

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Manuel LUCERO ESPINOSA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Requisitos excesivos.* III. *Medidas cautelares innominadas.* IV. *Confusión entre la suspensión general y la suspensión específica.* V. *Protección a las medidas cautelares.* VI. *Propuesta de reformas a las medidas cautelares.*

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo III del título II de los artículos 24 al 27 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (en adelante LFPCA) se establecen las medidas cautelares. La incorporación de estas medidas constituye una novedad de vital importancia para la impartición de la justicia administrativa, toda vez que, como la jurisprudencia y la doctrina han establecido, son instrumentos establecidos en la ley a favor del demandante, con la finalidad de asegurar el resultado del juicio.

En síntesis, podemos decir que las medidas cautelares implican una pretensión de tutela anticipada, o el anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, al servicio del proceso contencioso.¹

Por lo anterior, tenemos que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva; este derecho se encuentra consagrado en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, el cual establece que:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

¹ Kielmanovich, Jorge L., *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 31.

La primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

...como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa, y en su caso, se ejecute esa decisión.²

El que “se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”, implica que la tutela a la jurisdicción efectiva comprende el derecho a obtener una sentencia efectiva, y por esta debe entenderse que por el transcurso del tiempo del proceso no sea ilusoria o se malogre, pues como lo señala el profesor español Santiago Gonzáles Varas Ibáñez:

...las medidas cautelares deben lograr la adecuación tiempo-resolución del fallo, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal del momento del fallo con la realidad jurídica que resuelve a los efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz. De poco vale que se reconozca a un sujeto un derecho si ello ocurre en un momento en el cual el fallo ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o, igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños si cautelarmente se le hubiera mantenido en su posición jurídica del momento en que plantea una pretensión cautelar.

La justicia administrativa debe ser adecuada temporalmente con la realidad jurídica que resuelve, y a este fin debe agudizarse la importancia de las medidas cautelares, como medio de corrección del peligro de la justicia a destiempo.³

El establecimiento de esta tutela provisional es de vital importancia, no solo para los justiciables, sino también para el juzgador; la finalidad de las medidas cautelares, como indicamos, es la de reducir los riesgos que se generan por el retardo de la emisión de la sentencia final; también, como lo señalamos, este riesgo ocasionaría que se alteraran las circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de la presentación de la demanda, que harían ilusorias e ineficaces las sentencias definitivas favorables a los

² Tesis: 1a. LIII/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. 181,552, t. XIX, mayo de 2004, p. 513.

³ “Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso administrativa”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993, pp. 43 y 44.

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.

Por ello, también podemos considerar que 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 de terceros particulares.

Ahora bien, no obstante las bondades que representa el establecimiento de las medidas cautelares, se considera necesario hacer ciertas reflexiones respecto de su regulación en la LFPCA, a fin de determinar si se cumple con la finalidad de su regulación.

II. REQUISITOS EXCESIVOS

El artículo 24 de la LFPCA establece los requisitos que debe contener el escrito para solicitar medidas cautelares, la cual los establece de manera excesiva, ya que requiere que el demandante cumpla con lo siguiente:

- a) Señalar nombre y domicilio para oír notificaciones en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando el solicitante tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la sala regional competente, en cuyo caso el domicilio señalado para tal efecto deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la sala competente.
- b) Señalar la resolución que se pretende impugnar y la fecha de notificación de la misma.
- c) Expresar los hechos que se pretenden resguardar con la medida cautelar.
- d) Mencionar los motivos por los cuales solicita la medida cautelar que se solicita.
- e) Acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida que solicita.
- f) Anexar una copia del escrito mencionado por cada una de las partes que vayan a participar en el juicio, para correrle traslado.

Además, el propio precepto establece que en caso de no cumplir con los requisitos mencionados se tendrá por no interpuesto el incidente de solicitud de medidas cautelares.

Ahora bien, consideramos que tales requisitos son innecesarios por repetitivos, en virtud de que, por lo que respecta al nombre y domicilio del demandante, la cita de la resolución impugnada y la fecha de la notificación de la misma, así como la copia para cada una de las partes, ya se encuentran previstos como requisitos que debe contener el escrito de demanda.

En relación con los demás requisitos, se considera que no deben exigirse; en primer lugar, porque nos parece repetitivo que se exija mencionar los hechos y los motivos por los cuales se solicita una medida cautelar, ya que si bien conceptualmente “motivos” y “hechos” son diferentes, en esencia tienen el mismo objetivo, que es el de señalar al juzgador las razones por las cuales se solicitan dicha medidas. En segundo lugar porque, dada la informalidad que rige el procedimiento contencioso administrativo, aun cuando no se señalen tales requisitos el juzgador tiene la obligación de resolver sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada, y no tener por interpuesto el incidente respectivo.

En cuanto al requisito de acreditamiento, el derecho que tiene el actor para solicitar la medida cautelar, nos parece que también es innecesario, por repetitivo, en virtud de que este derecho se encuentra vinculado con el interés jurídico, que se establece como requisito para la procedencia del juicio contencioso administrativo; en tal virtud, si el actor ha promovido un juicio contencioso administrativo porque un acto administrativo o decretos y acuerdos de carácter general afectan su interés jurídico, es indiscutible que también tiene derecho para solicitar una medida cautelar.

Con relación al anexo, consistente en una copia del escrito donde se solicita la medida cautelar, cabe mencionar que este requisito también sería innecesario, cuando tales medidas se solicitan en el escrito de demanda, porque en el artículo 15, fracción I, de la LFPCA, existe la obligación de adjuntar un tanto más de la demanda para cada una de las partes.

III. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

El artículo 24 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establece de manera expresa que, en el juicio contencioso administrativo pueden decretarse “todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hechos existente”; de esta manera, tenemos que el establecimiento del *numerus apertus*, significa la admisión de medidas cautelares innominadas, es decir, las establecidas por el legislador mediante una

cláusula abierta, puesto que no se encuentran contempladas específicamente en la ley, concediendo al juez la facultad discrecional de adoptar cualquier medida que en cada caso concreto permita adecuarse a la variedad de hechos y situaciones que puedan presentarse en la realidad del proceso jurisdiccional a fin de mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia, o causar un daño irreparable al actor.

1. *Incorporación de medidas cautelares positivas*

La primera cuestión que surge de la regulación mencionada es que afortunadamente se ha superado el acotamiento en la suspensión exclusiva del acto administrativo, como única respuesta jurisdiccional en materia de la justicia cautelar, la cual, si bien resulta perfectamente aplicable a los actos de gravamen, pero resulta una medida ineficaz frente a actos administrativos denegatorios de derechos, pues como lo señala el tratadista español Jesús Gonzáles Pérez:⁴

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. 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, adecuadas al contenido del acto o disposición objeto de impugnación y al objeto de la pretensión.

2. *Límites a las medidas cautelares*

Otra cuestión que, ante el establecimiento de medidas cautelares innominadas, se puede desprender, es determinar si existe un límite a la adopción de esas medidas, o por el contrario, no existe restricción alguna para la imaginación de litigantes, o del juzgador, de adoptar las medidas cautelares que estimen pertinentes.

Aunque nos parece que la respuesta correcta sería la segunda, también se estima que tal situación puede entrar en crisis, por dos razones:

- 1) La primera, de índole regulativa, en el sentido de que el propio artículo 24 en comento dispone que la sala regional podrá “dictar las medi-

⁴ *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 142.

das cautelares cuando las pida el actor, pero deberá motivar cuidadosamente las medidas adoptadas; para ello, el particular justificará en su petición las razones por las cuales las medidas son indispensables”; tal regulación condiciona la adopción de las medidas cautelares a motivar debidamente su adopción, y justificar, por el actor, su petición, con lo cual, indudablemente, nos parece que existe una limitante a su adopción.

- 2) La segunda razón del orden práctico consiste en que el establecimiento de medidas cautelares diferentes a la suspensión de la ejecución del acto impugnado ha originado cierto desconcierto en los juzgadores, que normalmente han venido denegando otras medidas cautelares bajo argumentos tales como “no es posible otorgar la medida porque sería dar efectos restitutorios, lo que sólo es posible mediante la sentencia definitiva”, “que no se puede otorgar la medida porque la resolución impugnada versa sobre actos negativos”, y otros similares; con lo cual olvidan una regla básica de la procedencia de las medidas cautelares, consistente en que si el acto impugnado es una resolución de gravamen, y la pretensión consiste en la mera anulación del acto de la medida cautelar que deberá solicitarse, será la suspensión; en cambio, sí el acto impugnado es un acto denegatorio, y la pretensión es el reconocimiento o restitución de un derecho, la medida cautelar a solicitar será una de carácter positivo.

3. Medidas cautelares tratándose de actos generales normativos

Otra cuestión que puede generarse por la adopción de medidas cautelares diferente a la suspensión se puede presentar tratándose de impugnación de actos administrativos, decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, pues dado que para estos no existe limitante alguna para adoptar cualquier medida cautelar, cabría preguntarse ¿puede en sede cautelar, a través de una medida cautelar positiva, modificar una disposición de carácter general?

Como en nuestra opinión no hay limitante ante un acto denegatorio que se impugne conjuntamente con el acto que contenga la disposición aplicada en dicho acto, parece que es posible esa modificación.

Como ejemplo de lo anterior, cabe citar la medida cautelar otorgada por los tribunales alemanes en el caso llamado “guerra del banano”, que consiste en ordenar a la administración pública la expedición provisional de certificados de importación adicionales a favor de la empresa demandante, no obstante que la normativa reguladora de la comercialización de plátanos

establecía una cantidad inferior; con esta medida cautelar, el tribunal que conocía de la impugnación de la normativa, pudo sustituirla cautelarmente, al ordenar la expedición de certificados de importación en cantidad mayor a la contemplada por la norma respectiva.

Para mejor comprensión, a continuación se detalla dicho caso, en los términos relatados por Susana de la Sierra:⁵

La empresa T. Port, con sede en Alemania, comercializaba con plátanos no comunitarios ni pertenecientes a los países ACP,⁶ sino procedente de países terceros en el sentido indicado por el reglamento mencionado.⁷ Dicho reglamento estableció unos contingentes a la importación, que se calcularían en función de las cantidades comercializadas por las empresas concernidas en un período concreto, el comprendido entre 1989 y 1991. Este modo de cálculo perjudicaba a T. Port, toda vez que dicho período había sido especialmente crítico para la empresa, por una serie de circunstancias que se detallan en la sentencia. En este sentido, se alegaba, el supuesto constituía un “caso de rigor” (en la expresión del reglamento comunitario afectado) que como tal habría de ser declarado por la comisión, estableciendo las mediadas que al efecto estimara oportunas.

El organismo nacional competente en Alemania para conceder los certificados de importación de plátanos era la Oficina Federal de Agricultura y Alimentación (*Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*), en adelante “el *Bundesanstalt*”. Concedidos a T. Port los certificados correspondientes en función de los requisitos previstos en el reglamento, la empresa solicitó certificados suplementarios alegando la existencia de un caso de rigor, justificado por la amenaza de una situación de quiebra sin no se obtenían los certificados. Denegados los mismos, T. Port recurrió ante el tribunal contencioso-administrativo de primera instancia, el *Verwaltungsgericht* de *Frankfurt am Main*, solicitando asimismo la adopción de medidas cautelares. El tribunal desestimó la pretensión cautelar, desestimación que fue objeto de recurso ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Superior (*oberverwaltungsgericht*) de Hessen, quien la confirmó. Interpuesto un nuevo recurso ante el tribunal de Frankfurt solicitando medidas cautelares, y habiendo confirmado el tribunal de Hessen por segunda vez la desestimación en la instancia de dichas medidas, este último hubo de terminar acordando la adopción de las mismas a raíz de una resolución del tribunal constitucional alemán. En efecto, el tribunal constitucional

⁵ Aranzadi, Thomson, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, p. 107.

⁶ La autora se refiere a África, Pacífico y el Caribe.

⁷ En este caso se hace referencia al reglamento (CEE) núm. 404, del consejo, del 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano.

anuló esta segunda sentencia del tribunal de Hessen por entender que no había examinado adecuadamente el riesgo de quiebra que amenazaba a T. Port en función de su consideración como “caso de rigor excesivo”.

El tribunal de Hessen adoptó una nueva resolución el 9 de febrero de 1995, en la que ordenaba al *Bundesanstalt* la concesión de certificados adicionales de importación, estableciendo como condición que, de no vencer en el proceso principal, la empresa se vería obligada a imputar los contingentes adicionales a los que hubieran de otorgarse mediante el procedimiento ordinario en años sucesivos.

4. *Medidas cautelares de provisión anticipada*

Otro caso que puede presentarse, derivado de la regulación de medidas cautelares innominadas, es el de los casos de impugnación de actos denegatorios de derechos de pago, como pueden ser los de pensiones, devolución de pago de lo indebido, o de responsabilidad patrimonial.

Como se ha indicado, el artículo 24, que comentamos, establece que en el juicio contencioso administrativo pueden detectarse todas las medidas cautelares, y desde luego las positivas, por lo que no encontramos impedimento alguno que en los casos en que se impugnen actos que nieguen el aumento de las pensiones de cualquier cantidad a que se tenga derecho a su devolución, por haber sido percibida indebidamente por el Estado, o de la indemnización por los daños o perjuicios causados por la actividad administrativa irregular.

Tales medidas serán a través de órdenes de aseguramiento u órdenes de regulación; las primeras “se adoptarán en los supuestos en que exista peligro de frustración de la realización de un derecho, o bien si dicha realización resulta sumamente difícil; todo ello, en función de un cambio de la situación existente hasta entonces”;⁸ en cambio, las segundas “se adoptarán cuando resulten necesarias para evitar graves perjuicios..., o para hacer frente a una fuerza amenazante”.⁹

En tal virtud, con la solicitud de una medida cautelar positiva, el actor puede obtener anticipadamente, mientras llega el momento en que se anule el acto denegatorio del derecho de pago de la prestación reclamada, ya sea que le concedan la pensión que solicita, o en su caso, una parte de la suma reclamada, por concepto de pago de lo indebido, o por la indemnización de la responsabilidad patrimonial del Estado.

⁸ Sierra, Susana de la, *op. cit.*, p. 176.

⁹ *Ibidem*, p. 177.

Tales medidas son perfectamente procedentes, porque no hay que olvidar que las medidas cautelares positivas también tienen su fundamento en la necesidad de garantizar al gobernado una tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 17 constitucional, con el propósito de disminuir el *periculum in mora*, lo que da por resultado asegurar los efectos de la sentencia definitiva, en el supuesto de que esta sea favorable al actor.

IV. CONFUSIÓN ENTRE LA SUSPENSIÓN GENERAL Y LA SUSPENSIÓN ESPECÍFICA

A la entrada en vigor de la LFPCA, nos hemos percatado de que existe una seria confusión respecto de cuál es el fundamento legal que deben aplicarse para fundamentar la solicitud y/o el otorgamiento de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, respecto del cual no existe un acto previo de la autoridad ejecutora que la haya denegado.

Lo anterior obedece a que tal ordenamiento legal establece la suspensión de la ejecución del acto impugnado en general, como una medida cautelar regulada por sus artículos, del 24 al 27, y otra específica a través de la impugnación en la vía incidental de un acto de autoridad denegatorio, de rechazo de la garantía o de reinicio de la ejecución, regulada en el artículo 28.

Dicha confusión se ha visto que no solo los litigantes la han tenido, incluso en nosotros los juzgadores se ha presentado, pues mientras en algunos casos la suspensión se solicitaba se otorgaba y se exigía la garantía del interés fiscal, como requisito de procedibilidad de tal medida cautelar, aplicando el artículo 28 de tal ordenamiento; en otros casos, la solicitud y su otorgamiento, aplicando el artículo 24, y la garantía se establecía como requisito de eficiencia o eficacia de la medida cautelar, conforme a lo previsto en el numeral 25 de ese mismo ordenamiento legal.

Para ello basta, por ejemplo, mencionar las tesis que ha emitido la sala superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y que se encuentran publicadas en su revista número 73, tomo III, de enero de 2007, páginas 833 y 835, cuyas voces son las siguientes:

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. ES UNA ESPECIE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS POR LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. LA SOLICITUD PREVIA A LA AUTORIDAD DEMANDADA NO ES UN REQUISITO PARA SU PROCEDENCIA, DE CONFORMIDAD CON LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Por si lo anterior fuera poco, también la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incurre en el error en comentario, tal y como se desprende de la jurisprudencia por contradicción núm. 56/2007, cuya voz es la siguiente:

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS.

En nuestra opinión, consideramos que tratándose de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sin que su solicitud derive de un acto denegatorio previo por parte de la autoridad ejecutora, su regulación, como se ha indicado, se encuentra prevista en lo dispuesto por los artículos, del 24 al 27, de la ley referida, ya que conforme con el numeral 24, el demandante puede solicitar “todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor...”.

Por lo que si este precepto establece que pueden solicitarse “todas las medidas cautelares”, es indiscutible que entre ellas se encuentra la suspensión; esto, en virtud de que este dispositivo legal, como también hemos mencionado, establece una cláusula abierta para que el juzgador pueda otorgar la medida cautelar que se estime pertinente, para “mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor...”, incluyendo en ellas a la suspensión.

Ahora bien, el propio artículo 24 establece que en los casos en que se pueda causar una afectación patrimonial el magistrado instructor exigirá una garantía para responder de los daños y perjuicios que se causen con la medida cautelar, situación que se reitera en el artículo 25.

En este caso, si los créditos fiscales constituyen ingresos que el Estado o sus organismos descentralizados tienen derecho a percibir, según lo prevé el artículo 4o. del Código Fiscal de la Federación, es indiscutible que quien solicite la medida cautelar de suspensión tiene el deber de otorgar la garantía para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el otorgamiento de la medida cautelar, en el caso de que la sentencia definitiva no sea favorable al actor.

Por ello, el artículo 28 no es aplicable para este caso, pues tal dispositivo prevé el incidente de “suspensión de la ejecución” en la forma en que lo

consignaban los artículos 237 y 238 del Código Fiscal de la Federación; es decir, que para la procedencia de esta suspensión es requisito *sine qua non* la existencia de un acto previo de la autoridad ejecutora en el que: *a*) niegue la suspensión, *b*) rechace la garantía ofrecida, o *c*) reinicie la ejecución.

No es óbice para considerar lo anterior el hecho de que en las fracciones VI y XI del tal precepto prevean los requisitos que han de observarse tratándose de la suspensión relativa a la ejecución de actos relativos a la determinación, liquidación, ejecución o cobro de contribuciones o créditos de naturaleza fiscal y los requisitos a considerar, en caso de que la ley que regule el acto administrativo cuya suspensión se solicite no prevea la solicitud de la suspensión ante la autoridad ejecutora, respectivamente, en tanto que tal regulación no se debe aplicar a supuestos que no regula y, sobre todo porque, de lo previsto en los artículos 24 a 27 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, existe la regulación suficiente para otorgar una medida cautelar de suspensión, aun tratándose de créditos fiscales, tal y como se señaló anteriormente.

Por ello, si bien en estos últimos preceptos no se hace referencia alguna a las reglas que el juzgador ha de observar para decretar la suspensión de la ejecución del acto demandado, tratándose de créditos fiscales, ya que no es necesario, en virtud de que, como ya se mencionó, quien solicita una medida cautelar, incluida la suspensión de la ejecución del acto demandado, está obligado a garantizar los posibles daños y perjuicios que su otorgamiento pueda causar a su contraparte, de no obtener una sentencia favorable, en los términos previstos por los artículos 24 y 25.

En mi opinión, se ha hecho una indebida interpretación del artículo 28, pretendiendo su aplicación para supuestos que tal dispositivo no prevé y omitiendo reglas básicas de interpretación que deben seguirse en los casos en que la norma sea controvertible, como lo es el citado precepto legal.

Por lo anterior, tenemos que hacer una interpretación usando los argumentos interpretativos conocidos como *a rúbrica* y *sedes materiae*, de los artículos 24 y 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, conforme a lo cual tenemos que el primer argumento interpretativo implica que, “dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los títulos, y a las divisiones legales que incluye aquélla”; y la segunda, “dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada, atendiendo a lugar que ocupa en el contexto del que forma parte”.¹⁰

¹⁰ Mendoza, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, pp. 168 y 179.

En esta medida, para la interpretación que nos ocupa es menester que esta se haga atendiendo al contexto en el que se encuentran previstos, es decir, considerando para entender y aplicar la norma, no solo su texto aislado, sino concomitante, los títulos o el lugar que ocupa en las divisiones legales de las cuales forma parte.

Por lo anterior, tenemos que el artículo 24 citado, por cuanto es el primero en el título II, capítulo III, designado “De las medidas cautelares”, establece en su párrafo inicial: “Una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor...”, de lo cual desprendemos que regula de forma abierta, general y generosa el incidente de medidas cautelares en el juicio contencioso administrativo, incluyendo entre tales la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución impugnada, y desde luego lo relativo al tema fundamental del otorgamiento de garantías, complementado con lo señalado en los artículos 25, 26 y 27; mientras que el artículo 28 de la misma ley únicamente norma la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución impugnada cuando se actualice alguna de las hipótesis detalladas en su primer párrafo; es decir, las previstas por el legislador para este tipo de suspensión, conforme a la cual hizo una distinción respecto de la que sería procedente conforme a lo previsto en el artículo 24. Así, el incidente de suspensión que reguló en el citado artículo 28 lo hizo como un medio de impugnación de un acto de la autoridad ejecutora que *a)* haya negado la suspensión solicitada en la vía administrativa, *b)* haya rechazado la garantía ofrecida, o *c)* haya reiniciado la ejecución.

Ahora bien, siguiendo los argumentos interpretativos antes referidos, y atendiendo a los títulos y a las divisiones, tenemos que en el artículo 24 se establecen en general las medidas cautelares, y que siendo la suspensión una especie de ellas, también se encuentra prevista en tal dispositivo; pero tal suspensión, también la encontramos en el artículo 28, de manera especial y para los supuestos que el mismo numeral establece. En consecuencia, si atendemos a su título y al contexto que guarda la norma en conflicto, tenemos que esa suspensión prevista en el artículo 28 solo es procedente cuando exista un acto de autoridad que: *a)* haya negado la suspensión solicitada en la vía administrativa, *b)* haya rechazado la garantía ofrecida, o *c)* haya reiniciado la ejecución. En cambio, de no existir ese acto, la suspensión se solicitará y tramitará conforme a lo previsto en los artículos 24 al 27.

Este criterio es compartido con el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito,¹¹ en la tesis que a continuación se transcribe:

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO EN EL JUICIO DE NULIDAD. DEBE TRAMITARSE CONFORME AL PROCEDIMIENTO GENÉRICO A SEGUIR TRATÁNDOSE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A QUE SE REFIERE EL CAPÍTULO III DEL TÍTULO II DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. De la interpretación armónica de los preceptos que integran el capítulo III del título II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo denominado: “De las medidas cautelares”, se concluye que el legislador previó en sus artículos 24 a 27 el procedimiento a seguir tratándose de las medidas cautelares en general, desde el acuerdo que admite el incidente de petición respectivo, el traslado que debe correrse a quien se impute el acto administrativo o los hechos objeto de la controversia, la solicitud del informe relativo que deberá rendirse en un plazo de tres días, hasta la resolución definitiva en que la sala regional decreta o niegue las medidas cautelares solicitadas que deberá dictar dentro del plazo de cinco días contados a partir de que se haya recibido el respectivo informe y su eventual revocación o modificación por motivo superveniente que lo justifique. Mientras que en su artículo 28 contempló específicamente la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado en el juicio de nulidad, cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, siempre que se cumplan los requisitos que señala, y estableció además en sus fracciones IX y XII, respectivamente, tanto la potestad del magistrado instructor para decretar la suspensión provisional, como la de la sala para modificar o revocar la sentencia interlocutoria que haya decretado o negado la suspensión definitiva, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique, y en la fracción VIII señaló que su trámite se sustanciará por cuerda separada y con arreglo a las disposiciones previstas en el aludido capítulo. Esto es, el citado artículo 28 no regula un procedimiento específico para la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado respecto del resto de las medidas cautelares, sino que remite al procedimiento genérico contemplado en los artículos referidos en primer término, pues aun cuando la mencionada suspensión debe sustanciarse por cuerda separada y el magistrado instructor, en el auto que la acuerde, podrá pronunciarse respecto a la suspensión provisional, siempre que se cumpla con los requisitos expresamente establecidos por el legislador, ello no obsta para que se cumpla con el resto de las etapas mencionadas del procedimiento general.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVIII, enero de 2008, p. 2826.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 147/2007, Maple Urbanizadora, S. A. de C. V., 27 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez; secretario: Mario Enrique Guerra Garza.

Por último, cabe señalar que en nuestra opinión el artículo 28 resulta innecesario, y debe suprimirse, pues lo que pretende el legislador ya se encuentra previsto en el último párrafo del artículo 144 del Código Fiscal de la Federación, que establece el incidente de negativa de suspensión, en los siguientes términos:

En caso negativa o violación a la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, los interesados podrán promover el incidente de suspensión de la ejecución ante la Sala del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que conozca del juicio respectivo u ocurrir al superior jerárquico de la autoridad ejecutora, si se está tramitando recurso, acompañando los documentos en que conste el medio de defensa hecho valer y el ofrecimiento o, en su caso otorgamiento de la garantía del interés fiscal. El superior jerárquico aplicará en lo conducente las reglas establecidas por este código para el citado incidente de suspensión de la ejecución.

V. PROTECCIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una vez decretadas las medidas cautelares por la sala respectiva, el último párrafo del artículo 25 de la LFPCA establece que si el obligado por las medidas cautelares no da cumplimiento a estas, o la autoridad no admite la garantía, la sala declarará, en su caso, la nulidad de las actuaciones realizadas con violación a dichas medidas e impondrá al renuente una multa por el monto equivalente de uno a tres tantos del salario mínimo general elevado al mes, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento, el sueldo del servidor público de que se trate, su nivel jerárquico, así como las consecuencias del no acatamiento que la medida cautelar hubiera ocasionado cuando el efecto lo señale. Asimismo, este dispositivo señala que ante tal incumplimiento el actor tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, la que será a cargo de la unidad administrativa en la que preste sus servicios el servidor público responsable.

Esta regulación, indudablemente que constituye un importante logro de la justicia administrativa, en tanto que beneficia no solo al gobernado que se ve afectado por un acto ilegal y renuente de la autoridad que le permite resarcirse de los daños y perjuicios que le haya ocasionado tal actuación de

la autoridad, sino también al tribunal que decretó la medida cautelar, pues le confiere potestades para obligar a la autoridad a cumplir con sus resoluciones.

En virtud de que este precepto no establece la forma y los términos en que se hará valer el incumplimiento de la medida cautelar y el pago de la indemnización, estimamos que el actor podrá, por un lado, promover la queja, y por otro, el incidente para el pago de la indemnización, de acuerdo con lo previsto en los artículos 58, fracción II, inciso a, apartado 4, y 39, último párrafo, de la LFPCA, respectivamente.

1. *Queja*

Tratándose del incumplimiento a la medida cautelar definitiva, la queja se interpondrá, por escrito, ante el magistrado instructor en cualquier momento; en dicho escrito se expresarán las razones por las que se considera que se ha dado el incumplimiento a la suspensión otorgada, y si lo hay, los documentos en que consten las actuaciones de la autoridad en que pretenda la ejecución del acto. El magistrado pedirá un informe a la autoridad a quien se impute el incumplimiento de la sentencia interlocutoria que hubiera otorgado la suspensión definitiva, que deberá rendir dentro del plazo de cinco días, en el que, en su caso, se justificará el acto o la omisión que provocó la queja; vencido dicho plazo, con informe o sin él, el magistrado dará cuenta a la sala o sección que corresponda, la que resolverá en un plazo máximo de cinco días.

Si la sala resuelve que hubo incumplimiento de la suspensión otorgada, declarará la nulidad de las actuaciones realizadas en violación a la suspensión.

La resolución a que se refiere esta fracción se notificará también al superior del funcionario responsable, entendiéndose por este, al que incumpla la suspensión decretada, para que proceda jerárquicamente, y la sala impondrá al funcionario responsable o autoridad renuente una multa equivalente a un mínimo de quince días de su salario, sin exceder de cuarenta y cinco días del mismo.

Por lo expuesto, desprendemos que en tal regulación existe un conflicto normativo, derivado de la contradicción entre los artículos 25, último párrafo, y 58, fracción II, inciso a, apartado 4, citados; en tanto que el primero establece que la multa al servidor público será por el monto equivalente de uno a tres tantos del salario mínimo general, elevado al mes; el segundo preceptúa que la multa equivalente a un mínimo de quince días de su salario, sin exceder el equivalente a cuarenta y cinco días del mismo.

Ante esta antinomia, estimamos que, dada la especialidad de la norma, la aplicable sería la segunda, por ser la norma especial que regula lo relativo a los términos en que la sala resolverá la queja.

2. Incidente para el pago de la indemnización

En el citado artículo 24 tampoco se prevé la forma y los términos en que el actor podrá hacer valer el derecho de pago de la indemnización por incumplimiento a las medidas cautelares; sin embargo, estimamos que por analogía debe aplicarse lo previsto en los artículos 39, último párrafo, y 52, de la LFPCA.

Este incidente se sustanciará conforme a lo siguiente:

- El magistrado instructor al admitirlo deberá ordenar correr traslado a la contraparte de la promoción respectiva, por el término de tres días, a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga.
- Con el escrito por el que se promueva el incidente o se desahogue el traslado concedido se ofrecerán las pruebas pertinentes y se presentarán los documentos, los cuestionarios e interrogatorios de testigos y peritos, cuando los haya, siendo aplicables para las pruebas pericial y testimonial, las reglas relativas del principal.
- Una vez transcurrido el plazo otorgado a la autoridad para que manifieste lo que a su derecho convenga, la sala procederá a emitir la resolución respectiva determinando la indemnización por daños y perjuicios que el actor haya comprobado, y atendiendo el tiempo transcurrido, hasta el total cumplimiento del fallo.

VI. PROPUESTA DE REFORMAS A LAS MEDIDAS CAUTELARES

En virtud de los excesivos requisitos que se piden al solicitante de medidas cautelares, a la confusión que se genera respecto de cuál es el fundamento legal que debe aplicarse para fundamentar la solicitud y/o el otorgamiento de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, respecto del cual no existe un acto previo de la autoridad ejecutora que la haya denegado, ante el peligro que entraña que los tribunales de amparo consideren que la LFPCA, en materia de suspensión, establece mayores requisitos que la Ley de Amparo, y que por ello no sería necesario agotar el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, estimados que debe reformarse el título II, capítulo III, designado “De las

medidas cautelares”, y que comprenden los artículos 24 al 28 de la ley indicada, en los siguientes términos:

Artículo 24. En cualquier tiempo, una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, y mientras no se dicte sentencia definitiva, los interesados podrán solicitar cuantas medidas cautelares sean necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, a fin de asegurar la efectividad de la sentencia, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

El magistrado instructor, dentro de las 24 horas, atendiendo a las circunstancias especiales de urgencia, podrá ordenar una medida cautelar, sin oír a la autoridad demandada, cuando considere que los daños que puedan causarse sean inminentes.

En los casos en que se pueda causar una afectación patrimonial, el magistrado instructor exigirá una garantía para responder de los daños y perjuicios que se causen con la medida cautelar.

Artículo 25. Las medidas cautelares se tramitarán incidentalmente y por cuerda separada.

En el acuerdo que admita el incidente de petición de medidas cautelares, el magistrado instructor ordenará correr traslado a quien se impute el acto administrativo o los hechos objeto de la controversia, pidiéndole un informe que deberá rendir en un plazo de tres días. Si no se rinde el informe o si este no se refiere específicamente a los hechos que le impute el promovente en la demanda, dichos hechos se tendrán por ciertos. En el acuerdo a que se refiere este párrafo, el magistrado instructor resolverá sobre las medidas cautelares que se le hayan solicitado, y de ser procedentes las concederá de manera provisional, hasta en tanto se dicte la resolución incidental definitiva.

Dentro del plazo de cinco días contados a partir de que haya recibido el informe o de que haya vencido el término para presentarlo, la sala regional dictará resolución definitiva en la que decrete o niegue las medidas cautelares solicitadas, decida, en su caso, sobre la admisión de la garantía ofrecida, a fin de que la medida cautelar surta sus efectos. Mientras no se otorgare la garantía, ante la autoridad ejecutora o ante la sala, según sea el caso, las medidas cautelares no surtirán sus efectos.

Mientras no se dicte sentencia definitiva, la sala regional que hubiere conocido del incidente, podrá modificar o revocar la resolución que haya decretado o negado las medidas cautelares, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

Si el obligado por las medidas cautelares no da cumplimiento a estas o la autoridad no admite la garantía, el actor podrá en queja hacer valer el incumplimiento de la medida cautelar. De ser fundada la queja la sala declarará, en su caso, la nulidad de las actuaciones realizadas con violación a dichas

medidas e impondrá al renuente una multa que corresponda. En este caso, el solicitante tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, la que, en su caso, correrá a cargo de la unidad administrativa en la que preste sus servicios al servidor público. El pago de la indemnización se hará valer vía incidental.

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.

Artículo 27. En los casos en los que las medidas cautelares puedan causar daños a la contraparte o a terceros, la sala regional las ordenará siempre que el actor otorgue garantía bastante para reparar mediante indemnización el daño y los perjuicios que con aquellas pudieran causarse si no obtiene sentencia favorable en el juicio. Si no es cuantificable la indemnización respectiva, la sala regional fijará discrecionalmente el importe de la garantía.

Las medidas cautelares podrán quedar sin efecto si el tercero da, a su vez, caución bastante para indemnizar los daños y perjuicios que pudieran causarse por subsistir las medidas cautelares previstas.

Por su parte, la autoridad puede obligarse a resarcir los daños y perjuicios que se pudieran causar al particular; en cuyo caso, el tribunal, considerando cuidadosamente las circunstancias del caso, puede no dictar las medidas cautelares. En este caso, si la sentencia definitiva es contraria a la autoridad, la sala regional, la sección o el pleno debe condenarla a pagar la indemnización administrativa correspondiente.

Artículo 28. Tratándose de la solicitud de la suspensión de la ejecución en contra de actos relativos a determinación, liquidación, ejecución o cobro de contribuciones o créditos de naturaleza fiscal, procederá la suspensión del acto demandado.

Dicha suspensión se tramitará en los términos de este capítulo.

La sala regional al otorgar la suspensión está facultada para reducir el monto de la garantía, que se alude en los artículos 24, 25 y 27 de esta ley, en los siguientes casos:

- a) Si el monto de los créditos excediere la capacidad económica del quejoso, y
- b) Si se tratase de tercero distinto al sujeto obligado de manera directa o solidaria al pago del crédito.