconociendo paulatinamente la necesidad de dotar a la Justicia administrativa de un instituto cautelar capaz tanto de anticipar de la mejor manera posible los efectos de la decisión sobre el fondo, de evitar que la duración del proceso cause daño al actor que tenga la razón, como también de garantizar el cumplimiento del artículo 24 de la Constitución (que regula el derecho al debido proceso de manera genérica, y el derecho de defensa en forma específica).²¹⁸

Cabe indicar que la segunda sentencia mencionada, introdujo a la jurisdicción

²¹⁶ Cfr. LIETO, Giovanni di. "Tutela cautelare degli interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto: i confini tra processo e procedimento" (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/dilieto.htm).

²¹⁷ Cfr. GALLO, Carlo. Novità e prospettive nelle disciplina della legge n. 205 del 2000 (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/relazione_gallo.htm).

²¹⁸ Cfr. PITTALIS, Gualtiero. "Natura e presupposti dell'azione cautelare" (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/convegno.htm).

administrativa el artículo 700 del Código Procesal Civil, regulador de los denominados "providencias cautelares de urgencia". Según la norma, fuera de los casos regulados en las precedentes secciones del capítulo al cual ella pertenece, quien tiene fundado motivo de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en la vía ordinaria, este sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir con recurso al juez las providencias de urgencia que aparezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito.²¹⁹

Por otra parte, en cuanto a la impugnación de las resoluciones cautelares, si ella es dictada en primera instancia por un Juez administrativo, corresponderá resolver el recurso de apelación al TAR de la región. En los casos que el TAR actúe como primera instancia, el Consejo de Estado resolverá en segunda instancia.

En cuanto al recurso de casación, el artículo 36 de la *Legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, lo reservaba sólo contra las sentencias pronunciadas en segundo grado por el Consejo de Estado, en los casos en que el recurso discuta temas inherentes a la jurisdicción. Ello, resulta coherente con el artículo 360 del *Codice di Procedura Civile*, según el cual, procede el recurso de casación contra la sentencias expedidas en grado de apelación o en único grado por motivos de jurisdicción, competencia, falsa aplicación del derecho, nulidad de la sentencia y motivación.

CAPITULO 27. LEGISLACION ARGENTINA

En Argentina, cada provincia posee su propia legislación del proceso contencioso-administrativo. Por ende, para brindar un mínimo panorama de la regulación del instituto cautelar en dicho proceso, analizaremos dos de las referidas regulaciones provinciales: de Buenos Aires y de Jujuy.

Por Ley 12.008, se aprobó el Código del Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde el 01 de junio de 1999.²²⁰ Lo primero que llama la atención del código bonaerense es la sistemática con la cual regula a las medidas cautelares, pues el capítulo IV que las regula, se ubica entre las reglas de las pretensiones (capítulo III) y de la demanda (capítulo V). El código postula así un alejamiento del tema cautelar respecto a la ejecución de las sentencias (capítulo XII), acercándolo a la postulación del proceso, es decir, a la solicitud de tutela judicial, (de la cual las demandas cautelares constituyen una especie).

Un segundo aspecto llamativo, consiste en la inclusión de un especial presupuesto cautelar: junto a la verosimilitud y a la posibilidad de un perjuicio irreparable, aparece la no afectación grave del interés público (literal C del numeral 1 del artículo 22).

²¹⁹ Traducción libre de: *"Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per fare valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito"*(<http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004.htm>).

²²⁰ Ley 12.008 (<http://www.gob.gba.bov.ar/legislacion/legislacion/l-12008.html>).

Un tercer aspecto interesante de la norma, es la consagración del poder cautelar genérico del juez. Ello ocurre a partir del numeral 2 del artículo 22, según el cual “El tribunal podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las reguladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial”. Luego de ello, destaca la previsión de “medidas de contenido positivo” previa ponderación de la urgencia comprometida y del perjuicio que la medida pudiera causar al demandado, a terceros o al interés público (numeral 3 del artículo 22); hablamos de las medidas innovativas, cuya concesión queda sujeta a una especial valoración. Así también, aparece la “medida de suspensión de la ejecución de un acto administrativo”, con claro carácter conservativo (artículo 25).

Respecto a la contracautela, el código la deja a la discrecionalidad de los juzgadores, cuando su artículo 24 señala que el tribunal fijará el tipo y el monto de la caución que deberá prestar el peticionante “si se hiciera lugar a la medida cautelar”. La contracautela aparece entonces como un requisito de actuación de la medida, no como uno de su procedencia.

En cuanto a la impugnación de las resoluciones cautelares, el literal B del numeral 2 del artículo 55, señala expresamente que procede recurso de apelación contra las resoluciones que decidan sobre medidas cautelares. El código de Buenos Aires no deja espacio para el recurso de casación u otro medio impugnativo.

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, aprobado el 04 de agosto de 1948 y varias veces modificado,²²¹ ofrece a las medidas cautelares similar tratamiento sistemático que el código bonaerense. Dicho instituto figura incluido entre las disposiciones referidas a la demanda y contestación (capítulo I).

A diferencia del código de Buenos Aires, la norma de Jujuy regula la contracautela bajo la forma de fianza, exigiendo su presentación junto al pedido cautelar: ella aparece como un requisito de procedencia de la medida, como se lee del artículo 30 de la norma. El mismo numeral, señala que el pedido cautelar se resuelve previo traslado a la otra parte.

Una peculiaridad del código de Jujuy es la limitación a las facultades cautelares de los jueces que prevé en su artículo 32. Según la norma, no podrá suspenderse el cumplimiento de decisiones administrativas y judiciales en que se ordene: 1. La percepción de contribuciones fiscales, 2. La demolición de construcciones ruinosas o insalubres, y 3. La destrucción de cosas igualmente peligrosas para la moralidad e higiene públicas. Se trata de la protección de determinados intereses públicos que, en los dos últimos casos, deben estar avalados por un dictamen técnico administrativo autorizado (sustento técnico del interés público), caso contrario la decisión administrativa no tendrá fuerza ejecutoria.

CAPITULO 28. LEGISLACION COSTARRICENSE

La Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966, llamada Ley Reguladora de la Jurisdicción

²²¹ http://www.jujuy.govar/hacienda/legislacion_prov/leyes/codigo%20de%lo%contencioso%20.

Contencioso Administrativa, vigente luego de varias modificaciones, también regula el instituto cautelar en su interior, bajo el nombre de “suspensión del acto o de la disposición impugnados”. Dicha ley no compromete tal regulación con la pretensión, con la sentencia, ni la formula como una clase especial de proceso; por el contrario, otorga a las medidas cautelares una sistemática distinta al considerarlas entre las disposiciones comunes a toda la ley (sección primera del capítulo quinto).²²²

El legislador impuso a las medidas cautelares un carácter excepcional, al señalar como único presupuesto de su concesión que “la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” (numeral 2 del artículo 91). Su tramitación, por regla general, se realiza con traslado a la administración demandada (numeral 2 del artículo 92), lo cual puede omitirse en casos especialísimos (numeral 4 del artículo 92).

Respecto a la caución, ella es regulada como un requisito de actuación de la medida cautelar otorgada, la cual será fijada en monto suficiente por el tribunal, siempre que “pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero” (numeral 1 del artículo 93). La norma sólo considera tres formas posibles de caución: depósito en efectivo, valores públicos o aval bancario. No se menciona a nuestra caución juratoria.

En cuanto a los medios de impugnación disponibles contra las resoluciones cautelares, todo recurso se rige por la legislación procesal civil del país (artículo 70), sin embargo la apelación es el recurso por excelencia (artículo 71 y siguientes). El recurso de casación, si bien está regulado, queda consagrado contra las sentencias (conforme lo advierte el artículo 74 del código).

CAPITULO 29. LEGISLACION COLOMBIANA

En Colombia existió un primer Código Contencioso-Administrativo que fuera aprobado mediante Ley 167 del año 1941. Dicha norma, fue derogada por el actual código del mismo nombre, vigente desde el 01 de marzo de 1984 y modificado ya en varias ocasiones.²²³

La estructura del actual Código Contencioso-Administrativo colombiano es sin duda peculiar. Se compone de cinco libros, el primero de los cuales regula el procedimiento administrativo. Se trata entonces de un cuerpo legal que regula en forma integral las relaciones de administrados y administración, tanto ante esta última como ante el Poder Judicial.

Dentro del libro IV, encontramos al título XVII, denominado “De la suspensión provisional”. La medida suspensiva debe ser solicitada y sustentada expresamente en la demanda o en escrito separado antes de que ella sea admitida. En caso la acción sea una de nulidad, bastará con que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas en el pedido cautelar, comprobada por confrontación directa o por documento

²²² Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966 (<http://www.cesdepu.com/nbdp/lrjca.htm>).

²²³ Código Contencioso - Administrativo colombiano de 1984 (<http://www.leyesnet.com/Classic/Codigos3.asp?NombreID=4&CodigoID=>).

público. Cuando la acción sea distinta a la de nulidad, además se deberá demostrar el perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al actor (artículo 152).

El artículo 158 del código postula una importante prohibición, aplicable por igual frente a los actos anulados (en sentencia) o suspendidos (mediante medida cautelar). Según la norma, "Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

TITULO VIII: ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

CAPITULO 30. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Presentamos a continuación cuatro autos, expedidos entre los años 2002 y 2004 por el Tribunal Supremo de España -exactamente por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo-, resolviendo demandas cautelares de suspensión de diversas actuaciones administrativas.

PRIMER CASO: ²²⁴

Recurso N° 143-2002 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo -Tribunal Supremo).

Demandante: Pascual Martín Villa.

Demandado: Consejo General del Poder Judicial.

Materia: Proceso contencioso-administrativo (suspensión de ejecución).

Fecha: 05 de noviembre de 2002.

SUMILLA: La ejecutoriedad de una decisión administrativa sólo puede suspenderse en caso de daños irreversibles, debido a encontrarse sustentada en el interés general.

Se trata de un caso en el cual el demandante, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, solicitó se suspenda el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 05 de junio de 2002, por el cual se le imponía la sanción de suspensión en sus funciones por el plazo de siete meses, por la causal de retraso injustificado y reiterado en la resolución de procesos, prevista como falta muy grave en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El sustento central del pedido de suspensión era que, según el artículo 130 de la LJCA, la valoración de los intereses en conflicto apuntaría en favor a la concesión de la suspensión peticionada. Frente a ello, la Sala señaló que en el caso existía un interés

²²⁴ <http://poderjudicial.es/tribunalsupremo/jurisprudencia/xml/viewXMLFile.asp?version=180>

general, consistente en la restauración de los valores y principios que guían el buen funcionamiento de las instituciones judiciales, el cual reclama la ejecutividad del acuerdo sancionador.

Tal ejecutividad, sin embargo, podría suspenderse si de ella se derivasen daños irreversibles para el sujeto que demanda tutela cautelar, situación que para la Sala no se verificó en el caso, por cuanto siempre quedaba a salvo el derecho a demandar una indemnización económica por el perjuicio causado.

En ese sentido, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la suspensión solicitada.

SEGUNDO CASO:²²⁵

Recurso N° 174-2002 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo -Tribunal Supremo).

Demandante: Boliden Arpisa S.L.

Demandado: Consejo de Ministros.

Materia: Proceso contencioso-administrativo (suspensión de ejecución).

Fecha: 13 de noviembre de 2002.

SUMILLA: Si bien la justicia cautelar forma parte de la tutela judicial efectiva, sólo una especial urgencia puede justificar la adopción de la medida provisionalísima prevista en el artículo 135 de la LJCA.

En este caso, Boliden Arpisa S.L. petitionó la suspensión del acuerdo de Consejo de Ministros del día 02 de agosto de 2002, que en un procedimiento iniciado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, le impuso una sanción pecuniaria y la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico por otro monto. Enmarcó su pedido dentro del artículo 135 de la LJCA que norma la llamada "medida provisionalísima" (sin oír a la contraparte).

La Sala, valorando la tendencia jurisprudencial recogida en la exposición de motivos de la LJCA, señaló que la justicia cautelar constituye una parte de la tutela judicial efectiva, razón por la cual las medidas a través de las cuales ella se manifiesta no deben verse como una excepción sino como una facultad del órgano judicial. Sin embargo, en el caso de la medida solicitada, el propio artículo 135 indica que ella podrá ser concedida sólo si se presentan circunstancias de especial urgencia.

En esa línea de pensamiento, no habiéndose acreditado tal urgencia cualificada, la Sala denegó el pedido de suspensión.

TERCER CASO:²²⁶

Recurso N° 98-2004 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo -Tribunal Supremo).

Demandante: Asociación Justicia y Ley.

Demandado: Consejo General del Poder Judicial.

²²⁵ <http://poderjudicial.es/tribunalsupremo/jurisprudencia/xml/viewXMLFile.asp?version=180>.

²²⁶ <http://www.abog.net/linkman/goto.asp?id=265>.

Materia: Proceso contencioso-administrativo (suspensión de ejecución).

Fecha: 26 de mayo de 2004.

SUMILLA: La concesión de una medida cautelar con análisis de la cuestión de fondo del proceso principal, si bien ampara el derecho a una tutela judicial efectiva, vulnera el derecho al proceso con las garantías de contradicción y prueba.

La demandante, una asociación civil, solicitó la suspensión de una resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la cual se convocó plazas de Magistrado suplente para el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

En teoría cautelar, siempre se dice que al resolver un pedido cautelar, el órgano jurisdiccional no puede ingresar al análisis de temas de fondo, por ser estos propios del proceso principal. Los motivos que se ofrecen como justificación, siempre se relacionan a las diferentes fines y alcances que tiene la providencia cautelar (instrumental, provisional, etc.) frente a la providencia final o sentencia. La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo postula otra razón.

Para dicho tribunal, una diferencia existente entre el proceso cautelar y el proceso principal es la actuación de pruebas ausente en el primero y presente en el segundo. Eso lleva a que, en el caso que una demanda cautelar sea resuelta con una motivación referida al fondo del proceso principal, es decir, con análisis o reflexiones sobre determinadas pruebas, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso de la parte contra la cual se dirige la decisión cautelar, ya que no se le está dando la oportunidad de ofrecer pruebas ni de contradecir las presentadas por la parte solicitante; actividades propias del proceso principal. Ante dicha situación, corresponde desestimar el pedido cautelar, conducta asumida por la mencionada Sala en el caso comentado.

CUARTO CASO: ²²⁷

Recurso N° 76-2004 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo -Tribunal Supremo).

Demandante: Comunidad Autónoma de La Rioja.

Demandado: El Estado (no se precisa cual de sus dependencias).

Materia: Proceso contencioso-administrativo (suspensión de ejecución).

Fecha: 08 de junio de 2004.

SUMILLA: La formulación de argumentos de fondo y la falta de alegaciones en contrario, determinan la no adopción de la medida provisionalísima prevista en el artículo 135 de la LJCA.

La mencionada Comunidad Autónoma impugnó el Real Decreto 1318/04 de 28 de mayo, por el que se modificó el Real Decreto 827/2003 de 27 de junio, por el que se había establecido el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, dispuesto por la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre, de calidad de la educación. A su vez, solicitó la suspensión de dicha norma.

El pedido cautelar estaba sustentado en la pérdida de la finalidad legítima del

²²⁷ <http://www.abog.net/linkman/goto.asp?id=265>.

recurso, en la apariencia de buen derecho y en la falta de consulta o de audiencia de la Comunidad autónoma.

La Sala, considerando que los argumentos de la parte solicitante afectaban cuestiones de fondo, valoró imposible el otorgamiento de la medida. Ello, por que para un adecuado examen de dicha argumentación, se requeriría contar con las alegaciones de la parte contraria, lo cual es imposible en el trámite de una medida cautelar provisionalísima, regulada en el artículo 135 de la LJCA.

CAPITULO 31. JURISPRUDENCIA ITALIANA

A diferencia de la jurisprudencia española, las resoluciones italianas que comentaremos fueron expedidas por distintos órganos: las dos primeras son obra de la Corte Constitucional italiana, expresadas en juicios de legitimidad constitucional sobre normas reguladoras del instituto cautelar. A diferencia de ello, la tercera y la cuarta resoluciones corresponden a los pronunciamientos de primera y segunda instancia de un mismo proceso cautelar, emitidos por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio y por el Consejo de Estado, respectivamente, sobre un tema de mucho interés: las vías de hecho.

PRIMER CASO:²²⁸

Sentencia N° 294. Año 1984 (Corte Constitucional italiana).

Promotor: Pretores de Palermo y de Roma.

Materia: Juicio de legitimidad constitucional.

Fecha: 14 de diciembre de 1984.

SUMILLA: El empleo abusivo de la tutela cautelar urgente prevista en el artículo 700 del Código Procesal Civil italiano, no significa la ilegitimidad constitucional de dicha norma, requiriéndose solamente la intervención del legislador para restablecer el equilibrio en su uso.

Se trata de la acumulación de los juicios de legitimidad constitucional promovidos contra los artículos 41, 48 y 367 del Código Procesal Civil italiano, por presunta contrariedad con el artículo 24 de la Constitución (que regula los derechos al debido proceso y a la defensa).

La cuestión surgió a propósito del dictado de varios mandatos cautelares urgentes, en aplicación del artículo 700 del mismo código, por los cuales se dispuso el pago provisorio (a trabajadores de la Universidad de Palermo y de la Universidad de Estudios de Roma) de diversos conceptos laborales, pese a que el proceso principal aun no había comenzado por no estar determinada la competencia del Juez que dictó las medidas.

Sobre el tema, la Corte Constitucional apreció la existencia del peligro de un abuso de dicho instituto preventivo, inspirado en fines dilatorios. También observó que dicho empleo excesivo ha alcanzado a los Jueces administrativos, a partir de la presuntamente inadecuada tutela cautelar de urgencia que poseen dichos magistrados.

²²⁸ <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

Al respecto, la Corte precisa que declarar por esa causa la ilegitimidad constitucional de dicha tutela urgente, implicaría un desequilibrio en sentido opuesto. Se hace así referencia a un riesgo mayor, que estaría configurado a partir de la hipotética ausencia normativa de una tutela cautelar urgente.

La Corte termina indicando que, dicho desequilibrio, sólo puede ser solucionado legislativamente. Es decir, que el legislador, a través de normas precisas, puede dotar a los jueces de los instrumentos cautelares más idóneos para proteger las pretensiones que se exigen en los procesos bajo su competencia, dejando a la tutela cautelar urgente sólo los casos revistan dicho carácter, y evitando así su desnaturalización en la práctica.

SEGUNDO CASO: ²²⁹

Ordenanza N° 179. Año 2002 (Corte Constitucional italiana).

Promotor: TAR de Lombardía.

Materia: Juicio de legitimidad constitucional.

Fecha: 05 de noviembre de 2002.

SUMILLA: La posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Estamos ante el juicio de legitimidad constitucional promovido contra el artículo 21 de la *Legge 6 dicembre 1971, n. 1034* (reguladora de los Tribunales administrativos regionales), y contra el artículo 700 del Código Procesal Civil italiano, por supuesta contrariedad a los artículos 3, 243 y 113 de la Constitución.

En cuanto al juicio de legitimidad de la primera norma, la Corte señaló que mediante la Ordenanza n. 536 del 2000, ya había resuelto el mismo tema, en la parte que excluyó la tutela antes del proceso y permitió la aplicación del artículo 700 del Código Procesal Civil italiano por parte de los Jueces administrativos.

Respecto al juicio de legitimidad de la segunda norma indicada, el TAR de Lombardía había señalado que la norma que la ha sustituido, es decir el artículo 3 de la *Legge n. 205 del 2000* (especialmente sus párrafos primero y segundo), ha modificado profundamente el cuadro de la precedente disciplina de mera suspensión de los actos impugnados con la introducción de la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas más idóneas al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión del recurso. Sin embargo, la Corte Constitucional indicó que dicho tema, ya había sido resuelto mediante la sentencia n. 190 de 1985, a través de la cual, si bien no introdujo en el proceso administrativo un procedimiento autónomo de urgencia antes del recurso, si amplió los poderes del Juez administrativo en las controversias patrimoniales en materia de empleo público, incidiendo sólo sobre el contenido de la providencia cautelar, identificable no más con la sola suspensión, sino comprensivo de la medida que aparezca más idónea para asegurar los efectos de la decisión sobre el fondo.

La resolución comentada, lo que hace es consagrar el poder cautelar genérico de los jueces administrativos, consistente en dictar la medida más ajustada a cada caso,

²²⁹ <http://www.abog.net/linkman/goto.asp?id=265>

prescindiendo de la denominación que se pueda o no otorgar a tales medidas (en principio, las medidas serían innominadas).

TERCER CASO:

1ª instancia: TAR Lazio 3402/2004 del 23 de junio del 2004.²³⁰

2ª instancia: Consejo de Estado. Ordenanza n. 3259/2004 del 14 de julio del 2004.²³¹

Demandante: CODACONS y otros.

Demandado: Ministerio de Economía y Finanzas, y otros.

Materia: Suspensión de la emisión de decretos de "*fermo amministrativo*".

SUMILLA: Para que la Administración dicte una medida ejecutiva contra un administrado (un "*fermo amministrativo*"), no basta que ella esté prevista, siendo necesario además que se encuentre reglamentada su aplicación.

El recurso presentado, buscaba la anulación de la nota 66384 del 13 de abril de 2004 emitida por la *Agenzia delle Entrate delle Finanze*, y de la nota de fecha 22 de marzo del 2004 dictada por el concesionario del servicio nacional de cobro de tributos de la Provincia de Roma, en la parte que autorizaban la emisión de decretos de "*fermo amministrativo*", pese a no existir un reglamento de su actuación. Paralelamente, se solicitó la suspensión cautelar de la emisión de dichos decretos.

El 23 de junio del 2004, el TAR de la región del Lazio acogió la demanda de suspensión, sustentándose en que, ante la ausencia de un reglamento actuativo, no emerge con razonable certeza la pretensión creditoria contra la parte solicitante.

El 13 de julio del mismo año, el Consejo de Estado resolvió la apelación presentada contra la resolución del TAR del Lazio, rechazando tal impugnación (confirmando la decisión apelada). El fundamento de la resolución de segunda instancia fue que, la falta del referido reglamento actuativo (exigido por el artículo 86 del DPR del 29 de septiembre de 1973 n. 602, actualizado por el artículo 1 del DGLS n. 193/01) significaba la ausencia de un instrumento de definición de las concretas modalidades de ejercicio del poder a utilizarse frente a la parte peticionante de la suspensión cautelar.

Comentando las dos resoluciones adoptadas en éste caso, podemos decir que, tratándose del ejercicio de una facultad de la administración frente a los administrados, la emisión y ejecución (cobranza) de los decretos de "*fermo amministrativo*", es necesaria la existencia de normas que regulen dicho ejercicio, a fin de que no resulte atentatorio de los derechos del administrado. De lo contrario, la actuación de tales decretos habría constituido un caso de vía de hecho administrativa.

²³⁰ <http://www.lexia.it/sentenze/visual.asp?num=1125>

²³¹ <http://www.lexia.it/sentenze/visual.asp?num=1134>

CONCLUSIONES

El desarrollo tanto legislativo, jurisprudencial y doctrinario de las medidas cautelares en el Proceso contencioso-administrativo, exigen un particular y especial estudio de la materia a partir de tres elementos propios. El primero es la gran diferencia existente entre las distintas pretensiones posibles en dicho proceso, frente a la antecedente realidad legislativa en la cual sólo se podía formular pretensiones contra actos administrativos. El segundo es el reconocimiento expreso de dos requisitos para el otorgamiento de una medida: la adecuación (con un primer momento a cargo del solicitante, y un segundo en manos del juzgador) y la ponderación entre el derecho para el cual se reclama tutela y el interés público. El tercero, es la regulación expresa del principio de suplencia de oficio, que obliga a repensar por completo el tratamiento de los vicios procesales en materia cautelar.

A partir de tales ideas, del análisis de las resoluciones de nuestra Corte Suprema, del aporte de la legislación y jurisprudencia extranjera, así como de las reflexiones de la reciente doctrina, pasamos a formular nuestras conclusiones.

PRIMERA CONCLUSION:

El texto del capítulo VI de la Ley N° 27584, contiene algunas imprecisiones y aspectos que provocan problemas al momento de su interpretación por los órganos jurisdiccionales.

Encontramos tales imprecisiones: 1. En la no regulación expresa de la contracautela, lo cual obliga a la aplicación complementaria del Código Procesal Civil, es decir, a su

exigencia como requisito de admisibilidad; 2. En la regulación de las medidas de innovar y de no innovar como “especialmente procedentes”; 3. En la tutela cautelar global que se postula para todas las pretensiones posibles dentro de los procesos contencioso-administrativos, sin advertir las diferencias entre ellas; y 4. En la no regulación de otros importantes aspectos, relacionados al tema cautelar, que permitirían desarrollarlo en materia contencioso-administrativa, como son el de la pertinencia o no del recurso de casación y el de la aplicación de los principios de la nulidad procesal.

SEGUNDA CONCLUSION:

El tratamiento jurisdiccional del instituto de las medidas cautelares, efectivamente, ofrece dudas y contradicciones en muchos de los procesos cautelares resueltos, lo cual surge como consecuencia de un impreciso texto legal y de un deficiente conocimiento de la teoría de las medidas cautelares en su aplicación al proceso contencioso-administrativo.

TERCERA CONCLUSION:

Las pretensiones reguladas en los cuatro incisos del artículo 5 de la Ley N° 27584, comprometen distintos conceptos, tienen diferentes contenidos y, en general, poseen características disímiles. Ello, alcanza a la tutela cautelar que se debe dispensar a tales pretensiones, presentando a la medida cautelar genérica como aquella con carácter más comprensivo frente a tales diferencias.

Lo anterior, no resulta aplicable a las pretensiones contra actuaciones materiales contrarias a derecho (“vías de hecho”), las cuales por su naturaleza especialísima, se resisten a recibir una tutela procesal de tipo cognoscitiva o cautelar. Para esos casos, la forma más idónea de brindar tutela procesal es mediante la aplicación del especial proceso urgente conocido en doctrina como “medida autosatisfactiva”.

CUARTA CONCLUSION:

La contracautela no debe ser regulada como un requisito de admisibilidad del pedido cautelar ni como un presupuesto para su otorgamiento. Se trata, en realidad, de un requisito para la actuación de la medida cautelar dispuesta, que sirve para garantizar que dicha actuación no cause daños a la parte que debe soportar la carga de la misma. Es ese el sentido con el que ha sido regulada en España, Italia, Costa Rica y en la Provincia de Buenos Aires.

Dicho requisito, se hace necesario sólo cuando sea posible la generación de tales daños. Por ello, la exigencia de una contracautela debe quedar bajo el criterio de los órganos jurisdiccionales en cada caso concreto.

QUINTA CONCLUSION:

Conforme al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución), al principio de suplencia de oficio (numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 27584) y al principio de trascendencia de las nulidades (segunda parte del primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil), en las medidas cautelares de los procesos contencioso-administrativos no debe ordenarse al órgano de primera instancia la renovación del acto viciado de nulidad (artículo 177 del Código Procesal Civil).

Ello, apunta a preferir el logro de los fines de la tutela cautelar en los procesos cautelares cuya tramitación de primera instancia presente algún vicio de nulidad. Para lograr ese fin, son dos las tareas a cumplir: primero, la aplicación del principio de suplencia en dicha instancia (de oficio y recurriendo a la parte que demanda tutela cautelar cuando sea necesario) bajo responsabilidad del magistrado; y segundo, la priorización por el órgano jurisdiccional de segunda instancia de la emisión de una decisión sobre el pedido cautelar, por encima de los vicios formales que se aprecien en la intervención del órgano de primera instancia, sin perjuicio de la investigación y sanción de cualquier responsabilidad funcional del o los magistrados que conformen el órgano jurisdiccional a-quo.

SEXTA CONCLUSION:

Contra las resoluciones que en segunda instancia otorgan o deniegan medidas cautelares, no procede el recurso de casación. Jurídicamente, ello es así ya que dichas resoluciones no adquieren la calidad de cosa juzgada, primero, por no contener un pronunciamiento sobre el fondo del proceso (principal), y segundo, por su esencial instrumentalidad, provisoriedad y variabilidad. Tal posición, es asumida por las legislaciones italiana, bonaerense y costarricense.

Junto a las razones jurídicas antes expuestas, existe otra de carácter práctico, también contraria a la aceptación de dicho recurso contra las resoluciones cautelares. Según ella, admitir tal posibilidad, significaría prolongar en demasía los cada vez más prolongados procesos cautelares, en contra de los fines que sustentan a las medidas cautelares.

RECOMENDACIONES

PRIMERA RECOMENDACION:

Replantear toda la regulación del tema cautelar en la Ley N° 27584, reguladora del proceso contencioso-administrativo (artículos 35, 36 y 37), proponiendo un texto sustitutorio. Ello, obliga a realizar inclusiones y modificaciones en algunas otras partes de la mencionada ley, concretamente en el Capítulo IV (“Desarrollo del proceso”) tocando el tema de las nulidades, dentro del Subcapítulo II (“Vía procedimental”) del mismo Capítulo IV, regulando los casos en que se pretenda la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material de la administración, y en el Capítulo V de la Ley N° 27584 (“Medios impugnatorios”), específicamente al final del numeral 3.2 del artículo 32 (referido al recurso de casación).

SEGUNDA RECOMENDACION:

Diseño de una base de datos de las resoluciones expedidas por las Salas de la Corte Suprema de la República en el trámite de las medidas cautelares de los procesos contencioso-administrativos, a fin de proveer a los distintos órganos jurisdiccionales información cierta y actualizada que les permitan un mejor y más coherente desenvolvimiento funcional ante dicha materia.

TERCERA RECOMENDACION:

El aumento de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer procesos contencioso-administrativos (y sus medidas cautelares) y sobretudo la verdadera especialización de los jueces a su cargo y del personal bajo su dirección. El aporte de la

cantidad siempre será menor si paralelamente no se potencia la calidad.

CUARTA RECOMENDACION:

La creación en las Facultades de Derecho de una cátedra de Derecho procesal administrativo, como una nueva especialidad dentro del Derecho procesal civil.

QUINTA RECOMENDACION:

Las Facultades de Derecho y las instituciones públicas cuyas competencias se relacionen a los procesos contencioso-administrativos deben fomentar dentro de su organización la realización de investigaciones sobre las diferentes instituciones que toman parte en dicho proceso, convocando para dicho fin a especialistas e investigadores externos.

PROYECTO DE LEY

EXPOSICION DE MOTIVOS:

1. ESTADO ACTUAL DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

La ley N° 27584, reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, dedica a las medidas cautelares el íntegro de su Capítulo VI. Los tres artículos que lo componen, desarrollan aspectos específicos del instituto en la mencionada ley, dejando su regulación complementaria al Código Procesal Civil.

El artículo 35 de la ley, norma la oportunidad en la cual puede ser dictada una medida cautelar, y refiere la aplicación del mencionado código.

El artículo 36 presenta los requisitos que deben reunirse para que se dicte una medida cautelar. Ellos son tres: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, y que la medida solicitada sea adecuada. Sobre la verosimilitud, la norma indica que los fundamentos expuestos en el pedido cautelar deben ponderarse con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo. Sin duda la valoración del juicio cautelar como uno de tipo ponderativo es positiva e ilustrativa, sin embargo, queda claro que el legislador olvidó considerar las otras actuaciones administrativas impugnables mediante el proceso contencioso-administrativo. En cuanto a la adecuación, introducida por la ley de manera expresa, la norma señala que se trata de una exigencia que se formula a la parte solicitante, que puede luego ser subsanada por el juzgador si decide otorgar una medida cautelar distinta a la peticionada.

Se advierte que la norma no menciona a la contracautela, motivo por el cual aplicando complementariamente el Código Procesal Civil, estaríamos ante un requisito de admisibilidad de la solicitud cautelar. Cabe señalar que dicho carácter está siendo cuestionado seriamente por la reciente doctrina, que ve en la contracautela un requisito para la ejecución de la medida o -para diferenciarla de los procesos de ejecución- como una exigencia para su actuación.

El artículo 37 señala que las medidas de innovar y de no innovar son especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo. Por un lado, el empleo de la palabra "procedencia" resulta ambiguo, ya que puede referirse al origen de las medidas o a su capacidad para merituar un pronunciamiento sobre la concesión o no concesión de la medida (superando aspectos formales). Debemos entender que el legislador quiso hablar de la especial idoneidad de ambas medida en dicho proceso.

2. ESTADO ACTUAL DE LA APLICACION JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Revisadas diversas ejecutorias supremas expedidas durante los años 2002, 2003 y 2004, se observa que el manejo jurisdiccional de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo adolece de serias deficiencias y contradicciones.

Un primer aspecto es el de la consideración como "especialmente procedentes" que hace la ley respecto a las medidas innovativas y de no innovar. Dicha valoración legislativa se encuentra completamente divorciada de la práctica judicial, en la cual se expiden resoluciones cautelares suspendiendo los efectos de actos administrativos, a las cuales se denomina como medidas innovativas, de no innovar, genéricas e, incluso, como medidas indeterminadas al no indicarse una modalidad en concreto.

Un segundo aspecto es el relacionado a la naturaleza jurídica de la contracautela. Como dijimos, al no ser regulada por la ley N° 27584, la contracautela debería ser exigida como un requisito de admisibilidad del pedido cautelar, conforme al Código Procesal Civil. Sin embargo, la Corte Suprema en algunos casos la considera así, en otros la vé como un requisito imprescindible para la concesión de la medida, y finalmente, también la considera como un requisito para la ejecución de la medida otorgada.

Un tercer problema que brota de las ejecutorias supremas, es el del incremento de la duración de los procesos cautelares. Si bien no se ha contado con la fecha de presentación de los pedidos cautelares analizados, si se puede advertir tal incremento tomando en consideración las fecha de expedición de las resoluciones de primera y segunda instancias. En esa forma, se puede apreciar la cada año mayor prolongación de los procesos cautelares.

3. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS AL TEMA.

También del estudio antes referido de las ejecutorias supremas, brota una indebida aplicación del instituto de la nulidad en los procesos cautelares. El empleo de la nulidad en su tradicional aplicación consistente en el mandato al inferior jerárquico de dictar nueva resolución viene manifestándose contrario a los fines del instituto cautelar, debido a que causa su indebida prolongación.

Por otro lado, al señalar la ley contra cuales resoluciones procede el recurso de casación, no excluye ni incluye expresamente a aquellos autos de tipo cautelar, los cuales podrían verse incluidos a partir de algunas razones, como por ejemplo la autonomía del proceso cautelar; así como también excluidos debido a su carácter instrumental, provisorio y variable, que no hermana con la calidad de cosa juzgada que se atribuye a las resoluciones en casación. Como se aprecia, resulta pertinente que el legislador asuma una posición ante tal debate.

IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL:

El presente proyecto de ley, implica la modificación de todo el tratamiento de las medidas cautelares realizado en la ley 27584, es decir, la modificación de todo el Capítulo VI de la ley (artículos 35, 36 y 37). Así también, a fin de implementar correctamente la nueva regulación del proceso cautelar, se torna necesario insertar tres normas en el Capítulo IV (tocando el tema de las nulidades), dentro del Subcapítulo II del mismo Capítulo IV (regulando los casos en que se pretenda la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material de la administración), y en el Capítulo V, específicamente al final del numeral 3.2 del artículo 32 (referido al recurso de casación).

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO:

Las modificaciones legislativas que se postulan, no irrogan gasto alguno al Poder Judicial, ni comprometen a futuro el presupuesto de dicha institución. La implementación y aplicación de las variantes propuestas, sin embargo, requerirán de una prudente capacitación de los magistrados y personal a su cargo involucrado con la aplicación de la ley 27584. Ello, si bien es cierto compromete algunos recursos, no son más de los permanente necesarios en la tarea de capacitación de los magistrados a cargo de la Academia de la Magistratura, y del personal jurisdiccional a cargo del Poder Judicial.

TEXTO DEL PROYECTO:

“ Artículo 35 :

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia del proceso principal y de la decisión definitiva a adoptarse en él.

En salvaguarda de los fines antes indicados, el órgano jurisdiccional puede dictar la medida cautelar que considere pertinente, con los efectos más idóneos frente a la pretensión materia del proceso para el cual se demanda tutela cautelar, como son la suspensión de efectos de actuaciones administrativas, la orden de cesación de actividades, la adopción de comportamientos positivos y cualquier otra que contribuya a un mejor logro de los fines mencionados.

Artículo 36 :

Son requisitos para el otorgamiento de una demanda cautelar:

1.-Que de los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad que se encuentra a la base de las diversas actuaciones administrativas, sin que esto último impida al órgano

jurisdiccional conceder la medida cautelar solicitada.

2.-Que de los fundamentos expuestos por el demandante, se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso.

3.-Que la medida cautelar solicitada resulte adecuada frente a la pretensión materia del proceso para el cual se demanda tutela cautelar. El órgano jurisdiccional puede precisar la medida solicitada, así como variarla en caso concurran los requisitos de los dos anteriores numerales.

Artículo 37 :

Cuando se cumplan los requisitos del artículo anterior, antes de otorgar una medida cautelar, el órgano jurisdiccional deberá evaluar si la actuación de la misma puede o no generar daños en la persona, derechos y/o bienes de la parte contra la cual se dirige la medida o de terceros. En caso verificarse tal posibilidad, deberá exigir a la parte demandante, como requisito previo a la actuación de la medida, la constitución de una contracautela idónea y suficiente para resarcir los posibles daños.”

(Dentro del Capítulo IV de la Ley N° 27584):

“ Artículo 23-A :

Son aplicables a las nulidades que se pudiesen presentar dentro de un proceso contencioso-administrativo, las reglas previstas en el Título VI de la Sección Tercera del Libro Primero del Código Procesal Civil.

En el caso de procesos cautelares, el órgano jurisdiccional de primera instancia deberá suplir de oficio o con el concurso de la parte demandante cualquier vicio de nulidad en la demanda cautelar, conforme al numeral 4 del artículo 2 de la ley, bajo responsabilidad funcional. El órgano jurisdiccional de segunda instancia no podrá declarar la nulidad de la resolución cautelar ni ordenar su renovación por parte del inferior jerárquico, debiendo pronunciarse sobre el pedido cautelar, sin perjuicio de comunicar al órgano de control respectivo cualquier infracción cometida por su inferior a esta norma.”

(Dentro del Subcapítulo II del Capítulo IV de la Ley N° 27584):

“ Artículo 24-A :

Cuando se pretenda la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material de la administración, el órgano jurisdiccional resolverá en el día por el sólo mérito de la demanda y los medios probatorios anexados a ella.

En caso declare fundada la demanda, declarará la contrariedad a derecho de la actuación material cuestionada, ordenando el inmediato cese de la misma y disponiendo las medidas apropiadas para ese fin. En ese caso, notificará la demanda y la resolución dictada a la parte demandada, la cual podrá contestarla dentro del plazo de tres días, indicando expresamente cual es el fundamento jurídico de la actuación material cuestionada.

Producida la contestación, el órgano jurisdiccional resuelve dentro de los tres días siguientes. Procede recurso de apelación dentro del plazo de tres (03) días de notificada la decisión, concediéndose sólo sin efecto suspensivo. Concedido el recurso, se eleva el

expediente en el día, bajo responsabilidad.

El órgano jurisdiccional de segunda instancia resolverá dentro de los tres (03) días de recibido el expediente. No procede interponer recurso de casación contra la resolución que se expida.”

(Dentro del Capítulo V de la Ley N° 27584, se debe agregar al final del numeral 3.2 del artículo 32 el texto en letra cursiva):

“Artículo 32: Recursos.

En el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos:

(...).

3. El recurso de casación contra las siguientes resoluciones:

(...).

3.2 Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso. *No se consideran como tales a las resoluciones expedidas en los procesos cautelares.”*

BIBLIOGRAFÍA:

- BARBER, Sortirios A. Sobre el significado de la Constitución de los EE.UU. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- BARTRA CAVERO, José. Procedimiento administrativo. Editorial Huallaga, 6ª. Edición, Lima, 2002.
- BREWER-CARIAS, Allan R. Principios del procedimiento administrativo en América latina. LEGIS S.A., Bogotá, 2003.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. ARA Editores, Lima, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina, trad. Santiago Sentís M. Buenos Aires, 1945.
- DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Ciudad argentina, 7ª edición, Buenos Aires, 1998.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Huallaga editorial, 3ª edición, Lima, 2001.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, Miguel y otros (Coords.). Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Iurgium editores y Atelier editorial S.L., Barcelona, 2000, T. III.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Civitas ediciones, Madrid, 1999, 2 T.

- GARCIA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, Lima, 1998, T. II.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, Vol. I (Parte General).
- IBERICO RODRIGUEZ, Mariano. Principios de lógica jurídica. UNMSM, Lima, 1946.
- MARTEL CHANG, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra editores, Lima, 2003.
- MIRANDA ALCANTARA, Manuel. Derecho procesal empresarial, Librería y ediciones jurídicas, Lima, 2004.
- MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Editorial Temis S.A.- Estudio De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- MONROY PALACIOS, Juan. Bases para la formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima, 2002.
- MONROY PALACIOS, Juan. La tutela procesal de los derechos. Palestra editores, Lima, 2004.
- MORELLO, Augusto. La justicia, de frente a la realidad. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2002.
- MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001.
- PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo. ARA editores, Lima, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa S.A., 6ª edición, México, 1981.
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, T. 5.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al derecho. Palestra editores, Lima, 1999.

ARTÍCULOS DE REVISTAS:

- BAÑO LEON, José. "Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa". En: Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 255-275.
- CARRION LUGO, Jorge. "La casación en el Código procesal civil". En: Revista de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima, 1993, Vol. 50, pp. 71-88.
- CHINCHILLA, Carmen. "Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa". En: Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 15-65.

- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la administración". En: *Ius et veritas*, Lima, año VII, N° 13, 1996, pp. 225-229.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general". En: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general (AA.VV.)*, ARA editores, Lima, 2001, pp. 37-78.
- DE LOS SANTOS, Mabel. "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 1998, N° III, pp. 71-78.
- DE LOS SANTOS, Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2001, N° IV, pp. 75-86.
- GOZAINI, Osvaldo. "La ejecución provisional en el proceso civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 1998, N° III, pp. 81-97.
- HITTERS, Juan. "La casación civil en el Perú". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, 1998, N° II, pp. 423-441.
- JIMENEZ VIVAS, Javier. "Significado y empleo de la expresión contencioso-administrativo". En: *Actualidad jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., Tomo 137, abril 2005, pp. 195-198.
- LOPEZ MENUDO, Francisco. "Medidas cautelares, interdictos y vías de hecho". En: *Medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa (AA.VV.)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 109-142.
- MARINONI, Luiz. "Tutela anticipatoria". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2001, N° IV, pp. 137-142.
- MONROY GALVEZ, Juan. "Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, 1997, N° I, pp. 13-47.
- MORALES CORRALES, Pedro. "Nulidad del acto jurídico administrativo". En: *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Lima, 1996, N° 50, pp. 257-270.
- PEYRANO, Jorge. "Sobre usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa." En: *Derecho Procesal*, libro de ponencias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2005, pp. 247-255.
- PEYRANO, Jorge. "El magistrado no es un empleado público". En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial "El Peruano"*, año 2, N° 52, martes 28-06-2005, pp. 6-7.
- RAFFO, Mauricio. "Las medidas cautelares en los servicios públicos. Hay que cautelar a la cautelar." En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., N° 74, año 10, noviembre 2004, pp. 25-29.
- RIVAS, Adolfo. "Decisiones anticipatorias". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, N° II, pp. 539-557.
- ROJAS LEO, Juan. "¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? En: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general (AA.VV.)*. ARA editores, Lima, 2001, pp. 115-173.
- TARZIA, Giuseppe. "La tutela cautelar". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*,

Lima, N° IV, pp. 287-293.

YAYA ZUMAETA, Ulises. "La caución (contracautela): ¿Requisito de concesión o de ejecución de las medidas cautelares?". En: Derecho Procesal, libro de ponencias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2005, pp. 379-387.

WONG ABAD, Julio. "Acción de cumplimiento e inactividad formal de la administración". En: Cuadernos jurisprudenciales. Gaceta jurídica, año 4, N° 40, octubre 2004, pp. 03-14.

ARTÍCULOS EN INTERNET:

CLARICH, Marcello. "Introduzione al commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205 di riforma del processo amministrativo" - (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/clarich.htm).

GALLO, Carlo. Novità e prospettive nelle disciplina della legge n. 205 del 2000 (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/gallo.htm).

GARCIA ETCHEGOYEN, Marcos. "La vía de hecho en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa". Revista electrónica de Derecho administrativo, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2001, N° 1. - (<http://www.filosofiyderecho.com/edea/2001/numero1/via.htm>).

LIETO, Giovanni di. "Tutela cautelare degli interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto: i confini tra processo e procedimento" - (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/dilieto.htm).

PITTALIS, Gualtiero. "Natura e presupposti dell'azione cautelare" - (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/convegno.htm).

TESIS:

GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. Cautela y contracautela en el proceso civil. Tesis (Mg.), mención en Derecho Civil y Comercial. UNMSM, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Post Grado, 2000, 196 h.

NORMAS JURÍDICAS:

-
- Codice di Procedura Civile (Italia). - (<http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004.htm>).
- Código Contencioso Administrativo (Colombia). - (<http://www.leyesnet.com/Classic/Codigos3.asp?NombreCodigoID>).
- Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy (Argentina). - (http://www.jujuy.gov.ar/hacienda/legislacion_prov/leyes/codigo%20de%20lo%20contencioso%20).
- Código Procesal Civil (Perú). Editorial Rhodas, 6ª edición, Lima, 1998.
- Código Procesal Civil y Comercial (Argentina). - (<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley17454.htm#5>)
- Constitución de los Estados Unidos de América (The Constitution of the United States of America in various foreign languages: Spanish). Washington D.C.: Law Library, Library of Congress, 1993.
- Constitución Española. (http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1_cap_3.htm).
- Constitución Política del Perú. Ministerio de Justicia. Edición oficial, Lima, 1999.
- Costituzione della Repubblica Italiana. - (<http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>).
- Legge 21 luglio 2000, N. 205. Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa. - (<http://www.amministrativo.it/giustiziaamministrativa.asp>).
- Legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Istituzione dei tribunali amministrativi regionali (TAR). - (http://www.edscuola.it/archivio/no_rme/leggi/l1034_71.html).
- Ley 01/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (España). - (<http://www.sc.ehu.es/dpwl/naa/legislacion/LEC%201-2000/LEC.doc>).
- Ley 12.008. Código del Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). - (<http://www.gob.gba.bov.ar/legislacion/legislacion/l-12008.html>).
- Ley 29/1998 de 13 de Julio. Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Suplemento al Boletín de Información N° 1833 del 15 de noviembre de 1998, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, pp. 30-95.
- Ley del Procedimiento Administrativo General (Perú). Ley N° 27444, Diario Oficial "El Peruano", Lima, 11 de abril de 2001 (Separata especial).
- Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Perú). Ley N° 27584, Diario Oficial "El Peruano", Lima, 07 de diciembre de 2001.
- Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966, Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Costa Rica). Centro de estudios superiores de Derecho Público. - (<http://www.cesdepu.com/nbdp/lrjca.htm>).
- Selección de legislación española. - (<http://www.jurisweb.com/legislacion/index.htm>).

JURISPRUDENCIA:

LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Jurisprudencia actual. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001, T. III y IV.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana - (<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español - (<http://www.boe.es/tc>).

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. - (<http://tc.go.pe/jurisprudencia/>).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. - (<http://poderjudicial.es/tribunalsupremo/jurisprudencia/>)

Jurisprudencia italiana. - (<http://www.abog.net/linkman/goto.asp?id=265>) - (<http://www.lexia.it/sentenze/visual.asp?num=1125>) - (<http://www.lexia.it/sentenze/visual.asp?num=1134>)

OTROS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN:

Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley N° 1072/2001-CR, que regula el proceso contencioso administrativo, Archivo General del Congreso de la República.

Exposición de motivos de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Suplemento al Boletín de Información N° 1833 del 15 de noviembre de 1998, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, pp. 17-30.

Exposición de motivos Proyecto de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo. Diario Oficial "El Peruano", Lima, 05 de julio del 2001, separata especial, pp. 2-10.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe S.A., vigésima segunda edición, Madrid, 2001, T. I.

ANEXO

JURISPRUDENCIA NACIONAL ANALIZADA EN EL TITULO VI

TEMA: CONTRACAUTELA (CAPITULO 21)

CASO N° 1:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

Apelación N° 118-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, veintiocho de agosto del dos mil tres.-

VISTOS, y CONSIDERANDO: Primero: Que, es materia de apelación la resolución que en copia certificada correa a fojas ciento cincuentitrés, en el extremo que dispone previamente que la solicitante cumpla con mejorar la contracautela personal ofrecida en forma de caución juratoria pro una contracautela personal en forma de carta fianza por la suma de seis millones seiscientos ochentiu mil nuevos soles; y cumplido que sea dicho mandato, ofíciase a la Autoridad Administrativa correspondiente a fin de que de cumplimiento con la medida cautelar concedida; Segundo: Que, la apelante PROPLAST BARRERA Sociedad Anónima Cerrada alega como argumentos de su recurso lo siguiente: a) que la contracautela personal en forma de carta fianza por la suma de seis millones seiscientos ochentiu mil nuevos soles, como condición previa para oficiar a la SUNAT, resulta improcedente o antijurídica, por cuanto además de ser excesiva,

constituye un requisito que el Código Tributario anteriormente exigía, el mismo que ha sido derogado por la Ley número veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; b) que, inicialmente, la SUNAT pretendió el cobro de la suma de seis millones seiscientos ochentium mil nuevos soles, mediante Resolución Coactiva número cero veintiuno – cero sesentium cuarenta y ocho doscientos veintinueve; sin embargo, en aplicación de la Ley número veintisiete mil seiscientos ochentium y el Decreto Supremo Número ceso sesenta y cuatro – dos mil dos – EF, se rectifican tanto el Jefe de Control de la Deuda PRICO de la SUNAT, así como el Ejecutor Coactivo, mediante Resolución de Cobranza número cero veintiuno cero siete cero cuarenta y nueve ciento cuarenta y ocho, del treinta de octubre del dos mil dos, la cual determina como deuda actualizada, materia de cobranza coactiva, la suma de dos millones ciento noventium mil ochocientos trentiséis nuevos soles; c) señala que la nueva Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es una ley especial que tiene su propia regulación como es el caso del artículo treintiséis, referido a medidas cautelares, donde no se encuentra prevista como requisito de medidas precautorias la contracautela juratoria; Tercero: Que, si bien es cierto el Código Tributario en su artículo ciento cincuenta y ocho exigía la presentación de una carta fianza, debe entenderse que era como un requisito para la admisión de la demanda; sin embargo, dichos artículos fueron derogados por la citada Ley número veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, aplicable al presente caso por razón de temporalidad; Cuarto: Que, asimismo, la mencionada Ley, establece en su artículo treintiséis los requisitos para la concesión de medida cautelar en los procesos contenciosos administrativos, no apareciendo regulada la figura de la contracautela; sin embargo, el artículo treinticinco de la Ley en mención faculta la aplicación supletoria del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la Ley; Quinto: Que para tal efecto, el artículo seiscientos trece primer párrafo del Código Procesal Civil, regula la contracautela, la misma que puede ser definida como aquella figura procesal que constituye un presupuesto de admisibilidad de un a medida cautelar, destinada a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre la ejecución cautelar, haciéndose efectivo sólo cuando el derecho que sustente la pretensión del cautelado sea desestimada; Sexto: Que, asimismo, el tercer párrafo del artículo seiscientos trece del acotado Código, establece que la contracautela puede ser de naturaleza real (hipoteca, prenda, etc.) o de naturaleza personal (fianza o caución juratoria); Sétimo: Que, en el presente caso, se aprecia que la recurrente ofreció como contracautela la caución juratoria hasta por la suma de siete millones de nuevos soles; sin embargo, la Sala Superior modifica la citada contracautela por una en forma de fianza hasta por la suma de seis millones seiscientos ochentium mil nuevos soles; Octavo: Que, sin embargo, estando a los documentos anexados en copias certificadas corriente a fojas ciento cincuentisiete a ciento cincuentinueve, consistentes en la esquila y resolución de cobranza coactiva, respectivamente, se advierte que la propia Administración Tributaria estableció como deuda actualizada a cargo de la recurrente la suma de dos millones ciento noventa y uno mil ochocientos trentiséis nuevos soles; Noveno: Que, en tal sentido, estando a la naturaleza de la contracautela, que sirve para asegurar la indemnización que pudiera sufrir el afectado en el caso que sea desestimada la pretensión del cautelado, siendo que en el caso de autos, si dicha pretensión es desamparada devendría la ejecución coactiva contra la apelante hasta por la suma de

dos mil millones ciento noventa y uno mil ochocientos trentiséis nuevos soles; consecuentemente, se advierte que la Sala Superior ha incurrido en exceso al aplicar su facultad discrecional para regular la contracautela; Décimo: Que, en tales linderos de razonabilidad, de acuerdo a lo que se reclama como contracautela, resultan aplicables al presente caso lo dispuesto por los artículos mil ochocientos sesenta y ocho del Código Civil y seiscientos trece –segundo párrafo- del Código Procesal Civil, a cuyo efecto el Juez calificará la garantía que se otorgue, que resulta suficiente para respaldar los extremos patrimoniales que se controvierten en el presente caso, pudiendo aceptarla, graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considere pertinente; consideraciones por las que REVOCARON en parte la resolución número cuatro, su fecha trece de diciembre del dos mil dos, que en copia certificada obra a fojas ciento cincuentitrés del presente cuaderno, en el extremo que previamente ordena a la solicitante cumpla con mejorar la contracautela ofrecida por una de naturaleza personal en forma de carta fianza por la suma de seis millones seiscientos ochentiu mil nuevos soles; y REFORMANDO dicho extremo, MODIFICARON la contracautela personal en forma de carta fianza o fianza de acuerdo al artículo mil ochocientos sesenta y ocho del Código Civil, por la suma de dos millones quinientos mil nuevos soles; en los seguidos por PROPLAST BARRERA Sociedad Anónima Cerrada contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre medida cautelar otorgada en la demanda contencioso administrativa; y los devolvieron. (SS. Walde Jáuregui, Aguayo del Rosario, Lazarte Huaco, Pachas Ávalos, Quintanilla Quispe).

CASO N° 2:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 173-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, dieciséis de febrero del dos mil cuatro.-

VISTOS, con lo expuesto por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, y CONSIDERANDO: Primero: Que, de autos y de lo expuesto en el recurso de apelación por la recurrente Contilatin del Perú Sociedad Anónima, se advierte que el punto de controversia está relacionado con el concesorio de la solicitud de medida cautelar de no innovar prevista en el artículo 687 del Código procesal civil, la cual se encuentra regulada por el artículo 35 del cuerpo legal citado; Segundo: Que, la medida cautelar de no innovar está dirigida a conservar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de ser admitida la demanda, para así garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse posteriormente, por ende su naturaleza es claramente conservativa y de carácter excepcional; Tercero: Que, el artículo 36 de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 610 del Código procesal civil, establecen los requisitos para la concesión de la medida cautelar, como son: a) la apariencia del derecho, llamado el *fumus bonis juris* como presupuesto fundamental, mediante el cual la medida se otorga no en función de la existencia de un derecho evidente a favor del peticionario, sino porque existe una apariencia que el derecho que se invoca es fundado;

además el derecho reclamado debe gozar de verosimilitud; b) el peligro en la demora, llamado *periculum in mora*, que constituye el peligro concreto de sufrir un daño como consecuencia de la demora del proceso; y c) la contracautela, referida a que el otorgamiento de una medida cautelar puede ocasionar un grave daño al accionado, como consecuencia de la medida dictada y de la duración del proceso, es por ello que a través de la contracautela se busca garantizar una indemnización a favor de quien ha sufrido un perjuicio como consecuencia del otorgamiento de la referida medida; Cuarto: Que, además cabe precisar que las concisiones de de admisibilidad específicas de la medida cautelar de no innovar son: a) la inminencia de un perjuicio irreparable; b) que dicha medida se circunscriba a las personas y bienes comprendidos en el proceso; y c) que no resulte de aplicación otra medida cautelar prevista en la ley; Quinto: Que, en el presente proceso existe un conflicto de jerarquía normativa respecto al artículo 12 del Decreto Legislativo número 809, Ley General de Aduanas, y el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Supremo número 115-2001-EF; por cuanto en la primera norma citada se establece que “La obligación nace: a) en la importación... en la fecha de la numeración de la declaración...”; mientras que en la segunda se establece que “Los derechos adicionales variables y las rebajas arancelarias se determinarán en base a las Tablas Aduaneras vigentes a la fecha del embarque de la mercancía, evidenciada por la fecha de conocimiento o guía de embarque”; consecuentemente se infiere que tal implicancia debe dilucidarse en el proceso principal, tendido en cuenta además el artículo 1 del Decreto Supremo 001-2002-EF y demás normas pertinentes; cumpliéndose así la verosimilitud del derecho; Sexto: El peligro en la demora, también se encuentra acreditado por cuanto de no admitirse la medida cautelar materia de litis podría ser irreparable el perjuicio económico en contra de la solicitante de la citada medida, ya que, finalizado el proceso y recién amparada la pretensión de la demandante, carecería de objeto al haberse ejecutado las resoluciones administrativas materia de impugnación; por último se ofrece contracautela en la modalidad de carta fianza bancaria número cero cero veintitrés el ciento cincuentiséis, por la suma de cuarenta mil dólares americanos, que venció el nueve de abril del dos mil tres, cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el dos de abril del dos mil cuatro, conforme aparece del documento obrante a fojas cinco de esta cuaderno debiendo por tanto ser ampliada respecto a su vigencia y cumplirse con la legalización de firma respectiva por parte del representante legal de la empresa demandante. Por estas consideraciones REVOCARON el auto apelado de fojas ciento seis, su fecha veintinueve de abril del dos mil tres, que rechaza la medida cautelar de no innovar de fojas ochenta y cinco, petitionada por la empresa Contilatin del Perú Sociedad Anónima; REFORMÁNDOLA la declararon PROCEDENTE, ORDENARON que previamente al cumplimiento de las exigencias por parte de la apelante, establecidas en el sexto considerando de la presente resolución dentro del décimo día de notificado, se suspenda la ejecución de las resoluciones administrativas emitidas por el Tribunal Fiscal materia de impugnación, durante el tiempo en que se desarrolle el proceso contencioso administrativo principal; en los seguidos por Contilatin del Perú Sociedad Anónima con el Tribunal Fiscal y la Intendencia de la Aduana Marítima del Callao, sobre impugnación de resolución administrativa (medida cautelar) y los devolvieron. (SS. Alfáro Alvarez, Carrión Lugo, Aguayo del Rosario, Pachas Ávalos, Carojulca Bustamante).

CASO N° 3:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 229-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, dieciocho de febrero del dos mil cuatro.-

VISTOS, por los fundamentos de la apelada, y ATENDIENDO: Primero: Es materia de la presente apelación la resolución de fecha diecinueve de marzo del dos mil tres corriente a fojas cuarenta y cuatro del presente cuaderno, por el que la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima declaró inadmisibles las medidas cautelares solicitadas por la recurrente, por no haber adjuntado la tasa judicial de conformidad con lo establecido por la Resolución Administrativa número 033-2002-CE-PJ, otorgando tres días para subsanar la omisión; además la accionante no ha cumplido con ofrecer la contracautela que es requisito indispensable preceptuado en el artículo 610 del Código Procesal Civil; Segundo: La apelante sostiene que es de aplicación la Resolución Administrativa número 033-2002-CE-PJ, ya que la misma trata de cuantía indeterminada y éste caso no encaja en el supuesto legal antes indicado, pues se trata de un derecho elemental, vital y de emergencia; además, carece de objeto que se ofrezca contracautela, por cuanto no se han de afectar bienes ajenos, sino que esta referida al restablecimiento de un servicio indispensable; Tercero: Los argumentos esgrimidos por la apelante no enervan en forma alguna los fundamentos de la recurrida, más aun si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 610 del Código Procesal Civil, el ofrecimiento de la contracautela es requisito *sine qua non* para el otorgamiento de la medida solicitada. Por las razones expuestas CONFIRMARON la resolución de fojas cuarenticuatro, su fecha diecinueve de marzo del dos mil tres, que declaró inadmisibles las medidas cautelares peticionadas, interpuestas por doña Betty Rosa Ramos Medina; en los seguidos con la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento –SUNASS, sobre medida cautelar, con lo demás que contiene; y los devolvieron. (SS. Alfáreo Álvarez, Carrión Lugo, Aguayo del Rosario, Pachas Ávalos, Carvajal Bustamante).

TEMA: MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE NO INNOVAR (CAPITULO 22)

CASO N° 1:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala de Derecho Constitucional y Social

Exp. N° 950-2002

Lima - Medida Cautelar

Lima, once de junio del dos mil dos.-

VISTOS, por los fundamentos del auto recurrido, y CONSIDERANDO además: Primero: Que, la medida cautelar se caracteriza por ser provisional, instrumental y variable, atendiendo a que sólo tiene vigencia hasta que se resuelva en definitiva y con el carácter de ejecutoria la cuestión de fondo a que se contrae el petitorio de la demandada

u objeto del proceso; Segundo: Que, en el caso de autos, la peticionante solicita medida cautelar a fin de que se suspenda la ejecución de la Resolución del Concejo Directivo de OSINERG número cero cero noventidós-dos mil uno-OS/CD del diez de enero del dos mil uno mediante la cual se ordena a la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta –EDELNOR reembolsar a la Asociación Pro Vivienda La Estrella - Los Olivos el valor de sus instalaciones eléctricas referidas a la red secundaria y alumbrado público, debiendo reconocerles intereses compensatorios y moratorios desde la fecha de recepción de dichas instalaciones hasta la fecha de devolución efectiva; Tercero: Que, la recurrente ha solicitado la medida cautelar en la modalidad de no innovar, que es aquella por la cual el Juez puede dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, conforme al artículo seiscientos ochenta y siete del Código Procesal Civil; Cuarto: Que, la situación de hecho a que se refiere el texto legal glosado, en el caso concreto de autos, se materializa en que la recurrente es una empresa con una obligación pendiente de pago, derivado de lo resuelto por OSINERG en la resolución cuya eficacia y validez se cuestiona en los autos principales; Quinto: Que, en tal sentido y con la facultad conferida por los artículos sétimo del Título Preliminar y seiscientos once del Código Procesal Civil, la medida cautelar peticionada debe ser entendida como una innovativa, que es aquella mediante la cual el Juez, ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda; Sexto: Que, ello es así por cuanto, entendiéndose que el sustento de la demanda es la alteración del estado de hecho de la demandante respecto de la litisconsorte Urbanización Asociación Pro Vivienda La Estrella Los Olivos, mediante la presente medida cautelar se busca reponer el estado cuya alteración motivó la demanda, es decir, lograr que la empresa demandante se encuentre –temporalmente- sin la obligación de ejecutar el pago ordenado por el Organismo Supervisor de la Inversión en la Energía; Sétimo: Que, como nos señala el jurista argentino Jorge Peyrano, en el caso de las medidas cautelares inovativas, el Juez debe extremar su celo en verificar si el peticionante goza de una apariencia de derecho a fin de acreditar la verosimilitud del derecho invocado, debiendo en estos casos el interesado emprender una actividad probatoria, elemental pero no por eso menos seria, tendiente a acreditar que *prima facie* le asiste la razón; Octavo: Que, el derecho es verosímil cuando revista apariencia de verdadero, dependiendo la concesión de la medida cautelar de la apreciación de las probabilidades por parte del Juez, lo que no debe confundirse con la certeza del derecho invocado, respecto de lo cual recién se emitirá pronunciamiento al expedirse la correspondiente sentencia; Noveno: Que, en el caso de autos, a juicio de éste Supremo Colegiado, con lo expuesto en la solicitud cautelar, así como en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda principal a la cual se remite, se ha cumplido con acreditar el requisito de verosimilitud del derecho invocado o *fomus bonus juris* exigido en el primer párrafo del artículo seiscientos once del Código Procesal en mención, el cual se presenta conjuntamente con el peligro en la demora que representa el no conceder de manera inmediata la medida cautelar solicitada; Décimo: Que, en cuanto al ofrecimiento de contracautela, esta ha sido satisfecha por la peticionante conforme se corrobora con la cución juratoria ascendente a ciento ochenta mil nuevos soles debidamente formalizada con la legalización de la firma

de su representante; en tal sentido, habiéndose dado cumplimiento a las exigencias contenidas en el ordenamiento procesal vigente; CONFIRMARON el auto de fojas ciento doce, su fecha tres de octubre del dos mil uno, que CONCEDE la medida cautelar de no innovar solicitada por la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta –EDELNOR a fojas noventitrés, debiendo entenderse como PROCEDENTE la medida cautelar innovativa, suspendiéndose la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG número cero cero noventidós-dos mil uno-OS/CD de fecha diez de enero del dos mil uno; en los seguidos por la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta –EDELNOR con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG y otra sobre medida cautelar; y los devolvieron. (SS. Vásquez Cortéz, Zubiarte Reina, Walde Jauregui, Gazzolo Villata, Rodríguez Mendoza).

CASO N° 2:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala de Derecho Constitucional y Social

Exp. N° 2923-2002

Lima - Medida Cautelar

Lima, trece de noviembre del dos mil dos.-

VISTOS, por los fundamentos de la recurrida, y CONSIDERANDO además: Primero: Que, el artículo seiscientos once del Código Procesal Civil establece como presupuestos para la concesión de la medida cautelar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, debiendo acompañarse la contracautela conforme lo exige el artículo seiscientos trece del mismo Código; Segundo: Que, en el caso sub materia la solicitante Lima Airport Partnes Sociedad de Responsabilidad Limitada argumenta como fundamento de su pretensión cautelar, que el artículo treinta del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas del OSITRAN, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo número cero cero seis-noventinueve-CD-OSITRAN, debe ser concordado con el artículo veintinueve del citado Reglamento, entendiéndose que la infracción de la demora injustificada en el suministro de la información requerida a las empresas prestadoras es respecto de asuntos de competencia del OSITRAN, pero en asuntos que no son de su competencia no corresponde imponer sanción por esa infracción; Tercero: Que, la interpretación que propone la solicitante resulta ser razonable y se contrapone con la interpretación efectuada por el OSITRAN, quien en la Resolución número cero cero dos-dos mil uno-GC-OSITRAN/PAS ha considerado que la infracción por remitir tardíamente información al organismo supervisor incluye aquella necesaria para determinar justamente si la materia es o no asunto de su competencia; siendo así, se advierte que en el caso sub materia se presenta un problema de interpretación de una norma jurídica, siendo razonable la interpretación propuesta por la peticionante, lo cual da sustento a la verosimilitud del derecho invocado; debiendo ser apreciado en el fondo del asunto la interpretación correcta de la precitada norma jurídica, evaluándose también en dicha oportunidad respeto del principio de congruencia; Cuarto: Que, el requisito del peligro en la demora se encuentra acreditado por cuanto con la Resolución del Consejo

Directivo número cero treintitrés-dos mil uno-CD-OSITRAN ha quedado agotada la vía administrativa, resultando factible el cobro coactivo de la sanción de multa, por lo que a fin de evitar un posible perjuicio y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva en relación a lo que se resuelva en el fondo del asunto, se hace preciso conceder la medida cautelar solicitada, máxime cuando se ha ofrecido contracautela tendiente a asegurar al afectado el resarcimiento de los posibles daños con la medida cautela; siendo facultad del Juez adecuar la forma de la medida cautelar a la que considere adecuada en virtud de lo preceptuado en el primer párrafo del artículo seiscientos once del Código Procesal Civil, por lo que procede la concesión de la medida cautelar de no innovar; Quinto: Que, en consecuencia, la medida cautelar concedida se encuentra arreglada a lo dispuesto en los artículos seiscientos once y seiscientos trece del Código Procesal Civil, en tal sentido debe procederse a confirmar el auto apelado de conformidad con la facultad conferida en el artículo trescientos sesenta y cuatro del precitado Código; por tales razones CONFIRMARON la resolución apelada signada con el número cuatro, copiado a fojas ciento cuarentiséis, su fecha tres de abril del dos mil dos, que declara PROCEDENTE la medida cautelar formulada por Lima Airport Partnes Sociedad de Responsabilidad Limitada, y dispone la suspensión de la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo número cero treintitrés-dos mil uno-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial el Peruano con fecha veintiuno de diciembre del dos mil uno; con lo demás que contiene; en los seguidos con el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público –OSITRAN, sobre impugnación de resolución administrativa - cuaderno cautelar; y los devolvieron. (SS. Vásquez Cortéz, Zubiate Reina, Walde Jauregui, Egúsuiza Roca, Gonzáles Muñoz).

CASO N° 3:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 115-2002

Lima - Medida Cautelar

Lima, dieciocho de diciembre del dos mil dos.-

VISTOS, con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Civil y el recurso de apelación propuesto por la empresa ESKE Sociedad de Responsabilidad Limitada, y ATENDIENDO: Primero: Es materia de apelación la resolución que en copia certificada corre a fojas sesentidós, que declara improcedente la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la Resolución número 387/2002.TC.S2 de fecha tres de junio del dos mil dos, emitida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que resuelve sancionar a la empresa ESKE Sociedad de Responsabilidad Limitada con la imposibilidad de que dicha empresa contrate con el Estado por el lapso de un año; Segundo: La apelante, ESKE Sociedad de Responsabilidad Limitada, alega que con dicha sanción se le esta ocasionando un serio perjuicio económico a su desempeño empresarial; a mas de que se le están conculcado sus derechos toda vez que ya había sido sancionada por el Ministerio de Salud; por lo que no puede ser sancionada doblemente por un mismo hecho; Tercero: El artículo 608 del Código Procesal Civil establece que la medida cautelar puede ser solicitada durante el proceso o antes de iniciarse éste, a fin de

asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; debiendo el solicitante cumplir con los requisitos que prevé el artículo 610 del cuerpo legal invocado, esto es, entre otros, exponer los fundamentos de la pretensión, señalar la forma de la misma, y ofrecer contracautela; Cuarto: Tal como prevé el artículo 611 del Código adjetivo para la procedencia de la medida cautelar es necesario que exista un inminente perjuicio irreparable como consecuencia de una situación de hecho o de la violación flagrante de un derecho del solicitante, debiendo concurrir los requisitos del “fumus boni juris” o verosimilitud del derecho invocado y el “periculum in mora” o peligro en la demora, los cuales constituyen presupuesto para la concesión de toda medida cautelar; Quinto: La verosimilitud del derecho se presenta cuando el derecho invocado tiene apariencia de verdad y ello surge de la comprobación de los hechos en el curso del proceso; Sexto: El peligro en la demora, por el cual el transcurso del tiempo puede incidir negativamente en la efectividad del cumplimiento de la sentencia, da su razón de ser a la medida cautelar; Sétimo: Asimismo, la Ley número 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo aplicable al caso de acuerdo a la fecha de la solicitud cautelar, establece en su artículo 36 que para acceder al pedido de una medida cautelar, se requiere alegar un derecho verosímil, probar la necesidad de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso principal y, que la medida solicitada sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión; Octavo: Conforme a la revisión de la documentación anexada a la solicitud de medida cautelar, puede apreciarse que el Ministerio de Salud ha aplicado una pena ascendente a la suma de cincuenta y cinco mil seiscientos cuarentitres nuevos soles, como penalidad por el cumplimiento parcial del contrato suscrito con dicha entidad; para luego, seguidamente el Ministerio de Salud remitió el expediente administrativo al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, quien por la misma situación de hecho, impuso una sanción de inhabilitación por el término de un año mediante la Resolución número 387/2002.TC.S2 de fecha tres de junio del dos mil dos; Noveno: Siendo esto así, se ha verificado la configuración de los elementos constitutivos de la medida cautelar solicitada por la empresa apelante; en atención a la necesidad detallada en la solicitud de medida cautelar, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora; siendo además que se ha verificado el cumplimiento del otorgamiento suficiente de la caución juratoria requerida conforme a lo previsto en el inciso 4 del artículo 610 del Código Procesal Civil. Por las razones expuestas y lo expuesto por el representante del Ministerio Público, resulta PROCEDENTE el petitorio cautelar; en consecuencia: REVOCARON la resolución apelada de fecha diez de julio del dos mil dos expedida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, que declara no conceder la medida cautelar solicitada; y REFORMÁNDOLA CONCEDIERON la medida cautelar requerida por la empresa ESKE Sociedad de Responsabilidad Limitada; en consecuencia, suspéndase en todos sus efectos la aplicación de la Resolución número 387/2002.TC.S2 expedida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, oficiándose a dicha entidad para el cumplimiento del presente auto; en los seguidos por la empresa ESKE Sociedad de Responsabilidad Limitada con el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –CONSUCODE; sobre impugnación de resolución administrativa - cuaderno cautelar; notificándose. (SS. Silva Vallejo, Carrión Lugo, Torres Carrasco, Carrillo Hernández, Quintanilla Quispe).

CASO N° 4:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 177-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, dieciséis de febrero del dos mil cuatro.-

VISTOS y CONSIDERANDO: Primero: Que es materia de grado la resolución expedida el veintiocho de abril del dos mil tres por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, obrante a fojas noventa del presente cuaderno, que rechazó la solicitud de medida cautelar de fojas setentitrés presentada por Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima –SEDAPAL- a fin de que se suspendan los efectos de la Resolución número 001-2003-TRASS/SUNASS dictada por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento; Segundo: Que de acuerdo a lo previsto en los artículos 610 y 611 del Código Procesal Civil, la solicitud de medida cautelar exige el cumplimiento de requisitos consustanciales como son: la verosimilitud del derecho invocado “fumus boni iuris” es decir, el rasgo o aspecto exterior de derecho que debe contener el pedido constituyendo en sí mismo un hecho verosímil; el peligro en la demora conocido como “periculum in mora” que faculta al juez la atribución de decidir con anterioridad si el fallo a dictarse podrá ejecutarse con eficacia y por último el ofrecimiento de la respectiva contracautela tendiente a evitar los perjuicios que la medida cautelar pudiera producir; Tercero: Analizada la documentación existente, se advierte “prima facie” que SEDAPAL cumplió con el requisito de la verosimilitud del derecho invocado por cuanto el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento (TRASS-SUNASS) habría ordenado la aplicación de una categoría inexistente como es la mixta, que no se encuentra regulada dentro de las normas y reglamentos que rigen en la facturación de servicio de saneamiento; asimismo se evidencia a priori que dicha autoridad se ha pronunciado sobre temas que involucran aspectos tributarios, como la devolución de los importes facturados por el uso de agua subterránea, que en principio no serían de su competencia; y, del presente cuaderno fluye que las actividades que realiza el Club Regatas de Lima son deportivas y de esparcimiento por lo que se encontrarían clasificadas en la clase nueve mil doscientos cuarenta y uno de la CIU que corresponde a la categoría comercial descrita en la Directiva “Importe a facturar y comprobantes de pago de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario”; Cuarto: Que del mismo modo, se ha satisfecho el requisito del peligro en la demora, así como la contracautela, ésta última bajo la modalidad de caución juratoria. Por tales consideraciones, REVOCARON la resolución apelada de fojas noventa su fecha veintiocho de abril del dos mil tres que rechazó la medida cautelar en referencia; REFORMÁNDOLA concedieron dicha solicitud cautelar; en los seguidos por Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima -SEDAPAL con el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento -SUNASS, sobre medida cautelar; y los devolvieron. (SS. Alfáreo Alvarez, Carrión Lugo, Aguayo del Rosario, Pachas Avalos, Caroajulca Bustamante).

CASO N° 5:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 279-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, veintitrés de febrero del dos mil cuatro.-

VISTOS, por sus propios fundamentos, y CONSIDERANDO además: Primero: Es materia de grado el auto de fecha veintisiete de noviembre del dos mil dos, copiado a fojas cuarentiocho, que concede la medida cautelar de no innovar a favor de la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad –ELECTROSUR Sociedad Anónima Abierta, y dispone se suspendan los efectos de la resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 0477-2002-OS/CD, su fecha veinte de febrero del dos mil dos, hasta que se emita un nuevo pronunciamiento judicial definitivo; Segundo: El artículo 35 de la Ley número 27584 establece que la medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, debiéndose seguir las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la referida Ley; Tercero: Conforme lo establece el artículo 36 de la citada Ley, para que proceda el establecimiento de una medida cautelar deben concurrir tres requisitos esenciales: 1. Que de los fundamentos expuestos por el demandante de la medida cautelar se considere verosímil o aparente el derecho invocado. Para tal efecto se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar. 2. Que de los fundamentos expuestos por el demandante se evidencia la necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. 3. Que la medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión; Cuarto: Pues bien, los argumentos expuestos por el demandante en su solicitud de medida cautelar evidencian la apariencia del derecho invocado, permitiendo a este Colegiado formar convicción al respecto, por lo que satisface los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora del proceso. Por tales consideraciones y de conformidad con el artículo 611 del Código Procesal Civil; CONFIRMARON el auto apelado copiado a fojas cuarenta y ocho, su fecha veintisiete de noviembre del dos mil dos, que declara FUNDADA la medida cautelar, propuesta por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad –ELECTROSUR Sociedad Anónima Abierta, en los seguidos con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y la Asociación de Vivienda “Residencial Las Begonias”; y los devolvieron. (SS. Alfaro Alvarez, Carrión Lugo, Aguayo del Rosario, Pachas Avalos, Carvajal Bustamante).

CASO N° 6:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Apelación N° 291-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, veintiséis de febrero del dos mil cuatro.-

VISTOS y CONSIDERANDO: Primero: Que es objeto de la presente medida cautelar genérica y anticipada, interpuesta por la empresa Luz del Sur, suspender los efectos de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 0145-2002-OS/CD, cuya declaración de invalidez será materia de la acción contencioso administrativa que interpondrá la recurrente; Segundo: Que par el otorgamiento de una medida cautelar debe concurrir tres requisitos en forma concurrente como son: la apariencia del derecho invocado (“*fumus bonis iuris*”), el peligro en la demora (“*periculum in mora*”) y el otorgamiento de la contracautela; Tercero: Que la apariencia del derecho invocado, requiere de verosimilitud de su existencia en base a la prueba presentada; el peligro en la demora exige la presencia de un perjuicio irreparable que para el caso de la medida genérica regulada en el artículo 629 del Código procesal civil, su otorgamiento asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva; y, por último, la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; Cuarto: Que de autos aparece que la solicitante ha dado cumplimiento a los requisitos mencionados, pues del análisis preliminar de la pretensión principal se advierte que se estaría aplicando una norma, Decreto Ley 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas- a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia; asimismo, el peligro en la demora está acreditado por cuanto de no admitirse la medida cautelar sub examine podría tornar en irreparable el daño económico causado a la solicitante la cual estaría obligada a pagar sumas de dinero que difícilmente podría recuperar y por último, se ha cumplido con ofrecer contracautela en la modalidad de caución juratoria. Por tales consideraciones y de conformidad con el artículo 364 del Código Procesal Civil; REVOCARON la resolución apelada de fojas cuarentidós, su fecha veintitrés de septiembre del dos mil dos, que declara infundada la medida cautelar, REFORMÁNDOLA la declararon FUNDADA la solicitud de medida cautelar solicitada por la Empresa Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta mediante escrito de fojas treintitrés; y en consecuencia, DISPUSIERON que el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) suspenda los efectos de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 0145-2002-OS/CD de fecha seis de agosto del dos mil dos, hasta que se emita un pronunciamiento judicial definitivo sobre la controversia en el proceso principal; en los seguidos por Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) sobre medida cautelar. SS. Alfáro Alvarez, Carrión Lugo, Aguayo del Rosario, Pachas Avalos, Carojulca Bustamante.

TEMA: NULIDAD DE RESOLUCIONES CAUTELARES (CAPITULO 23)

CASO N° 1:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

Apelación N° 214-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, ocho de septiembre del dos mil tres.-

VISTOS y CONSIDERANDO: Primero: Que, es materia de grado el auto de fojas ciento veintitrés, expedido por resolución número dos, de fecha veintinueve del dos mil dos, que declara fundada la medida cautelar solicitada a fojas noventiuno; Segundo: Que, conforme se aprecia del quinto considerando de la referida resolución, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo precisa “que de lo expuesto en la medida cautelar se aprecia la existencia de apariencia suficiente del derecho invocado, por lo que corresponde suspender, preventivamente, los efectos de la resolución administrativa impugnada, hasta que se expida el pronunciamiento final en el proceso principal” y seguidamente señala: “que la vigencia de la citada resolución administrativa durante la secuela del proceso, podría causar grave daño patrimonial a la recurrente en la eventualidad de que resulte amparada su pretensión; Tercero: Que, como se puede advertir, de lo expresado en el considerando anterior, el Colegiado Superior ha llegado a la conclusión que en el caso de autos, existe apariencia de derecho suficiente para conceder la medida cautelar, sin embargo, no se han precisado las razones o fundamentos para establecer dicha conclusión, limitándose a señalar que ello fluye “de lo expuesto en la medida cautelar”; Cuarto: Que, del mismo modo, no resulta congruente afirmar que la vigencia de la resolución administrativa materia de impugnación podría causar grave daño patrimonial a la recurrente, en la eventualidad de resultar amparada su pretensión, máxime aun si tampoco se advierte de la recurrida fundamento alguno en que se sustenta tal conclusión; Quinto: Que, según fluye del recurso de apelación que en copia certificada corre a fojas ciento veintiséis, el recurrente denuncia básicamente la vulneración del inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, modificado por Ley veintisiete mil quinientos veinticuatro, referido a la fundamentación de las resoluciones judiciales; asimismo, haberse contravenido lo dispuesto en el inciso primero del artículo treintiséis de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, el que constituye uno de los requisitos para la concesión de la medida cautelar, según el cual refiere el recurrente, para considerar que los fundamentos de la solicitud cautelar son verosímiles, se deberá “ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo”; Sexto: Que, los defectos advertidos en la recurrida no pueden ser subsanados en esta instancia, sin vulnerar el principio procesal de la instancia plural elevado a rango constitucional conforme al inciso sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, por lo que estando a los fundamentos glosados y habiendo incurrido la recurrida en causal de nulidad prevista en el artículo ciento setentiséis -in fine- del Código Procesal Civil, DECLARARON NULO el auto apelado de fojas ciento veintitrés, su fecha veintinueve de noviembre del dos mil dos que declara fundada la medida cautelar solicitada a fojas noventa y uno; ORDENARON a la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo expida nueva resolución con arreglo a los considerandos glosados; en los seguidos por Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía –OSINERG, sobre impugnación de resolución administrativa - cuaderno de medida cautelar; y los devolvieron. (SS. Walde Jauregui, Aguayo del Rosario, Lazarte Huaco, Pachas Ávalos, Quintanilla Bustamante).

CASO N° 2:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala de Derecho Constitucional y Social

Exp. N° 2058-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, veintiocho de octubre del dos mil tres.-

VISTOS, por sus propios fundamentos, y CONSIDERANDO además: Primero: Que, el artículo seiscientos trece del Código Procesal Civil precisa que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; Segundo: Que, asimismo el artículo seiscientos veintiuno del citado cuerpo de leyes, referido a la sanción por medida cautelar innecesaria o maliciosa, señala que si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal, y a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados; Tercero: Que, en consecuencia, de las normas precedentemente citadas, se advierte que lo que pretendió el juzgador es indemnizar al afectado con una medida cautelar, cuando su ejecución le cause perjuicio y/o cuando esta hubiere resultado ser innecesaria; Cuarto: Que, en el caso de autos, si bien no se ha logrado cuantificar de manera precisa el daño ocasionado por la suspensión de los efectos de la resolución administrativa cuya nulidad se persiguió en el proceso principal, ello no obsta para que el juzgador pueda fijarla de manera prudencial; Quinto: Que, en igual sentido, tal como se advierte de la razón obrante a fojas doscientos setenta y uno, la accionante DROKASA Perú Sociedad Anónima, dejó consentir la sentencia de fecha diecisiete de diciembre del dos mil uno, que declaró improcedente la demanda de impugnación de resolución administrativa presentada por esta empresa, lo cual denota en cierta manera el carácter innecesario de la solicitud cautelar formulada por esta parte, conducta que debe ser sancionada con la fijación de una indemnización, de conformidad con el artículo seiscientos veintiuno del Código procesal civil antes precisado; Por las razones expuestas, de conformidad con la facultad contenida en el artículo doce de la Ley orgánica del Poder Judicial, CONFIRMARON la resolución apelada de fojas doscientos ochentinueve, su fecha cinco de mayo del dos mil tres, que declara FUNDADA la medida cautelar en parte la solicitud corriente a fojas doscientos cuarenta y ocho; en consecuencia disponer que la demandante DROKASA Perú Sociedad Anónima pague a DENTILAB del Perú, por toda indemnización por los daños generados con propósito de la ejecución de la medida cautelar inicialmente dictada en el presente cuaderno la suma de veinte mil nuevos soles, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada; en los seguidos por DROKASA Perú Sociedad Anónima con DENTILAB Perú Sociedad Anónima y otro; sobre medida cautelar; y los devolvieron.

SS. Vásquez Cortéz, Loza Zea, Egúsqiza Roca, Zubiarte Reina, Miraval Flores.

CASO N° 3:

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

Apelación N° 142-2003

Lima - Medida Cautelar

Lima, quince de diciembre del dos mil tres.-

VISTOS, y CONSIDERANDO: Primero: Que, el artículo seiscientos ocho del Código Procesal Civil, dispone que la medida cautelar tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la decisión que en definitiva se adopte en el proceso principal; Segundo: Que, conforme a lo previsto en los artículos seiscientos diez y seiscientos once del Código anotado, para que proceda el establecimiento de una medida cautelar deben concurrir los tres requisitos esenciales como son: apariencia del derecho invocado, peligro en la demora y la contracautela; Tercero: Que, la apariencia del derecho invocado requiere la verosimilitud de su existencia en base a la prueba presentada; el peligro en la demora exige la presencia de un peligro inminente e irreparable; y, por último la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; Cuarto: Que, Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta –EDELNOR, pretende a través de la presente medida cautelar de no innovar fuera del proceso, la suspensión de los efectos de la resolución número mil trescientos treintitrés guión dos mil dos-OS/CD de fecha veinte de junio del dos mil dos, expedida por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG; Quinto: Que, conforme se advierte de los tres requisitos precitados, señalando respecto de la verosimilitud del derecho que está se encuentra acreditada ya que del análisis de la solicitud administrativa que planteó, había arribado a una transacción en la que ambas partes haciéndose concesiones recíprocas habían renunciado a toda reclamación sobre lo que es materia del proceso principal; Sexto: Que, sin embargo, del acta de conciliación de fojas treintiséis fluye “prima facie” que los reclamos posteriores a tal acuerdo, de los que habría renunciado el usuario, son respecto del periodo indicado en dicho documento, esto es en agosto del año dos mil a julio del dos mil uno, por lo que no podría aplicarse a los periodos anteriores como los que son materia de reclamo en el presente proceso; consecuentemente en la resolución apelada se ha incurrido en motivación aparente, infringiéndose lo dispuesto por el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código procesal civil, concordado con el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Constitución Política del Estado; por tales consideraciones en aplicación del artículo ciento sesentinueve del Código procesal civil, declararon NULA la resolución apelada, obrante en copia certificada a fojas setentinueve, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil dos, que declaró fundada la medida cautelar innovativa, debiendo expedirse nueva resolución teniendo en cuenta lo señalado precedentemente; en los seguidos por Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta –EDELNOR contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG y otro sobre impugnación de resolución administrativa, cuaderno de medida cautelar; y los devolvieron. (SS. Walde Jáuregui, Aguayo del Rosario, Lazarte Huaco, Pachas Ávalos, Quintanilla Quispe).