

LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL MEXICANO

Balam Lammoglia Riquelmeⁱ

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes, Características y Clasificación. III. Medidas Cautelares Positivas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Antes de comenzar el desarrollo del presente trabajo, quiero agradecer la invitación que me realizaron los Doctores César y Oscar Nava Escudero, para participar en la presente obra; Asimismo, deseo agradecer especialmente, al brillante jurista Javier Alegre Dávalos, pues sin su apoyo y amistad, este trabajo no hubiera sido posible.

A mi maestro Alfonso Nava Negrete, le debo mucho; lo primero fue el haberme inspirado a postular el Derecho Fiscal; las demás cosas, fueron entre otras, ser haber sido mi profesor en más de 5 materias distintas relacionadas con el estudio del Derecho Fiscal y Administrativo.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo, consiste en analizar el alcance y contenido del texto del artículo 26 de Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; que se refiere precisamente a las medidas cautelares positivas, figura novedosa en el campo de acción del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Como bien lo señala mi querido maestro Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, las medidas cautelares son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales.

Inclusive, puede predicarse sin hipérbole que las medidas cautelares constituyen la clave de bóveda de la Administración de justicia. Porque la justicia no es tal si no es oportuna, eficaz (lo cual implica, a despecho de la –sin duda atinada– invectiva de Hamlet¹ rápida y efectiva).

En este sentido –y sólo en este sentido– discrepamos con lo sostenido por García de Enterría² cuando asigna un papel tan fundamental al precepto del artículo 19-4 de la Grundgesetz, ahora seguido por el artículo 24-I de la Constitución española de 1978³

Simplemente, la justicia que no es eficaz, no es justicia; y este apotegma no necesita ser proclamado. Convenimos en emplear la palabra justicia

¹ **HAMLET.** *Prince of Denmark*. acto III, escena I, en “The complete works of William Shakespeare”, Londres, Spring Books. 1978. Pág. 960. El texto, traducido frecuentemente como *las tardanzas de la justicia* dice, algo más genéricamente: *the law's delay* (*Obras completas*, tr. Luis Astrana Marín, Madrid).

² **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.** *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, en “*Responsa Iurisperitorum Digesta*”, vol. II, Universidad de Salamanca, 2001, pp. 11 a 30.

³ “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”

en sentido institucional, como la resolución orgánica pacífica de conflictos por aplicación del derecho y de la equidad, por terceros imparciales y con carácter definitivo.

Tiene razón, sin embargo, el prestigioso autor español, al enfatizar la importancia histórica de este precepto: las decisiones políticas requieren, sobre todo en nuestros tiempos, de proclamaciones jurídicas, aunque éstas expresen obviedades. No por olvidado, el énfasis es un instrumento “altígrado” de la política.

En una sociedad dada, se podrá observar que los hombres normalmente respetan las normas de conducta que las normas jurídicas establecen; no obstante ello, sucede que en ocasiones los hombres incumplen las reglas de conducta contenidas en las normas, debiéndose imponer las sanciones que éstas establecen. El medio por excelencia a través del cual se obtiene la aplicación no voluntaria de una sanción es el proceso jurisdiccional.

Este proceso, como toda actividad humana, requiere para su desarrollo, de un cierto tiempo, y ese lapso que media entre el planteo al Tribunal y su efectiva satisfacción es fuente de inconvenientes que afectan la efectividad de la norma jurídica cuya aplicación se persigue.

Se plantean dos problemas, el primero de ellos se refiere a que existe una dilación suplementaria en el cumplimiento de la norma y por otro el que se refiere a que el tiempo puede cambiar las circunstancias y con ello hacer imposible la efectividad de la sentencia.

Al primer punto, el Derecho Procesal le intenta hallar remedio a través de procesos sumarios, y al segundo punto, regulando la posibilidad del

dictado de medidas cautelares a través de la Suspensión del acto reclamado (Ley de Amparo) o medidas cautelares (Leyes contenciosas administrativas).

II. ANTECEDENTES, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN.

ANTECEDENTES

A modo de una reseña histórica escueta, cabe recordar que el Derecho Administrativo surge derechamente de la Revolución Francesa y se expande enseguida por todo el continente.

La poderosa Administración que se alza de una manera un tanto sorpresiva de la Revolución Francesa; adviene porque ha absorbido todos los poderes que coexistían con el Rey absoluto, teniendo que organizar un vasto sistema de servicios públicos para hacer frente a la igualdad de condiciones que la Revolución instaura.

Esta Administración tuvo que ser, a partir de entonces -ésta es una novedad formidable en la historia del Derecho-, una Administración legalizada, organizada desde la Ley y cuya función era servir los intereses generales, pero dentro de los ámbitos que la ley de una manera previa le reserva.

Pero además ocurre que al lado de la Ley están los derechos fundamentales, los derechos del hombre y del ciudadano, en la terminología revolucionaria, el segundo gran eje de la concepción revolucionaria.

El ciudadano no es un simple destinatario de la acción administrativa, está en el origen del poder; lo hemos visto puesto que suya (mediante la representación política) es la creación legal.

Pero, a la vez, es cada uno titular de un conjunto de derechos fundamentales cuya formulación clásica se hará tempranamente en la famosa Declaración de 1789.

Del cruce de esos dos principios: legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, surgirá el Derecho administrativo⁴

Cabe concluir, que en cuanto al procedimiento a seguir que las peticiones de urgencia, están caracterizadas por una gran flexibilidad en la instrucción, como consecuencia del carácter urgente del procedimiento y que en el contencioso administrativo francés funciona globalmente bastante bien⁵

En México el antecedente de una medida cautelar, como lo es, la suspensión en el juicio de nulidad, lo encontramos desde la propia creación de la Ley de Justicia Fiscal de vigente en 1937, pues en sus artículos 17 fracción II y 42 a 45⁶, se refería a la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada⁷.

En España, el antecedente más reciente esta contemplado en la Ley 29/1988, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde se encuentra un capítulo relativo al tema de la suspensión del acto administrativo que se impugna.

Señala la Doctrinaria Carmen Chinchilla Marín⁸, que si hubiese de exponer de forma esquemática, el contenido del nuevo régimen de las medidas cautelares, podría decirse lo siguiente: la Ley ha establecido dos modelos o

⁴ **GARCIA DE ENTERRIA EDUARDO.** “*Hacia una nueva justicia Administrativa*”. Editorial Civitas, Madrid. 2da. Edición Ampliada, 1989, Cap. II, pp. 43 a 45).

⁵ **FRYDMAN, PATRICK.** “*Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés*”. Publicación Diario El Derecho, 28 de junio de 2000. pp. 1 a 3.

⁶ CFR

⁷ Lo referente a la suspensión estuvo contemplado en el Capítulo Cuarto, Título Sexto del Código Fiscal de la Federación en su artículo 208 BIS.

⁸ *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.* Op. Cit. P. 571.

sistemas distintos de tutela cautelar: las medidas cautelares de régimen común y las medidas cautelares de régimen especial, previstas para los supuestos de inactividad administrativa y la vía de hecho; y sin embargo, no ha establecido reglas especiales en esta materia para el procedimiento de derechos fundamentales.

CARACTERÍSTICAS

Las medidas cautelares se caracterizan por ser: a) Instrumentales; b) provisionales, y c) flexibles.

Instrumentales. Pues dichas medidas carecen de un fin propio, por encontrarse subordinadas y ordenadas en función de un juicio principal del cual dependen y se sirven para garantizar o asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva.

Provisionales. Subsisten hasta el momento en que se dicta la sentencia definitiva y esta causa estado.

Flexibles. Las medidas cautelares pueden cambiarse, ampliarse, suspenderse o negarse en cualquier etapa del proceso, hasta en tanto no concluya el juicio.

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En primer lugar haremos mención a la clasificación realizada por el Dr. Roland Arazzi en su libro Medidas Cautelares en las páginas 17, 18 y 19; y luego a la que realiza el Dr. Enrique Tarigo en su libro Lecciones de Derecho Procesal Civil en las páginas 359 a 365.

El Dr. Arazzi se basa en los siguientes criterios:

Según la forma en que están legisladas:

Nominadas: es decir las específicamente nombradas por la ley.

Genéricas: es decir las que el Juez puede disponer según las estime indispensables e idóneas para la finalidad cautelar.

Según la forma de tramitarse:

-Dentro del proceso principal.

-Autónomas: antes o después del proceso principal.

Según la finalidad que persigue la medida:

-Asegurar la futura ejecución forzada

-Resoluciones provisionales para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo.

Según lo que quiere proteger:

-Medidas para asegurar bienes

-Medidas para asegurar personas

El Dr. Tarigo se basa en líneas generales, en la clasificación de providencias cautelares de Calamandrei.

Providencias de instrucción anticipada:

Se trata de aquellos casos en los que la providencia cautelar se dirige a adquirir preventivamente datos probatorios que con el transcurso del tiempo se harían mas difíciles o imposibles de recoger.

Estas providencias son de naturaleza cautelar por cuanto no constituyen fines en si mismas ya que su finalidad es la de tener en reserva para mas adelante, elementos destinados a la formación de la providencia principal.

La diferencia entre estas providencias cautelares y las medidas cautelares destinadas a asegurar el resultado del proceso principal no solo radica en la distinta finalidad perseguida sino además en que en las providencias el Periculum in mora está tan atenuado que puede confundirse con el interés que es condición de toda pretensión.

Providencias destinadas a asegurar el resultado práctico del proceso principal, a asegurar la futura ejecución forzada de la sentencia.

Cuando en el proceso principal ya iniciado o a iniciarse se ejercita una pretensión de condena, si la sentencia definitiva reconoce el derecho de crédito invocado por el actor, si el demandado no la satisface voluntariamente deberá ejecutarse forzosamente.

En los casos en que exista algún peligro de lesión o frustración (Periculum in mora⁹) de ese derecho aún no reconocido por la sentencia definitiva, se solicitará una medida cautelar como por ejemplo el embargo de un bien inmueble para asegurar el resultado del proceso principal, así como la futura ejecución forzada de la sentencia de condena.

Providencias que deciden provisionalmente el litigio en espera de una decisión definitiva.

⁹ Este principio relativo a la Apariencia del Buen Derecho lo tratamos a partir de la foja 13.

Este grupo está compuesto por aquellas providencias mediante las cuales se decide interinamente un litigio, ya que si la indecisión perdura hasta la providencia definitiva, podrían derivarse a una de las partes daños irreparables.

Este tercer grupo se diferencia claramente de los dos anteriores, ya que en aquellos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación sustancial controvertida, en cambio en este grupo la providencia cautelar consiste en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva del proceso principal.

Esta medida o providencia, es a mi juicio la que mejor refleja o tiene relación con la medida cautelar positiva, que veremos más adelante y que es la materia principal de éste trabajo.

La ejecución provisional de la sentencia definitiva de condena sometida a recurso.

Aquí también se trata de una providencia cautelar, donde el tribunal concederá la ejecución provisional de la sentencia definitiva, por existir peligro de frustración del derecho reconocido, derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia.

Las providencias que exigen la prestación de la contracautela.

Constituyen una categoría especial entre las medidas cautelares, y su finalidad es la de asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda ocasionar al afectado por ella.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS

En la nueva Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo¹⁰, de manera novedosa y afortunada, en el Capítulo III del Título II, específicamente, en el artículo 26, una ley mexicana se refiere a las denominadas medidas cautelares positivas, enunciándolas expresamente. Por ello, se transcribe el artículo de mérito.

“...ARTÍCULO 26. La Sala Regional podrá decretar medidas cautelares positivas, entre otros casos, cuando, tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo.”.

Como bien lo señala el Magistrado Manuel García Lucero, estas novedosas medidas contempladas en el nuevo ordenamiento que rige el procedimiento contencioso administrativo serán de importancia vital para la impartición de la justicia administrativa¹¹

Así tenemos que para el magistrado¹² en cita las medidas cautelares, resultan instrumentos que posee el actor de trascendencia significativa que tienen como finalidad el de asegurar el resultado del juicio.

Por su parte, el Ministro Genaro David Góngora Pimentel¹³, nos señala que esta medida, especialmente al referirse a la suspensión en materia administrativa, se trata por decirlo coloquialmente y a manera de recordar a uno de sus brillantes catedráticos como “El juego de los Encantados”.

¹⁰ Diario Oficial de la Federación del 1º de diciembre de 2005.

¹¹ **REVISTA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.** *A los LXX años de la ley de Justicia Fiscal.* Tomo III, año 2006. México. Pág. 133.

¹² *Ibídem.*

¹³ **GÓNGORA PIMENTEL GENARO.** *La suspensión en materia Administrativa.* Sexta edición. Editorial Porrúa. México. Pág. VII. Comentario del Ministro, respecto de la explicación que les hacía su profesor don Alfonso Noriega, al referirse a la suspensión como el Juego de los Encantados.

A mi particularmente, este ejemplo clarísimo, me ha servido para explicar a mi compañeros de oficina, así como algunas personas a las cuales les he impartido clases de Derecho fiscal y Amparo en que consiste la suspensión en materia administrativa.

Sin embargo, también debo decir que este ejemplo es clarísimo en materia de la suspensión, que es una especie de las medidas cautelares, no obstante ello, dicho tratadista no abarca el tema de la medida cautelar positiva.

Por su parte, Couture¹⁴, define a las medidas cautelares como aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en él.

Podetti¹⁵, señala que las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a solicitud del interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede ser o no definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces.

Nótese que estos extraordinarios tratadistas nos hacen mención de lo que son las medidas cautelares en general, sin embargo, otra vez, nos encontramos frente a un vacío de información referente a las medidas cautelares positivas (orden del juzgador para que la administración pública asuma una conducta determinada de dar o de hacer).

¹⁴ **VOCABULARIO JURÍDICO**, 3ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. 2004.

¹⁵ **PODETTI RAMIRO**. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995. Pág. 33

Así las cosas, podemos decir que las medidas cautelares son una especie de pretensión de tutela anticipada de la garantía jurisdiccional al servicio del proceso contencioso¹⁶

Tenemos pues, que las medidas cautelares forman parte del derecho de la tutela judicial efectiva. Este derecho se encuentra consagrado en el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra carta magna y reconocido por la Primera Sala¹⁷ de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así, resulta que el establecimiento de esta tutela provisional es de vital importancia, no solo para los justiciables sino también para los juzgadores. La finalidad de las medidas cautelares, como se ha venido señalando, es la de disminuir los riesgos que se generan por el retardo de la emisión de la sentencia final.

Inclusive, resulta ser que esta demora en la emisión del fallo de manera pronta, puede ocasionar que se alteren las circunstancias del hecho y de derecho existentes al momento de la presentación de la demanda, que harían ilusorias e ineficaces las sentencias definitivas favorables a los demandantes.

Por ello, las medidas cautelares si bien es cierto que protegen provisionalmente los derechos e intereses de los actores, también protegen la seriedad de la función jurisdiccional, toda vez que su finalidad es la de garantizar la eficacia de la sentencia final, para que la justicia no sea burlada, impidiendo con ello que la pretensión del demandante no se malogre, por el transcurso del tiempo.

¹⁶ **KILMANOVICH JORGE L.** *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2000. Pág. 31.

¹⁷ **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA**. Novena Época. Registro número 181,552. Tomo XIX. Mayo de 2004. Tesis 1ª. LIII/2004. Pág. 513

Como bien lo cita el magistrado Manuel Lucero Espinosa¹⁸, “La adopción de las medidas cautelares opera cuando la ejecución del acto o la aplicación de disposiciones de carácter general impugnados, puedan hacer perder la finalidad del juicio, ponderando debidamente fundado y motivado los intereses en conflicto, bien sean de carácter general o terceros particulares”.

Dicho todo lo anterior, resulta que del 5 al 28 de junio de 2006, tuve la oportunidad de asistir al curso impartido conjuntamente por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y el Colegio de magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del poder Judicial de la Federación, A.C., en donde escuche en innumerables exposiciones de magistrados de Sala Regional, Magistrados de Circuito y jueces de Distrito, así como de algunos expositores extranjeros que debían de existir al momento de que se otorgarán las medidas cautelares, al menos los siguientes presupuestos:

Apariencia del Buen Derecho. (Fumus Boni iuris). Esto es que el juzgador tiene que verificar, con los elementos que le aporte el actor que éste aparentemente ostenta el derecho que invoca; es decir, la probable o verosímil legalidad de la resolución impugnada. Cabe señalar que dicho análisis no exige por parte del juzgador que tenga una convicción o un resultado final adelantado, sino que a primera vista en el fondo del asunto se cuenta con elementos que parecen favorecer las pretensiones del solicitante de la medida cautelar.

Peligro en la Demora. (Periculum in mora), este presupuesto supone que existe un peligro real e inminente de que el retardo de la resolución o emisión de la sentencia resulte ineficaz y tardío para los intereses pretendidos.

Interés Público. La medida cautelar que se solicita debe de estar acorde al interés público y nunca contrario a éste, inclusive, señalan algunos tratadistas, este interés debe de ir de la mano de la moral y las buenas

¹⁸ **REVISTA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.** A los LXX años de la ley de Justicia Fiscal. Tomo III, año 2006. México. Pág. 136.

costumbres. En materia administrativa, este interés público se traduce en interés económico por tratarse de créditos fiscales, por lo que solo en este caso, basta que el peticionario de la medida garantice dicho interés con garantía suficiente que responda por los posibles daños o afectaciones.

Sirva como ejemplo de lo expuesto la siguiente Jurisprudencia:

No. Registro: 172,664

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXV, Abril de 2007

Tesis: I.15o.A. J/3

Página: 1626

SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. EL EXAMEN DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY RELATIVA, ES PREVIO AL ESTUDIO DE LA PROCEDENCIA DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA.

La suspensión de los actos reclamados es una providencia cautelar en el juicio de amparo, de carácter instrumental, para preservar la materia del propio juicio a efecto de evitar que se consume de manera irreparable la violación de garantías alegada. De acuerdo con esa finalidad de la suspensión, el examen de su procedencia debe partir del análisis de la naturaleza del acto o actos reclamados, para arribar a la conclusión de si pueden ser o no paralizados, en razón de que bien puede suceder que carezcan de ejecución, por ser simplemente declarativos, o que habiendo revestido ejecución, ésta se haya consumado; hipótesis en las que la medida cautelar carecería de sentido, particularmente en esta última, en la que, ordinariamente, sólo el otorgamiento de la protección constitucional sería el que podría restituir la situación jurídica al estado en que se encontraba antes de la violación de garantías relativa y, eventualmente, la actualización de la figura de la apariencia del buen

derecho y el peligro en la demora que, en conceptos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la primera se basa en un conocimiento superficial del asunto dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado; y el segundo, sustentado en la posible frustración de los derechos del solicitante de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En esos términos, el estudio de la actualización de la apariencia del buen derecho y del peligro en la demora, precisan del análisis y satisfacción previa de los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, pues ésta no puede concederse, aun ante la actualización de esa apariencia y peligro, cuando no se encuentran satisfechos tales requisitos legales, es decir, ante el evento de que no la solicitara el agraviado (fracción I), se contravinieran disposiciones de orden público o se afectara el interés social (fracción II), o no se causaran al agraviado daños de difícil reparación (fracción III); esto es, sería un contrasentido jurídico que se otorgara la medida cautelar, aun ante la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, a quien no fuera el agraviado, cuando se actualizara una contravención a disposiciones de orden público o se afectara a la sociedad, o cuando el daño que pudiera causarse al quejoso no fuera de difícil reparación, pues en cualquiera de estos casos el otorgamiento de la medida cautelar no encontraría justificación y pondría en peligro los intereses de la sociedad o de otros sujetos de derecho, desnaturalizándose de esta manera la institución de la suspensión, toda vez que la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora sólo puede justificar el otorgamiento de la medida cautelar en presencia de actos consumados, cuando se hayan satisfecho antes de un aparente buen derecho y peligro en la demora, los requisitos mínimos establecidos en el citado artículo 124.

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER
CIRCUITO.

Queja 19/2006. Inmobiliaria Parque Cuauhtémoc, S.A. de C.V. 12 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

Incidente de suspensión (revisión) 365/2006. Jorge Antonio Aboumrad Ayub y otros. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Edgar Genaro Cedillo Velázquez.

Incidente de suspensión (revisión) 367/2006. María Dolores Alonso Rebaque Rengel. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Ricardo Gallardo Vara.

Queja 36/2006. Casa Mallorca, S.A. de C.V. 4 de diciembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Edgar Genaro Cedillo Velázquez.

Incidente de suspensión (revisión) 514/2006. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 4 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 143/2007-SS, en la Segunda Sala.

Esta medida tiene su fundamento en el hecho de que la suspensión resulta una medida ineficaz frente a actos administrativos denegatorios de derechos, pues como los señala don Jesús González Pérez¹⁹: “La suspensión de la ejecutividad opera, fundamentalmente, respecto de los actos administrativos de limitación o gravamen, por lo que carece de eficacia en los casos de inactividad administrativa y en los de actividad administrativa no limitadora o interventora.

¹⁹ **GONZALEZ PÉREZ JESÚS.** *El Derecho de la Tutela Jurisdiccional*. Editorial Civitas. Madrid. Pág.142

Por lo que para garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso administrativo no existe otra opción que reconocer al órgano jurisdiccional potestades para adoptar otras medidas cautelares (entre otras las positivas), adecuadas al contenido del acto o disposición del objeto de la pretensión.

Cabe señalar, que este tipo de medidas cautelares positivas, en mi experiencia no son comunes de otorgar, pues de lo platicado con los funcionarios de los órganos de impartición de justicia, se teme que el otorgar estas medidas les genere problemas al parecer que están del lado del gobernado²⁰.

No obstante lo anterior, sería deseable que estas medidas positivas se otorgaran con mayor frecuencia, pues los juzgadores al brindarla, no hacen más que proteger los derechos del litigio, sea cual sea la parte que los invoca; por lo que lo que se debe de observar con esta medida, es la de que el juzgador deje las cosas como estaban antes de que se emitiera el acto reclamado o impugnado.

En este sentido, el Dr. Miguel de Jesús Alvarado Esquivel²¹, realizó un trabajo que me hizo favor de obsequiar y que posteriormente fue publicado de manera de manera más sintetizada²², derivado de su presentación en el Simposio sobre Medidas Cautelares y Suspensión del Acto en Procedimiento Contencioso Administrativo, organizado por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación el día 12 de Junio de 2006.

²⁰ Se me ha comentado, el temor de ser amonestados o sancionados por el Consejo de la Judicatura.

²¹ Juez de Décimo segundo de Distrito de materia Administrativa en el Distrito Federal.

²² Revista Práctica Fiscal, TAXX Editores, número 520, p.p. D1a D7 (primera parte) y número 521, p.p. D1 a D7 (segunda parte) del mes de octubre 2008.

En dicho documento que será citado constantemente en el presente apartado, el Dr. Alvarado, señala puntualmente sus presupuestos indispensables, que ya enunciamos, pero que nuevamente los referimos: "*Periculum in mora* y *Fumus Bonus Iuris*".

A) *Periculum in Mora*, significa el peligro en la mora o el peligro en el retardo; dilación, que es conocida por todo aquél abogado que haya pisado un juzgado o tribunal y que trae aparejado un peligro importante en la vida de el proceso que está siendo atendido.

Como lo menciona el autor citado, la medida cautelar, tiene como finalidad evitar el peligro que para el Derecho puede suponer la existencia misma de un proceso, con la lentitud propia e inevitable del mismo.

En este sentido la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discuta precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o amenaza. Sin este peligro, que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares.

En este punto entendemos entonces que la figura de *Periculum in mora* es sin duda un presupuesto sine cuan non, pues es evidente que una medida cautelar debe ser obsequiada cuando en realidad existe peligro inminente de que la materia del juicio desaparezca antes de que concluya el juicio principal.

Como bien lo señala el autor en cita el daño tiene que ser necesariamente de difícil o imposible reparación, lo que no significa que sea irresarsible, sino irreversible. Es decir, la irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que su bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización

Concluye comentando respecto de este tema el Dr. Alvarado al puntualizar que aun cuando se den los presupuestos de dicha figura necesariamente se debe de valorar el interés público. Es decir que la apreciación del daño irreparable debe hacerse en presencia de la apreciación del posible daño que para los intereses generales pueda derivarse de la adopción de la medida cautelar. En pocas palabras, la irreparabilidad del daño para el recurrente ha de ser ponderada y comparada con la irreparabilidad del daño para el interés público.

B) *Fumus Boni Iuris*, es también conocido como la Apariencia del Buen Derecho, que en complemento con el *periculum in mora*, son indispensables para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

En este sentido, tenemos que para que sea dable una medida cautelar, tiene que haber un derecho que está en inminente peligro de verse afectado, y que lo que se pide o bien, el derecho que se pretende demostrar exista de manera fehaciente, al menos en primer acercamiento hecho por el juzgador. Para el autor en cita, “Es indispensable que el derecho que se pretende cautelar, aparezca como probable, con una probabilidad calificada”.

Esta probabilidad calificada, es en si, según el autor, el primer acercamiento que realiza el juzgador, para que sin alcanzar absoluta certeza, razone si lo visto y señalado por el solicitante de la medida es un derecho que debe tutelar de manera urgente.

Esta visión del juzgador, deberá ser rápida y producto de un proceso de cognición que solamente se concrete a apreciar superficialmente la verosimilitud del derecho que se pide y sobre el derecho del demandante, respecto de lo que esta solicitando.

Concluye el Dr. Alvarado, al señalar que en materia administrativa, el *fumus boni iuris* tiene dos componentes igualmente importantes, ya que se trata de comprobar, de un lado, la aparente existencia de un derecho o interés del promovente que esta corriendo un peligro de sufrir un daño irreversible y, de otro, la probabilidad de que el acto administrativo sea ilegal.

Es decir, en la tutela cautelar administrativa el juez o tribunal tiene que hacer una doble comprobación: primero sobre la apariencia del buen derecho, en el sentido de que el actor sea titular de un derecho o interés legítimo que necesita la tutela (interés suspensorial), y segundo, sobre la apariencia de la ilegalidad de la actuación de la autoridad administrativa (hecho ilegal al parecer notorio en primera observación).

En otras palabras, este principio, equivale, sino a una incontestable realidad, al menos a la probabilidad de la existencia del derecho en cuestión.

Presupuestos de las medidas cautelares positivas.

Evidentemente, el juzgador al momento de considerar el otorgamiento de la medida cautelar positiva, deberá contemplar que al menos se este en presencia de cualquiera de los siguientes casos:

1. Que la Sala Regional ejercite esta facultad (o la solicite el actor)
2. La existencia de una situación Jurídica duradera.
3. La posibilidad de que se produzcan daños sustanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende (interés suspensorial), por el simple transcurso del tiempo (*Periculum in mora*)

Presupuestos a considerar en la adopción de la medida cautelar positiva.

1. ¿Que efecto producirá sobre la “situación jurídica duradera” el paso del tiempo?
2. ¿En que medida una situación tardía podrá dar satisfacción real al derecho o “situación jurídica duradera”, que se pretende proteger?
3. Si la pretensión requiere una actuación de la administración, la medida cautelar no puede ser la suspensión, *sino una medida cautelar positiva, que incluso puede tener un cierto contenido anticipatorio o efecto restitutivo*, pues la determinante no es permitir la ejecución de una sentencia futura, manteniendo hasta entonces una situación fáctica inalterada, sino imponer desde un primer momento las conductas a la administración que eviten una sentencia posterior, susceptible de ejecutarse materialmente pero insatisfactoria para quién promovió el juicio.

Ejemplos de algunas medidas cautelares positivas que se pudieran otorgar.

Como se observó del texto del artículo 26 de la ley de la materia, no se contemplan las formas ni las características de una medida cautelar positiva, lo que es más, en el artículo 24 de la misma ley, se habla de las medidas cautelares; lo que a nuestro juicio, se trata de una auténtica cláusula general abierta, que habrá de irse regulando con el paso del tiempo, deseando que en una futura reforma a la ley, dicha cláusula abierta se regule, sin ser restringida en cuanto a sus alcances, en tratándose de las medidas positivas.

En cualquier caso deberán tenerse en cuenta dos principios fundamentales:

1. La legislación reguladora de los actos y la legislación supletoria de la ley de la materia.

2. Que tales medidas han de estar ponderadas a asegurar la efectividad de la futura sentencia y ser proporcionales a la consecución de esa finalidad.

Así las cosas, tenemos como ejemplos de medidas cautelares positivas que pudiera dictar el juzgador, las siguientes:

A) Que se ordene a la Administración Pública a aceptar a un candidato a participar en un concurso administrativo determinado (P ejem, concursar en una Licitación Pública).

B) Que se obligue a la Administración Pública a conceder la prorrogas provisional de un permiso para la prestación de un determinado servicio público (permiso que fue negado en principio por alguna formalidad que se tacha de ilegal en el propio juicio).

c) Que se ordene a la Administración Pública a no aplicar un decreto o acuerdo de carácter general, diverso a los reglamentos, hasta que se resuelva sobre su legalidad.

D) En caso de negativa ficta, que se ordene a la Administración Pública a permitir al particular actuar conforme lo solicitado y no atendido por a autoridad (confirmar un criterio legal).

E) Ordenar a la Administración Pública la anotación preventiva de la demanda en un registro público determinado.

F) Obligar a la Administración Pública a la entrega de cosa cierta y determinada o al cumplimiento de una prestación de carácter personal (sueldos o salarios, tratándose de servidor público inhabilitado o cesado).

G) Imponer a la Administración Pública la custodia de un bien mueble para poder entregarlo en fase de ejecución al acreedor.

H) Imponer, con toda prudencia y previa garantía a la Administración Pública prestaciones de no hacer o deshacer (no otorgar un derecho o autorización a un tercero, hasta no resolver la litis del afectado).

I) Imponer a la Administración la obligación de provisionar como medida cautelar un adeudo indubitado reclamado a ella (adeudos por arrendamiento).

J) La que obliga a la Administración a habilitar al actor a realizar una actividad reglada y obligatoria e imponer la inscripción, con carácter provisional, de inscripción en algún Registro ganadero, industrial, marcario u otro.

IV. CONCLUSIONES

1. Según el texto de la ley de la materia mexicana, no hay en un principio, límite alguno para la adopción de cuantas medidas cautelares aseguren la efectividad de la sentencia. Será la imaginación de las partes y del órgano jurisdiccional las que decidirán caso a caso, pero respetando los límites y condiciones exigidos por la ley, así como el principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo.

2. Las medidas cautelares atañen directamente a la justicia, más en sentido institucional que orgánico. Lo que significa que la Administración, en cuanto agente directo e inmediato del interés general, pueda y deba disponerlas, consolidando el principio de legalidad.

3. Las medidas cautelares positivas implican requerimientos y obligaciones a la Administración Pública a decidir, a dictar actos o resolver puntos de derecho e, incluso, a tomar todas las medidas de refuerzo necesarias que permitan la eficacia del derecho alegado. Exigen, pues, que ella asuma una determinada conducta que garantice o asegure el contenido de un derecho o situación jurídica determinada. Es decir, le imponen a la Autoridad obligaciones positivas, órdenes, creando con ello situaciones jurídicas nuevas, de ahí que en muchos casos, produzcan repercusiones más importantes sobre el orden jurídico que la simple suspensión de la ejecución del acto impugnado. Asimismo, debido a estos efectos, las medidas cautelares tienen su riesgo al adoptarse, pero dicho riesgo no es mayor al de cualquier otra medida cautelar.

4. Debería profundizarse en el sentido de instituir instancias y procedimientos que fueren a los órganos administrativos a preocuparse más por los intereses que su accionar afecta, con concretas responsabilidades e interacción de consecuencias, que persuadan a los funcionarios de que no son omnipotentes ni eternos ni infalibles. Las medidas cautelares decretadas por los órganos judiciales no merecen encorsetamientos ni clasificaciones escrupulosas y prolijas pero, la mayor parte de las veces, irrelevantes en la práctica. A pesar del extremo casuismo que siempre impera en esta materia, y de la angustia de la imperiosa necesidad de reparar urgentemente los casos en que se clama pronta solución, nunca debería perderse de vista un doble fin: la imparcialidad durante el proceso y la atención al interés público.

5. Definimos a la medida cautelar (diferentes modalidades, en este caso la suspensión de la ejecución) como aquella medida que cumple una función de satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Si bien posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas (instrumentalidad, provisoriedad, no causa prejuizgamiento y es de ejecutabilidad inmediata); ciertamente gozan de particularidades que le son propias. Ello así, el dictado de una sentencia anticipatoria presupone un conocimiento en grado de “certeza provisional” del derecho invocado en la demanda y la “irreparabilidad del perjuicio” en el caso de subsistir la tardanza en el otorgamiento.

6. En el ámbito administrativo mexicano, si bien las medidas cautelares aún en ausencia de texto legal específico a través de la aplicación analógica de la medida cautelar genérica o innominada; lo lógico sería, ante la proliferación de pronunciamientos judiciales que hacen lugar a la medida –sin perder de vista las especiales circunstancias del caso dado la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos- el rápido implemento de una legislación que permitan un trámite adecuado sin necesidad de recurrir a artificios que atentan contra los principios de derecho de certeza y seguridad jurídica.

7. Las medidas cautelares que contempla la nueva Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo Mexicana marcan un nuevo rumbo tendiente a dar una solución de urgencia ante requerimientos que no admiten demora.

8. Falta mucho que hacer y decir en materia de Medidas cautelares Positivas por ello, se deben de contemplar más las experiencias de países que ya las tienen exploradas.

9. La incorporación de las medidas cautelares en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo mexicano es un avance que responde a una corriente doctrinaria moderna, especialmente la española, lo que debería ser emulado en el orden federal de México.

10. En el caso de las medidas cautelares mexicanas, la falla más importante es el hecho de que no existe en la ley de la materia, ningún medio de defensa cuando se niegue la medida cautelar solicitada.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Alcalá Zamora Castillo Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II. números 12-20. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios doctrinales. UNAM. México. 1992.

Armienta Gonzalo. *El Proceso Tributario en el Derecho Mexicano*. Librería Manuel Porrúa. México 1977.

Bocanegra Sierra, Raúl. *La teoría del acto administrativo*. Editorial IUSTEL. Madrid, España. 2003.

Carrasco Iriarte Hugo. *Derecho Fiscal Constitucional*. Editorial Oxford. México 2002.

Chinchilla Marín Carmen.-*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Editorial Civitas S.A. Madrid.

-*La tutela Cautelar en la nueva justicia administrativa*. Servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas S.A. Madrid.1991.

Chiovenda José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Reus. Madrid 1925. Tomo II.

Cortina Gutiérrez. Alfonso. *Ensayos Jurídicos en Materia Tributaria*. Editorial Themis. México 1993.

Coscolluela Montaner, Luis. *Manual de derecho administrativo*. Editorial Thomson-Civitas. Navarra, Madrid. 2006. Vigésimosexta edición.

Díaz González Luis Raúl. *Medios de Defensa Fiscal.* Editorial Sisco. México 1999.

Esquivel Vázquez Gustavo A. *La prueba en el Juicio Fiscal Federal.* 3ª Edición. Editorial Porrúa. México

Fix Zamudio Héctor, Introducción al estudio del Proceso Tributario Mexicano. Homenaje a Sayagués-Laso (Uruguay) Instituto de estudios de la Administración local, 96 bis. Madrid 1969.

Fix Zamudio, Héctor. *Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano.* 1ª edición México. El Colegio Nacional.1983.

Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S.A. Vigésimo Novena Edición. Año 1990.

Frydman, Patrick. *Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés.* Publicación Diario El Derecho, 28 de junio de 2000.

García De Enterría, Eduardo. La justicia administrativa en el cambio de siglo, en "Responsa Iurisperitorum Digesta", vol. II. Universidad de Salamanca. 2001.

García De Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva justicia Administrativa.* Editorial Civitas. Madrid. 2da. Edición Ampliada. 1989.

García Ramírez Sergio. *Elementos de Derecho Procesal Agrario.* Editorial Porrúa S.A. México 1998.

García-Trevijano Fos, José Antonio. *Los actos administrativos.* Editorial Civitas. Madrid, España, 1991. Segunda Edición.

Gimeno Sendra, Víctor. Moreno Catena, Víctor y Sala Sánchez, Pascual. *Derecho Procesal Administrativo.* Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. Madrid, España. 2004. Segunda Edición.

Góngora Pimentel Genaro. *La suspensión en materia Administrativa.* Sexta edición. Editorial Porrúa. México.

González Pérez Jesús. *El Derecho de la Tutela Jurisdiccional.* Editorial Civitas. Madrid.

González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo.* Editorial Civitas. Madrid, España. 2001. Tercera Edición.

González Pérez, Jesús. *Manual de Práctica Forense Administrativa.* Editorial Civitas. Madrid, España 2001. Sexta Edición

Hamlet. *Prince of Denmark*. acto III, escena I, en "The complete works of William Shakespeare", Londres, Spring Books. 1978. Pág. 960. El texto, traducido frecuentemente como las tardanzas de la justicia dice, algo más genéricamente: the law's delay (Obras completas, tr. Luis Astrana Marín, Madrid).

Heduán Virués Dolores, *Las Funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*. Compañía Editorial Continental S.A. México 1961.

Kaye J. Dionisio *Breviario de Procedimientos Fiscales de Defensa*. Editorial IEE, S.A. México 1981.

Kaye. Dionisio J. , Kaye Trueba Christian. "Nuevo Derecho Procesal Fiscal y Administrativo". Editorial Themis, México 2002.

Kilmanovich Jorge L. *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2000.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas. Madrid, España. 2007.

Mateo Martín, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Thomson-Aranzadi. Madrid, España. 2007.

Montiel y Duarte Isidro, *Derecho Público Mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871, t. IV.

Nava Negrete Alfonso. *Derecho procesal Administrativo*. Editorial Porrúa. México 1959.

Nava Negrete Alfonso y Sánchez Gómez Narciso. *Justicia Administrativa en México*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Compañía Editorial Impresora y Distribuidora, S.A. México 2002.

Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2007.

Podetti Ramiro. *Tratado de la Medidas Cautelares*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995.

Treviño Garza Adolfo J. *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*. Editorial Porrúa. México 1997.

Rodríguez Lobato Raúl. *Derecho Fiscal*. Editorial Harla. Segunda Edición. México 1996.

Sánchez Morón, Miguel. Leguina Villa, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.* Editorial Lex Nova. Valladolid, España. 1999.

Vázquez Galván Armando y García Silva Agustín, *El Tribunal de los Contencioso Administrativo del Distrito Federal.* Ediciones Orto S.A. México 1977.

Legislación de México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Fiscal de la Federación.

Ley de Amparo.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

Legislación de España

Constitución Española. Editorial Dilex. Madrid, España. 2004.

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. Publicada en I Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre. Comentada por Rebollo Martín, Luis. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, España. 2003.

Legislación Administrativa. Editorial Tecnos. Madrid, España. 2007. Décima Edición.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Editorial Tecnos. Madrid, España. 2004. Cuarta Edición.

Ley Orgánica del Poder Judicial. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2007. Octava Edición.

Páginas Electrónicas

1. www.juridicas.unam.mx
2. www.ordenjuridico.gob.mx.
3. www.sat.gob.mx
4. www.tff.gob.mx
5. www.scjn.gob.mx
6. www.boe.es

Diccionarios y Enciclopedias

De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. Trigésima Segunda Edición. Editorial Porrúa México, 2003.

Diccionario Larousse Ilustrado. Editorial Larousse. México, 2004.

Enciclopedia México a través de los Siglos. Editorial Océano. España, sin año. Tomo II.

Enciclopedia Ilustrada Cumbre. Editorial Hachette Latinoamérica. México, sin año.

Gil Valdivia, Gerardo. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1985. Tomo V.

Reyes Altamirano, Rigoberto. *Diccionario de Términos Fiscales*. Cuarta edición. Tax Editores. México, 2004. Tomo II.

Vocabulario Jurídico, 3ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. 2004.

Revistas y Periódicos

REVISTA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. *A los LXX años de la ley de Justicia Fiscal*. Tomo III, año 2006. México.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA. Novena Época. México.

* * * *

ⁱ Ex alumno del Dr. Alfonso Nava Negrete, Abogado en materia fiscal y comercio exterior; Maestro en Derecho Administrativo y Fiscal, Especialista en Derecho del Comercio Exterior y Candidato a Doctor en Derecho Tributario de la Universidad de Salamanca.