

**Las medidas cautelares en el
proceso contencioso
administrativo: la necesidad
de argumentación en función
a sus requisitos especiales**

Abog. Enrique Eduardo Salazar Fernández

- El objetivo de esta exposición es analizar los requisitos de las medidas cautelares en sede contencioso administrativo y afirmar que, en la medida que los actos administrativos tienen una presunción de validez, la anticipación de las cautelares sobre el interés público exigen de mayor celo en la labor del juez y eso debe demostrarse mediante una adecuada argumentación en el que pueda ponderar el derecho subjetivo puesto en juego y el eventual perjuicio que causa a la administración pública, es decir, con una argumentación que justifique dejar sin efecto ese acto administrativo.

Introducción

- El artículo 148 de la Constitución y el principio de separación de poderes.
- En el siglo XIX tal teoría de la separación de poderes fue admitida,
 - en un primer momento, como una técnica de organización del Estado, por el cual tanto el poder ejecutivo, como el legislativo y el judicial se controlaban mutuamente, y en el que supuestamente no había una hegemonía entre ellos;
 - en un segundo momento, debido al hecho de que, en realidad, se trataba de una lucha de la supremacía entre el rey y el parlamento, entre el ejecutivo y el legislativo, es que el esquema de la separación de poderes se convierte en una técnica de equilibrio entre estos dos poderes, en donde el poder judicial estaba subsumido por el ejecutivo, con lo cual se controlaban mutuamente los esfuerzos por destacar de cada uno de ellos.

La necesaria labor del Poder Judicial en el control de los actos administrativos

- En un tercer momento, ya en el siglo XX, la doctrina de separación de poderes, tiene frente a frente al poder ejecutivo y al poder judicial, en donde es éste quien se encuentra asegurando la democracia y a la sociedad de los abusos del primero, por ello la separación de poderes, se le tiene hoy como una garantía de equilibrio entre los tres poderes, y es precisamente el poder judicial quien ejerce la defensa de tal garantía.

La necesaria labor del Poder Judicial en el control de los actos administrativos.

- En el modelo francés, en la medida que inicialmente predominó el principio de legalidad, por el que la ley marcaba soberanía, a los jueces no se les permitía el control de los actos administrativos, función ésta que era llevada a cabo por el propio Poder Ejecutivo.
- Más adelante, el tema cambia por la comprensión de que el control debía no solo ser sobre la legalidad de los actos, sino en torno a que si la decisión de la administración sobre los derechos subjetivos de los particulares era correcta o no. Es decir, el Poder Judicial debe pronunciarse sobre el derecho reclamado.
- Este es el modelo peruano por la Ley 27584, ley del proceso contencioso administrativo, que es el de la jurisdicción plena.

El proceso contencioso administrativo

- No puede existir una adecuada tutela jurisdiccional, si ésta no viene acompañada de mecanismos que hagan que la prestación de justicia sea efectiva.
- Cautelar implica proteger algo, asegurar el resultado o, mas bien, cumplir con asegurar el resultado de la tutela en el proceso de fondo.
- Es esta función asegurativa por la cual se ha convenido que una característica de la medida cautelar es la instrumentalidad. En la famosa frase de Piero Calamandrei, la medida cautelar es el instrumento del instrumento.

Las medidas cautelares

- Como se sabe, para las medidas cautelares es preciso acreditar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora y, además, adecuación; tales eran los requisitos que se habían establecido en el inicial artículo 36 de la Ley 27584,
- sin embargo, con la modificación ordenada por Dec. Leg. N° 1067, publicado el 28 junio 2008, el tema cambia, y los requisitos son más exigentes, sin que por ello se niegue la existencia y necesidad de la providencia cautelar.

Presupuestos de las medidas cautelares

- "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".

Requisitos para la concesión de las medidas cautelares en la Ley 27584, antes de su modificación

- "Artículo 39.- 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 de los fundamentos expuestos por el demandante:
 - 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
 - 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
 - 3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.
- Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.
- Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.
- Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela".

Actuales requisitos para la concesión de las medidas cautelares en la Ley 27584, según su modificación del Decreto Legislativo N° 1067

- La importancia de las cautelares es que combate el tiempo de los procesos.
- El problema es cómo encontrar cierta armonía entre la decisión final del proceso, que se alcanzará después de un determinado plazo y anticipar la decisión, si es que todavía no se ha logrado una convicción plena sobre el fondo del asunto.
- Para ello la doctrina establece los presupuestos de las cautelares: la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Los presupuestos para las medidas cautelares

- La apariencia de buen derecho no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (lo cual es un juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo).
- De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda.
- No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar”.

La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

- La verosimilitud en el derecho se forma, no con una convicción plena, sino con los recaudos e información de la demanda, que debe basarse en
 - 1. En la *causa petendi* (alegaciones fácticas) y en el *petitum* de la pretensión principal, que debe necesariamente estar indicada en la demanda cautelar a los efectos de establecer el nexo instrumental;
 - 2. En los “medios probatorios” que sobre los hechos históricos afirmados pueda aportar el actor”
- El demandante debe acreditar su derecho, como mayor razón si lo que trata es de desvirtuar un acto de la administración pública.

La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

- Sobre el tema de la verosimilitud en el derecho en la Ley 27584 se puede notar un cambio importante en la redacción de ambos textos:
- el artículo 36 precisaba "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";
- mientras que el vigente artículo 39 indica "1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada".

La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

- La administración sigue produciendo sus actos, los cuales según el vigente artículo 9 de la Ley 27444, tienen presunción de validez, hasta que no se pruebe lo contrario.
- Siendo así, el interesado en la concesión de la medida cautelar debe acreditar, en el presupuesto de verosimilitud del derecho, que ese acto administrativo está viciado de nulidad, porque de no haber información sobre este primer escollo, la presunción sigue vigente.
- Por su parte, la argumentación del juez debe ser un juicio provisorio, pero que desvirtúe esa validez; como tal, en este caso, es un juicio sobre el fondo, dictado con *semi plena probatio*, y sin escuchar a la otra parte, de allí la importancia de una adecuada argumentación.

Verosimilitud en el derecho y el principio de presunción de legalidad del acto administrativo

- Cuando en el caso de la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C, en la STC N.º 1209-2006-PA/TC (Publicada el 30.11.2006), el Tribunal Constitucional sostuvo:
 - "...debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez." (Fundamento 12)

El juicio de proporcionalidad de la medida cautelar

- El artículo 39.1 del TUO de la Ley 27584 ordena que la cautelar se dicta "siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada".
- El artículo 611 del Código Procesal Civil, que también regula los presupuestos de la decisión cautelar, en la modificación impuesta por la Ley N° 29384, publicada el 28.06.2009, agregó otro presupuesto y es el de "La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión".
- El principio de proporcionalidad y la defensa de los Derechos Fundamentales y del Estado Constitucional

El juicio de proporcionalidad de la medida cautelar

- **El análisis de idoneidad.** Se trata del análisis de una relación medio-fin. La adecuación o idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado por el poder público –la intervención en los derechos constitucionales- y el objetivo cuya conformación o realización aquél pretende.
- **El análisis de necesidad.** Se examina si existen medios alternativos al optado por el poder público, que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio
- **El análisis de la ponderación** o proporcionalidad en sentido estricto viene a ser una comparación entre dos variables: el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho”

El Test de proporcionalidad y los tres subprincipios

- El artículo 39.1 de la ley impone que ante una medida cautelar el juez debe pasar a realizar ese juicio de ponderación entre el perjuicio al interés público y el que se causa al interés particular y ese es un tema que, de cara a un caso concreto, debe hacer con argumentación correcta y suficiente; no en vano, el mismo Robert Alexy, liga la ponderación con la argumentación,
- “la fórmula del peso resulta ser un argumento perteneciente al discurso jurídico racional. Como tal, ella se hace imprescindible para poder introducir ‘orden al pensamiento jurídico’; además este análisis de proporcionalidad es exigido no solamente por la naturaleza de los derechos fundamentales, sino también por la pretensión de corrección, misma que a su vez es necesariamente formulada en la argumentación realizada por la jurisdicción constitucional”

Proporcionalidad, medidas cautelares y argumentación

- En el análisis de la idoneidad, se “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”,
- Es decir, en el caso concreto se busca determinar que la medida cautelar sea la adecuada para la protección del derecho reclamado y de la tutela que, eventualmente se ha de alcanzar en la decisión final,
- La doctrina y la jurisprudencia reconoce que la medida cautelar, en forma general, resulta ser el mecanismo adecuado contra el problema del tiempo en los procesos y para hacer efectiva la tutela judicial que se reclama

El análisis de la idoneidad

- El sub principio de necesidad trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”
- Es decir, comparar las medidas cautelares con otro instituto en el proceso.
- Las providencias cautelares, en el proceso civil o en el contencioso administrativo, no tiene parangón; es decir, no hay otro medio para combatir la urgencia del reclamo o el mero transcurso del tiempo, antes que se dicte sentencia de fondo.

El análisis de la necesidad

- En este aspecto, la pregunta que debe hacer el juez contencioso administrativo es si puede optar por una medida menos gravosa a la entidad pública, sin que por ello se deje de lado, la tutela del solicitante.
- Ello impone una carga adicional al juez de argumentación para justificar, en el caso de imponer la medida, de que no existe otra alternativa que ésta.

El análisis de la necesidad

- De la ley de ponderación se infiere una relación directamente proporcional, conforme a la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención de un derecho constitucional, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional
- Hay dos variables:
 - La primera es la determinación del grado de realización o cumplimiento del principio constitucional que representa el *fin* de la intervención.
 - La segunda es, por un lado, la comparación entre *intensidad de la intervención* y *grado de realización del fin de la intervención* –conforme a la ley de la ponderación– y, por otro, el resultado de esa comparación.

El análisis de la proporcionalidad en estricto o ley de la ponderación

- Ya en el caso concreto, debe “ponderar” la intensidad de la intervención en la entidad pública, el perjuicio que causa al interés público, y la satisfacción que podría obtener el solicitante de la medida cautelar.
- Y es aquí donde debe desarrollar una necesaria y adecuada argumentación, teniendo en cuenta que toda medida cautelar es provisoria y como tal variable y que solo es un juicio a base de probabilidades, no es una decisión final;
- por lo tanto, si se trata de un razonamiento a base de *semi plena probatio* y sin que la otra parte pueda alegar, el juzgador, entonces, debe verificar el grado de intervención de esa providencia en la administración pública, el daño que puede causarle y el tema de la irreversibilidad de la medida, esto es, que establezca que la cautelar asumida, pueda, en caso de variar las circunstancias, regresar al *status quo* anterior a su providencia

Proporcionalidad en la cautelar en el proceso contencioso administrativo

- La finalidad del proceso: garantizar la función jurisdiccional o hacer efectivos los derechos sustanciales.
- La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso-instrumento de tutela. Por ello, es el peligro de la demora en la respuesta jurisdiccional final y la posibilidad de llegar a una inútil ejecución, lo que exige una providencia anticipada.

El peligro en la demora en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

- Piero Calamandrei, dejó establecido que hay dos clases de peligro en la demora:
 - **el peligro de infructuosidad:** el que se produce por el fundado temor de que el ejecutado pueda disponer del bien; entonces, aquí la medida cautelar suministra medios idóneos para que la sentencia sea efectiva; por ejemplo, el embargo y la anotación de la demanda; y,
 - **el peligro de tardanza:** aquí lo que se teme es la desaparición de los medios necesarios para la tutela, por el transcurso del tiempo que dura el proceso; es decir, la mera tardanza; son ejemplos de esta medida cautelar: la asignación anticipada, la innovativa y la de no innovar.

Clases de peligro en la demora

- Ya sea en el peligro de tardanza o en el de infructuosidad, a quien le corresponde acreditar estos extremos es al solicitante, pues el juez tiene vedada esa posibilidad, por el principio dispositivo que rige el proceso civil.
- Esta lectura es la que nace del artículo 39 el cual ordena que las cautelares se conceden "siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante", y con ello está imponiendo (o reiterando) la regla de la carga de la prueba al propio solicitante.

Prueba en el peligro en la demora

- El artículo 39.2 del TUO de la Ley 27584 considera al *periculum in mora* con el texto “Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.”
- El legislador pone énfasis en el tema de que la decisión cautelar es “preventiva”, y ello no es más que una reiteración de uno de los caracteres de estas medidas y es que tales son provisorias y están sujetas en la cláusula de variabilidad.

La naturaleza provisorio de la cautelar

- Hay una excepción al peligro en la demora, previsto por el mismo legislador en el artículo 39.2 y es el referido al derecho a la pensión; el artículo reza: “No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión”.

El peligro en la demora, y las pretensiones del derecho a la pensión

- En la STC N.º 1417-2005-AA/TC caso Manuel Anicama Hernández, (publicada en El Peruano el 12.07.2005), en el fundamento 37, el Tribunal Constitucional pasó a desarrollar el contenido de este derecho; así, está conformado por: “
 - i) las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones;
 - ii) las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión;
 - iii) aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un `mínimo vital`;
 - iv) los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; y,
 - v) también las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido”.

El peligro en la demora, y las pretensiones del derecho a la pensión

- Se sostiene que “el daño irreparable que, de acuerdo al Código Procesal Civil se exige para este tipo especial de medida cautelar, no debe exigirse en el proceso contencioso administrativo”. (Giovani Priori)
- El artículo 611 del Código Procesal Civil, que impone los presupuestos de las medidas cautelares, es una norma genérica
- Pero, hay otras medidas que exigen otros presupuestos, en casos en que el peligro de la demora sea agravado, y éste exija rápidas respuestas para evitarlo: son las medidas innovativas y de no innovar, por ello debe acreditarse el cumplimiento de sus especiales requisitos de tales excepcionales providencias: y en éstos se encuentra el de la irreparabilidad del daño, además, de la inminencia del peligro.

El peligro en la demora es el referente a la irreparabilidad del daño

- Sobre la relación del principio de adecuación – congruencia con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 200 de la Carta Fundamental;
- El Tribunal sostiene en relación a la adecuación que “Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue”

La adecuación de las medidas cautelares para garantizar la eficacia de la pretensión

- Si bien en el texto del TUO de la ley 27584 no hay un desarrollo del régimen de las cautelares, sobre todo, lo que constituyen las medidas de de innovar y de no innovar, debemos remitirnos al Código Procesal Civil para mejor comprensión.
- Ambas medidas coinciden en que son excepcionales y que se presentan ante la inminencia de un perjuicio irreparable.

Las medidas cautelares de innovar y de no innovar

- 1º que exista la apariencia de un derecho (o interés) que merezca tutela;
- 2º que exista un *periculum in mora* (ya sea de infructuosidad o de tardividad);
- 3º que para cautelar ese derecho de ese *periculum* no exista una medida típica;
- 4º que, además, ese derecho que se pretende cautelar contra el *periculum in mora* -normal- esté amenazado de un peligro de daño que es inminente e irreparable.
- Ello implica que la residualidad de la tutela cautelar innovativa o conservativa atípica prevista en los arts. 682 y 687 encuentra serios parámetros y límites”

Requisitos de las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

- la *irreparabilidad* puede entenderse en estos sentidos:
- **A). Irreparabilidad entendida como irreversibilidad de los efectos del perjuicio al derecho:** Producen lesiones o peligros de lesiones irreversibles todos los eventos perjudiciales que están dirigidos a golpear derechos de contenido y función no patrimonial». Caso de lesión de los derechos de la persona (imagen, intimidad, identidad personal, etc., pero también de ciertos *status*)
- **B). Irreparabilidad entendida como imposibilidad o grave dificultad a la plena restitutio in integrum del derecho lesionado.** «En presencia de lesiones si bien no irreversibles o a efectos irreversibles, los instrumentos resarcitorios, comprendida la reintegración en forma específica cuando esta sea posible, no están en grado de realizar integralmente el contenido del derecho en juicio, más allá del "límite de normal tolerabilidad".

La irreparabilidad como requisito

- En cuanto a la *inminencia* del perjuicio, para que un perjuicio sea inminente, es necesario hacer referencia al espacio *temporis* que corre entre el momento en el cual se teme la verificación del evento perjudicial y la realización del evento mismo.

La inminencia del perjuicio

- El juez tiene la carga de una argumentación suficiente de cara a los presupuestos exigidos por la ley y por la doctrina en el otorgamiento de las providencias cautelares. Y ello supone como diría Manuel Atienza razones sustantivas que apoyen una decisión.
- Por lo demás, cabe recordar que hay una interdicción contra la arbitrariedad y es precisamente, la debida motivación de las resoluciones, la que garantiza que el juez no caiga en arbitrariedades.

Conclusiones