

Debido proceso y tutela cautelar innovativa: comentarios a la sentencia Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta*

Due process and innovative precautionary protection: comments on the sentence Concesiones Recoleta S.A. with the Municipality of Recoleta

Bryan Precht Precht

Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: bryan.precht@uautonoma.cl. <https://orcid.org/0009-0005-8748-1672>

Recibido el 31/07/2023

Aceptado el 11/09/2024

Publicado el 17/01/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.07>

RESUMEN: En el presente comentario de sentencia se analiza el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirma la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto la medida prejudicial de suspensión de los efectos de dos administrativos. Se plantea que este tipo de medida tiene el carácter de innovativa y como tal no es posible tratarla como innominada o atípica en un procedimiento civil, sino más bien como manifestación esencial de la tutela judicial efectiva frente a un contencioso administrativo que carece de regulación expresa.

ABSTRACT: In the present sentence commentary, the ruling of the Court of Appeals of Santiago is analyzed, which confirms the first instance sentence, which in turn annuls the pre-judicial measure of suspension of the effects of two administrative ones. It is argued that this type of measure has the character of innovative and as such it is not possible to treat it as unnamed or atypical in a civil procedure, but rather as an essential manifestation of effective judicial protection against an administrative dispute that lacks express regulation.

* El presente trabajo se elabora en el marco del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes financiado por la Beca de Doctorado ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/ 2024 folio N°21240460.

PALABRAS CLAVE: Medidas conservativas, medidas innovativas, medidas innominadas, debido proceso, tutela judicial efectiva.

KEY WORDS: *Conservative measures, innovative measures, nameless measures, due process, effective judicial protection.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario jurisprudencial analiza el tratamiento que le otorga la Corte de Apelaciones de Santiago a las medidas cautelares civiles reguladas en el Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) en la sentencia “*Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta*”.¹

El tribunal rechaza el recurso de apelación interpuesto por la concesionaria y confirma lo resuelto por el tribunal *a quo* que dejó sin efecto la medida prejudicial innovativa de suspensión de los efectos de los actos administrativos que pusieron término unilateralmente al contrato de concesión de servicios de estacionamientos celebrado entre las partes.

A través del análisis de esta sentencia se propone que el fundamento para decretar la suspensión de un acto administrativo no radica en su supuesto carácter de medida cautelar innominada, indeterminada o genérica, sino que en cuanto manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de regulación expresa de las medidas innovativas en el procedimiento civil.

Así, se intentará evidenciar las debilidades de los fundamentos normativos que tiene la solicitud de suspensión de los actos administrativos como medida cautelar innominada en el juicio ordinario regulado en el Libro II del Código de Procedimiento Civil y que facilitan su denegación por parte de los tribunales.

La sentencia comentada denota una confusión conceptual entre medidas precautorias y medidas innovativas. Además, si bien podría afirmarse que las medidas innovativas están implícitamente reconocidas en el artículo 298 CPC -postura que no compartimos-, lo cierto es que, aceptándose esta tesis, aun así, no pueden hacerse valer como prejudiciales, pues el artículo 279 solo lo permite respecto de las medidas precautorias (conservativas) y las probatorias. Es decir, aun aceptándose la postura que admite a las medidas innovativas en los procesos civiles como medidas genéricas o innominadas, las partes podrían promoverlas solo durante la prosecución del juicio, encontrándose trabada la litis, no antes de su inicio, y sujeta a una eventual contra-cautela cuya exigibilidad es facultativa del tribunal.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO MEDIDA INNOMINADA

Concesiones Recoleta S.A. (en adelante, “*la concesionaria*”) interpone una medida prejudicial innominada² y solicita la suspensión de los efectos de dos actos administrativos: el Acuerdo N.º 155 del

¹ *Concesiones Recoleta S.A con Municipalidad de Recoleta* (2021).

² *Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta* (2016).

Concejo Municipal de Recoleta y el Decreto Exento N°3662 en virtud de los cuales se puso término al contrato de concesión celebrado entre la concesionaria y la Municipalidad de Recoleta (en adelante, “la municipalidad” o “el municipio”). Sustenta su solicitud en lo dispuesto en el artículo 279 en relación con lo dispuesto en los artículos 290 y 298, todos del Código de Procedimiento Civil.

En cumplimiento de los requisitos que exigen dichas normas, la concesionaria argumenta que: i) la acción que se pretende interponer es la de nulidad de derecho público respecto de los mismos actos administrativos, ii) los fundamentos de la acción consisten en los perjuicios económicos que sufre la empresa y sus trabajadores al suspender la ejecución del contrato y, iii) ofrecen como contra-cautela y en calidad de fiador al gerente general de la sociedad. Indica, además, que se cumplirían los requisitos comunes de toda medida cautelar civil, esto es, el *fumus boni iuris*³ y el *periculum in mora*.⁴

En cuanto al primer requisito común, esto es “el humo de buen derecho” o verosimilitud del derecho invocado, indica acreditarse por la supuesta ilegalidad en la terminación unilateral del contrato de concesión celebrado entre ambas partes por un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban del contrato de parte de la concesionaria que, a criterio de Concesiones Recoleta S.A., ello debe ser el resultado de un proceso judicial y no quedar al mero arbitrio del municipio.

En cuanto al peligro en la demora, indica que la solicitud tiene por finalidad evitar la supuesta arbitrariedad del municipio que no tiene facultades jurisdiccionales y prevenir el perjuicio económico de los trabajadores de la concesionaria, pues quedarían sin trabajo producto de la terminación unilateral del contrato.

Finalmente, indica que al conceder la medida prejudicial innominada de suspensión de los efectos de los actos administrativos se impedirán los daños mencionados y se resguardará la tutela judicial efectiva de sus derechos.

En principio, el tribunal de instancia concedió la medida prejudicial innominada solicitada por la concesionaria y ordenó la suspensión, durante la duración del juicio de nulidad de derecho público, de los efectos del acuerdo N°155 del Concejo Municipal de la Ilustre Municipalidad de Recoleta tomado en la sesión celebrada el 09 de diciembre del año 2016 y del Decreto Exento N°3662 de Fecha 09 de Diciembre del año 2016, ambos relativos al término del contrato de Concesiones de Estacionamientos subterráneos y superficie.

Sin embargo, luego que la parte demandada -Municipalidad de Recoleta- se opusiera a la concesión de la medida prejudicial innominada por considerar que no se cumplían los requisitos legales para su procedencia, el mismo tribunal resuelve dejarla sin efecto y argumenta que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la medida consistente en la suspensión de los actos administrativos, hacían imposible una contra-cautela exigida para el otorgamiento de la medida precautoria

³ Requisito implícito en lo dispuesto en el art. 298 CPC.

⁴ Requisito propio de las medidas precautorias reguladas en el Título V del Libro II del CPC (artículos 290 y ss.).

solicitada. Dicha resolución fue objeto de recurso de reposición con apelación en subsidio.

III. RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO E INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia apelada de fecha 20 de abril de 2017, pronunciada por el 17° Juzgado Civil de Santiago que dejó sin efecto la medida prejudicial innominada decretada con fecha 7 de marzo de 2017.

El tribunal de alzada se refiere a los requisitos legales que debe cumplir la medida prejudicial innominada solicitada e indica que “(...) las medidas prejudiciales precautorias son aquellas actuaciones o diligencias que puede solicitar el futuro demandante antes del inicio del juicio para asegurar el resultado de su acción, esto es, a fin de asegurarlo de tal forma que no quede burlado en sus derechos. Dado que revisten a la vez la naturaleza de medidas prejudiciales como precautorias, para que puedan ser decretadas debe cumplirse con los requisitos de ambos tipos de medidas, establecidos en los artículos 279 -que las autoriza-, 287 y 298 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, debe expresarse por el solicitante la acción que pretende deducir y someramente sus fundamentos -por su naturaleza prejudicial-, y deben acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama en el juicio, por tener la calidad de medida precautoria. Adicionalmente, deben concurrir las condiciones especiales que ordena del artículo 279 para este tipo de medidas, que son, a saber, la existencia de motivos graves y calificados, debe determinarse el monto de los bienes sobre que debe recaer la medida precautoria y debe rendirse caución”⁵

Luego, el fallo añade que “es este último de los requisitos enunciados aquel que cobra relevancia en el presente caso, pues atendida la naturaleza de la medida cautelar decretada, esto es, la suspensión de la ejecución del acuerdo que decretó la terminación del Contrato de Concesión de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie celebrado entre la solicitante y la Municipalidad de Recoleta no permiten determinar con certeza el monto y entidad de los bienes que de la demandada puedan resultar afectados por la medida, circunstancia que obsta, consecuentemente, a la debida elección de la garantía o caución que exigen los artículos 279 y 298 del Código de Procedimiento Civil, para responder de manera suficiente de los perjuicios que se originen. En este escenario los bienes inmuebles ofrecidos como caución no resultan suficientes para asegurar los eventuales perjuicios que pudiesen originarse, en especial si se tiene en consideración que las medidas precautorias deben ser limitadas y proporcionales al valor de la cuantía del juicio, razones suficientes para confirmar la resolución en alzada”⁶

Cabe mencionar que con fecha 14 de mayo de 2019 el Tribunal Constitucional⁷ resolvió acoger reque-

⁵ Considerando Tercero.

⁶ Considerando Cuarto.

⁷ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Concesiones Recoleta S.A. respecto de los artículos 279 y 298 del Código de Procedimiento Civil, en los autos sobre recurso de apelación de incidente, caratulados “Concesiones Recoleta S.A. con I. Municipalidad de Recoleta”, de que conoce la Corte de Apelaciones, bajo el Rol N°6000-2017 (2019).

rimiento de inaplicabilidad interpuesto por la concesionaria, declarándose inaplicable por inconstitucionalidad en la gestión pendiente sobre recurso de apelación que se sustanció ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 6000-2017, los artículos 279 N.º 2 y 298, segunda parte, del CPC, argumentando que la concreción de ambos preceptos, en el caso presente, “afecta el legítimo ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva que, frente a los actos de la Administración, aseguran a todas las personas los artículos 19 N° 3 y 38 inciso segundo de la Constitución”.⁸

Llama la atención sobre este último punto, que la Corte de Apelaciones en su sentencia omita lo resuelto por el Tribunal Constitucional en cuanto a inaplicar los artículos 279 N.º 2 y 298, segunda parte, del CPC, aplicándolos de todas formas.

A continuación, se analizará el razonamiento que utilizó la Corte de Apelaciones de Santiago para confirmar la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto la medida prejudicial innominada consistente en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONFIRMATORIA PRONUNCIADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

De los Considerandos Tercero y Cuarto es posible identificar tres problemas que demuestran la debilidad de los fundamentos normativos de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos como medida innominada y que facilitan el rechazo por parte del tribunal de primera instancia y por la Corte de Apelaciones: i) las medidas innovativas, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente en el CPC, a diferencia de lo que ocurre en materias específicas donde el legislador sí las reconoce; ii) producto de dicha omisión normativa, la Corte confunde las medidas precautorias o conservativas con las medidas innovativas y hace extensiva a éstas la aplicación del artículo 298, segunda parte, CPC, norma aplicable solo a las primeras y; iii) aun aceptándose la tesis que incluye a las medidas innovativas dentro de las genéricas, el artículo 279 solo permite promover como prejudiciales las medidas precautorias y las probatorias, no las medidas innovativas, por lo que la solicitud de la concesionaria no podía prosperar solo bajo este argumento normativo de derecho estricto, pilar fundamental del debido proceso.

A. Las medidas innovativas en el Código de Procedimiento Civil

La sentencia del tribunal de alzada no distingue en cuanto al tipo de medida cautelar que se solicita. El razonamiento de la Corte discurre sobre las medidas prejudiciales precautorias, sin prevenir que la medida solicitada por la concesionaria no tiene esa calidad, sino más bien la de una innovativa.

Según sus fines, las medidas cautelares se suelen clasificar en conservativas e innovativas.⁹ Las pri-

⁸ Considerando Primero.

⁹ MARIN (2006), p. 16.

meras se definen como aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”.¹⁰ En general, el Título V del Libro II del CPC regula este tipo de medidas facultando al demandante para solicitar una o más de ellas. Son el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.¹¹

Sus requisitos son el *fumus boni iuris* que se materializa en la necesidad de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, según lo dispone el artículo 298, primera parte y; el *periculum in mora*, exigido por lo dispuesto en el artículo 290, en tanto la medida precautoria tiene por finalidad asegurar el resultado de la acción frente al peligro en la demora del juicio.

El *fumus boni iuris* se relaciona con la verosimilitud del derecho que se invoca. Que algo sea verosímil significa que tiene apariencia de ser real o verdadero y, por ende, resulta creíble.¹² Según Romero “no se trata en ningún caso de la plena prueba del derecho o interés legítimo, sino que de una simple apariencia de la situación tutelada mediante el ejercicio de la acción”.¹³ En consecuencia, no es necesario que el juez obtenga la plena certeza respecto del derecho que se reclama por el peticionario, más bien se trata de un estándar probatorio menor a la certeza pero superior, sin duda, a la incertidumbre.

Conforme dispone el artículo 298 el demandante deberá “acompañar comprobantes que constituyan a los menos presunción grave del derecho que se reclama”, es decir, la verosimilitud del derecho no basta con enunciarla en la solicitud, sino que debe constar en “comprobantes”¹⁴ que se deben acompañar para acreditar la verosimilitud del derecho. Excepcionalmente, el artículo 299 faculta a los jueces decretar medidas precautorias, en casos graves y urgentes, aun cuando falten dichos comprobantes, por un plazo que no exceda de diez días, mientras se presentan los comprobantes, exigiendo caución para responder por los eventuales perjuicios que resulten al demandado.

En cuanto al peligro en la demora, se afirma que se trata de un elemento de la esencia de toda medida cautelar.¹⁵ Señala Aguirrezábal que “existe unanimidad en que lo cautelar obedece a una necesidad común que invoca como justificación, la necesidad de evitar el *periculum in mora*, el peligro de retardo, y que genéricamente no es otra cosa que el riesgo constituido por el transcurso del tiempo necesario para la realización de la tutela”.¹⁶ Siguiendo a Calamandrei, distingue entre medidas que tienen por finalidad asegurar bienes del demandado para asegurar el resultado de la acción en una futura ejecución

¹⁰ CALAMANDREI (1945), p. 56.

¹¹ Véase el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil.

¹² ALVARADO (2011), p. 49.

¹³ ROMERO (2012), p. 58.

¹⁴ Se ha señalado que la voz “comprobantes” se refiere a todo medio de prueba que sirva para acreditar, verificar, confirmar o demostrar algo y no sólo la prueba instrumental, pues tiene un carácter más amplio que el instrumento o documento.

¹⁵ ROMERO (2012), p. 58.

¹⁶ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 37

de la sentencia y aquellas que tienen por finalidad evitar un perjuicio irreparable del demandante a través de la anticipación de la tutela pretendida.¹⁷ Así, es posible distinguir el *periculum in mora* del *periculum in damni*, o peligro de infructuosidad.¹⁸

El peligro en la demora, por tanto, exige acreditar por parte del peticionante que existe un hecho o situación que amenaza la eficacia de cosa juzgada de la sentencia considerando el tiempo de duración del juicio.

En cambio, las medidas innovativas sirven para “*alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan los resultas consumadas de una actividad de igual tenor*”.¹⁹ Carnelutti señala que las medidas innovativas se encaminan a producir una alteración de hecho, que de no mediar comprometerían el resultado del proceso.²⁰

Profundiza Peyrano en cuanto a que la medida innovativa va más lejos que una medida precautoria, pues ordena “*sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente*”.²¹ En consecuencia, es posible afirmar que las medidas innovativas tienen por finalidad ordenar hacer o dejar de hacer algo, retrotrayendo los efectos de las cosas al estado anterior al hecho existente. Es decir, las medidas innovativas alteran el estado de las cosas existente al momento de la solicitud de la medida con efectos retroactivos.

En el caso de la sentencia en análisis, la medida que se solicita consiste en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos que pusieron término unilateralmente a un contrato. El fundamento que se invoca es evitar el perjuicio irreparable que sufrirían los trabajadores de la concesionaria al quedarse sin trabajo producto del término del vínculo contractual. El estado de hecho y de derecho existente antes de la petición de la medida es que el contrato celebrado entre la concesionaria y la municipalidad se encuentra terminado. Por tanto, lo que se busca con la medida es volver al estado anterior a la terminación del contrato por considerar que este hecho es contrario a derecho y que produce un daño irreparable. A todas luces se trata de una medida innovativa pues se aprecian todos los elementos que hasta aquí hemos mencionado, principalmente la necesidad de volver al estado de vigencia del contrato previa a la terminación unilateral del mismo y el peligro en la irreparabilidad del daño del actor.

¹⁷ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 37.

¹⁸ BARACAT (2009), p. 60. Agrega el autor que “*En la ponderación de este último requisito (periculum in mora) se trata de conjurar el riesgo de insolvencia del demandado y que conlleva la restitución sólo “mediata” del derecho (que puede sobrevenir con el transcurso del tiempo que insume la decisión de la causa). En cambio, en la valoración del periculum in damni que es exigible cuando la medida innovativa ostenta corazón de sentencia anticipatoria, la atención se centra en la situación del demandante, la que se vería notablemente agravada si no se otorga ya (total o parcialmente) la prestación que se reclama*”.

¹⁹ PEYRANO (2009), p. 15.

²⁰ CARNELUTTI (1994), pp. 246-248.

²¹ PEYRANO (2009), p. 46.

Además de tener por finalidad la alteración del estado de las cosas con efectos retroactivos, las medidas innovativas son de aplicación excepcional. Exigen de modo particular la inminencia de un perjuicio irreparable (*periculum in damni*) como requisito indispensable para su procedencia, lo que fija su marcado carácter excepcional y limita su ámbito de aplicación.²²

En el CPC no existe una regulación expresa de las medidas innovativas. Se plantea que ello obedece a razones históricas. Como indica Marín “desde antiguo rige el principio de que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*)”.²³ Siguiendo a Carnelutti, Marín razona que frente al favorecimiento que dicho principio le otorga a la posición del demandado, quien simplemente debe esperar el iter procesal del juicio bajo certeza que durante ese tiempo su patrimonio no sufrirá ningún detrimento, y que a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la demanda, los ordenamientos jurídicos contemplaron medidas cuya finalidad es asegurar la efectividad de dicho cumplimiento, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso.²⁴

Nuestro Código, que el Congreso Nacional aprobó el 28 de agosto de 1902, bajo el gobierno de German Riesco y que comenzó a regir desde el 1º de marzo de 1903, es una excepción a la regla de no intervención al regular en el Título V, Libro II las medidas precautorias. Todas las medidas cautelares, salvo las probatorias, reguladas en el Código tienen un carácter conservativo cuya finalidad es asegurar el resultado de la acción evitando la dispersión de los bienes que se encuentran en poder del demandado o la alteración del estado de las cosas, todo con miras a ejecutar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable que pueda conseguir el demandante durante el juicio.

Baste revisar el Mensaje del Código en que se indica lo siguiente: “Enumera y reglamenta el Proyecto las medidas prejudiciales que es lícito solicitar para que sea posible la entrada en juicio, y aun acepta que puedan reclamarse con este carácter las medidas precautorias que la ley autoriza, pero estableciendo al mismo tiempo restricciones que impida todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse”. Añade que a los que temen ser demandados “se les autoriza para reclamar como medidas prejudiciales aquellas que sean indispensables para preparar su defensa”. Finalmente, agrega que “menester es limitar dichas medidas (precautorias) a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante y evitar al mismo tiempo que con ellas sufra menoscabo el derecho de terceros”.

B. Consecuencia frente a la confusión entre medida conservativa e innovativa. Las medidas innominadas o genéricas

Ahora bien, hay quienes postulan²⁵ que las medidas innovativas tienen un reconocimiento implícito a

²² AGUIRREZÁBAL (2016), p. 43.

²³ MARIN (2006), p. 14.

²⁴ MARIN (2006), pp. 15 y 16.

²⁵ BORDALI (2021), p. 2 y ROMERO (2012), p. 65.

partir de una interpretación amplia de lo dispuesto en el artículo 298, segunda parte del CPC, al establecer que “*podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*”. Esta norma se refiere a las denominadas medidas cautelares genéricas o innominadas.

Fátima indica que “*clásicamente ha sido denominada garantía cautelar innominada, desde el momento que no han merecido una regulación especial, consistiendo en aquella que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento*”.²⁶

Creemos que se justifica la necesidad de contar con una fórmula amplia frente a la imposibilidad que legislador especifique todas y cada una de las medidas precautorias que podrían servir para asegurar el resultado de la acción siempre que estas medidas innominadas o genéricas exijan el cumplimiento de los dos requisitos básicos comunes a toda medida cautelar: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, junto con la rendición de una contra-cautela cuyo decreto es facultativo del tribunal.

Cabe preguntarnos, ahora, si la cláusula genérica del artículo 298 permite ampliar el espectro de medidas cautelares tanto a otras precautorias distintas a las enumeradas en el artículo 290 como a las innovativas. Nos inclinamos a afirmar que, i) atendida la necesidad de contar con un reconocimiento legal expreso de las medidas innovativas por su carácter excepcional, como ocurre en materias de familia y medioambiental, por nombrar algunas, ii) el contexto histórico de la dictación del código y, iii) los principios procesales que inspiraron su creación y que se manifiestan en el Mensaje, no es posible incluir las medidas innovativas dentro de las medidas innominadas o genéricas de la norma en comento. En consecuencia, el juez no puede decretar medidas innovativas a través de la fórmula genérica del artículo 298 porque el legislador solo ha considerado en esta ampliación a otras medidas conservativas siempre que no se traten de medidas reconocidas expresamente en la ley.

A propósito de este último punto, adherimos a la opinión de Cortez en cuanto “*parece poco probable en que el legislador haya destinado el artículo 298 -más bien una parte de él, la final- para desempeñar tan trascendental propósito, como lo es la proclamación de una potestad cautelar general del juez, máxime cuando el precepto, lejos de ser categórico, alude a la consabida potestad en forma casi accidental, para referirse a otro tema diverso como lo es la exigencia de una caución*”.²⁷ En conclusión, Cortez señala que la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas indeterminadas o atípicas “*está supeditada a que el legislador no haya dispuesto una norma que consagre una medida específica o típica, puesto que existiendo ésta se excluye la aplicación del artículo 298 CPC*”.²⁸

Por lo tanto, el artículo 298 debe tener una aplicación restrictiva por cuanto faculta al tribunal a exigir caución cuando lo estime conveniente y no tratándose de medidas -conservativas- expresamente

²⁶ FÁTIMA (2011), p. 43.

²⁷ CORTEZ (1999), p. 105.

²⁸ CORTEZ (1999), p. 105.

autorizadas por la ley. Como las medidas innovativas se encuentran autorizadas expresamente en algunas leyes especiales, como por ejemplo en materia de familia²⁹ y de medioambiente,³⁰ entre otras, se excluye la aplicación del artículo 298 en materia civil a través de las medidas innominadas.

Para que sea posible decretar las medidas innovativas se requiere la autorización expresa de la ley, como ocurre en ciertas materias especiales, considerando el carácter excepcional de éstas. Señalar lo contrario, implica aceptar una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad pues se facultaría al juez para dictar una resolución y decretar una medida que tiene injerencia en la libertad de los justiciables sin fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Además, el fundamento de la medida en esta causa radica en el *periculum in damni*, requisito propio de las medidas innovativas, más no en el *periculum in mora*. No existe temor a que el demandado burle el cumplimiento de una eventual sentencia favorable a través de la enajenación, por ejemplo, de bienes que formen parte de su patrimonio, sino que existe temor de que se provoque un perjuicio irreparable y la forma de evitarlo es a través de la concesión de la suspensión del acto administrativo. Así ha enfatizado Marín al señalar “en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios graves”.³¹

C. Imposibilidad de prejudicializar a las medidas innovativas

Las medidas precautorias se clasifican en nominadas e innominadas. Las primeras se encuentran consagradas en el artículo 290 CPC, sin perjuicio de otras hipótesis especiales que regula nuestro ordenamiento jurídico.³² Las medidas innominadas, genéricas, atípicas o indeterminadas serían “el resultado del ejercicio de la potestad cautelar en la cual -a petición de parte- el juez adopta las medidas de seguridad que no están previstas expresamente en la ley, pero que se estiman como necesarias para asegurar el resultado de la acción deducida”.³³

²⁹ Véase por ejemplo el artículo 22 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, que dispone: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

³⁰ Artículo 24 de la Ley N°20.600, de 2012, que crea los Tribunales Ambientales: “De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida”.

³¹ MARÍN (2016), pp. 320 y 321.

³² ROMERO (2012), p. 64.

³³ ROMERO (2012), p. 65.

Romero, asumiendo que el tema no es pacífico en doctrina, plantea que la potestad cautelar del juez recibe reconocimiento normativo en el artículo 298, segunda parte, del CPC. Ello nos llevaría a concluir que las medidas innovativas tienen un reconocimiento implícito en esa norma. Sin embargo, como explicábamos más arriba, el carácter excepcional de las medidas innovativas por su injerencia en la libertad de los justiciables fundada en el peligro de daño irreparable exige que exista un reconocimiento legal expreso para su aplicación, tal como ocurre en ciertas materias especiales de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si aceptáramos la postura doctrinaria que reconoce tácitamente a las medidas innovativas en la cláusula general del artículo 298, segunda parte, nos vemos en la necesidad de cuestionarnos cuál es la oportunidad procesal en que se pueden solicitar.

Según lo dispuesto en el artículo 290 no cabe duda de que las medidas precautorias y las medidas innominadas del artículo 298 pueden pedirse “en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda”. En este punto cabe destacar el carácter instrumental de las medidas cautelares. A juicio de Calamandrei “*las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito*”.³⁴

En Chile, a juicio de Romero, nuestro sistema cautelar está construido sobre el principio que la tutela judicial del derecho es un acto intrínseco de la sentencia judicial sobre el fondo.³⁵ Por ende, no es posible conseguir la tutela de un derecho a través de una medida precautoria, justamente por su carácter instrumental no satisfactivo.

La posibilidad de solicitar como medidas prejudiciales las innovativas es nula por expresa disposición de la ley. El artículo 279 dispone que “*podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:*

- 1ª Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y
- 2ª Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan”.

Luego, el artículo 281 agrega que “*puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado del ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer*”. Además, conforme a lo dispuesto en los artículos 282, 284, 285 y 286 se puede solicitar también como prejudiciales, las medidas probatorias de declarar bajo juramento, exhibición de título, absolución de

³⁴ CALAMANDREI (1945), p. 44.

³⁵ ROMERO (2001), p. 40.

posiciones, constitución de apoderado y declaración de testigos.

En consecuencia, por aplicación expresa de lo dispuesto en la ley, solo es posible solicitar como prejudiciales, las medidas precautorias y las probatorias, excluyéndose la posibilidad de solicitar como prejudiciales a las innovativas, aun aceptando su carácter innominado. Cabe mencionar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 279, la decisión sobre ordenar contra-cautela deja de ser facultativa del tribunal.

Como señala Cortez, excepcionalmente “es permitida la solicitud de una medida precautoria con carácter previo a la iniciación del proceso, debiendo tenerse en consideración que la ley procesal es particularmente rigurosa al regular las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas con antelación al proceso y para su adopción el legislador ha sido particularmente exigente, estableciendo, como se deja constancia en el Mensaje del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, ‘restricciones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse’”.³⁶

Por todo lo anterior, se plantea que el tribunal de primera instancia no debió siquiera haberle dado tramitación a la medida prejudicial por tener carácter de innovativa y ser inaplicable, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 279.

V. POSIBLE SOLUCIÓN FRENTE A LA OMISIÓN LEGISLATIVA A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La acción de nulidad de derecho público se tramita a través del procedimiento ordinario regulado en el Libro II del CPC que tiene una aplicación general y supletoria (artículo 3° CPC). Los justiciables pueden interponer las medidas precautorias establecidas en los artículos 290 y siguientes del CPC.

Como se ha señalado más arriba, hay quienes postulan que las partes podrían solicitar la aplicación de medidas innovativas que reconocería implícitamente el artículo 298 CPC, refiriéndose específicamente a la suspensión del acto administrativo. Sin embargo, como se ha razonado hasta aquí y según sostienen Ferrada y Sagredo, cuya opinión compartimos, la solicitud de suspensión del acto administrativo en este tipo de procedimiento aparece como un mecanismo excepcional con fundamento normativo muy débil, lo que afecta su otorgamiento habitual por los tribunales de justicia.³⁷

Bordalí plantea que, en el contencioso administrativo de nulidad chileno, por regla general, las partes tendrán que recurrir a las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil, pero entre las medidas cautelares no se encuentra la suspensión del acto administrativo. A modo de solución, plantea que sí es posible solicitar la suspensión en juicio de nulidad de derecho público como medida innominada conforme lo dispuesto en el artículo 298 segunda parte CPC.³⁸ La dificultad que señala el

³⁶ CORTEZ (2017), p. 237.

³⁷ FERRADA y SAGREDO (2015), p. 356.

³⁸ BORDALI (2021), p. 2.

autor para que un juez pueda acoger esta medida en este tipo de procedimiento es la exigibilidad de contra-cautela, aun cuando sería facultativo del juez, y que como la cuantía de la acción de nulidad es indeterminada no es posible fijar un monto para la caución y en consecuencia, los jueces optan por no conceder la medida. Y es exactamente esto lo que ocurrió en el caso cuya sentencia estamos analizando.

Sin embargo, lo que se ha intentado plantear en este trabajo es que el problema no radica en la exigibilidad o no de la caución habida cuenta de la indeterminabilidad de la cuantía en la acción de nulidad de derecho público, sino que en la ausencia de regulación normativa expresa respecto de las medidas innovativas -y en especial de la suspensión del acto administrativo- en el CPC.

Aun cuando el juez decreta la suspensión de un acto administrativo en este tipo de procedimiento, sin exigir caución, aplicando en su razonamiento fundamentos normativos de las medidas conservativas a una medida de carácter innovativa, que tiene fines y requisitos propios y que no es posible subsumirla dentro de las medidas innominadas por referirse éstas solo a las conservativas no reguladas expresamente en la ley, se atenta contra el debido proceso porque el fundamento legal para otorgarla no existe en términos expuestos.

Concordamos con el autor cuando señala que lo que corresponde, de *lege ferenda*, es que se regule expresamente la medida de suspensión del acto administrativo sin exigir caución.³⁹ o mejor aún, que se regulen expresamente las medidas innovativas en el CPC. Sin embargo, la no regulación expresa no puede dar espacio para que el juez, bajo la fórmula genérica de las medidas innominadas, realice una interpretación contra lo que dispone expresamente la ley en los procedimientos civiles.

Es por lo anterior, que se plantea que la tutela judicial efectiva se ve afectada en este caso no porque el juez no pudo determinar la cuantía de la caución al tratarse de una acción de nulidad de derecho público, sino porque las medidas innovativas, en específico la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente por el legislador en el procedimiento ordinario civil y no es viable impetrarlas como innominadas por las razones expuestas anteriormente. Estamos, en consecuencia, en presencia de una omisión legislativa.

Frente a esta omisión en el procedimiento civil clásico, “*la medida cautelar innominada pasó a ser vista como una especie de válvula de escape para la efectividad de los derechos*”.⁴⁰ Es decir, según Marinoni, a las medidas innominadas se les da un uso no cautelar.⁴¹ Citando a Zanuttigh, el autor señala que la doctrina italiana reconoce que ello significó una distorsión de la fisonomía original de la tutela cautelar, pues hizo desaparecer su principal característica, esto es, la instrumentalidad.⁴² Por ello se plantea que la solución frente a la omisión normativa no pasa por distorsionar la fisonomía de la me-

³⁹ BORDALI (2021), p. 3.

⁴⁰ MARINONI (2007), p. 96.

⁴¹ MARINONI (2007), p. 96.

⁴² MARINONI (2007), p. 97.

didada innominada cautelar del CPC para incluir dentro de ella la medida innovativa de suspensión del acto, que por lo demás no tiene un efecto cautelar, sino satisfactivo.

La solución pasaría porque el juez reconozca el derecho a la tutela judicial efectiva y lo concrete frente a este caso de omisión legislativa. Siguiendo a Marinoni *“si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita”*.⁴³

El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N°3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.⁴⁴

Según García y Contreras el derecho a la tutela judicial efectiva *“importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”*.⁴⁵

Como elemento de la tutela judicial efectiva aparece la tutela cautelar que, a criterio de los autores, no es un elemento de su esencia, pues si lo fuera estaría considerado en todos los procedimientos lo cual no acontece pues ello depende de la naturaleza de la pretensión.⁴⁶ Sin embargo, como señala Bordalí se ha entendido en el derecho comparado, indica como ejemplo España, que la tutela judicial efectiva incluye a la tutela cautelar para que los jueces puedan adoptarlas. Asimismo, se ha señalado que los justiciables tienen derecho a que el juez pueda decretarlas de manera razonable y fundamentada.⁴⁷ Pues bien, a partir de este razonamiento, cabe cuestionarnos por qué en el procedimiento

⁴³ MARINONI (2007), p. 280.

⁴⁴ *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y otros respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”, Rol 14980-2006, en el 11º Juzgado Civil de Santiago (2007).*

⁴⁵ GARCIA Y CONTRERAS (2013), p. 244.

⁴⁶ GARCIA Y CONTRERAS (2013), p. 252.

⁴⁷ BORDALÍ (2021), p. 5.

ordinario del Libro II no se consideran las medidas innovativas y si esa omisión se justifica en la naturaleza de la acción deducida.

La acción de nulidad de derecho público, al no contar con un procedimiento especial, se tramita a través de las reglas generales y supletorias del Libro II del CPC el cual solo regula las medidas precautorias clásicas, mas no las innovativas y menos la medida de suspensión de los actos administrativos. Este procedimiento contempla trámites y plazos, incluyendo recursos, que determinan su extensión en el tiempo del proceso, que no se corresponde con la celeridad con que se toman actualmente las decisiones en los demás ámbitos de la actividad social y económica.⁴⁸ Existe consenso que es un procedimiento cuya tramitación es lenta por contemplar una gran cantidad de trámites en su prosecución.

Sumado a lo anterior, la suspensión del acto administrativo es considerada como la medida cautelar por excelencia en lo contencioso-administrativo,⁴⁹ porque constituye el primer paso para conseguir la anulación del acto administrativo cuya legalidad se impugna. Tal es su carácter principal en este tipo de asuntos que los artículos 3º, inciso final y 57, inciso segundo, de la Ley N°19.880⁵⁰ que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, contemplan expresamente esta medida de suspensión.

La primera de estas normas establece, como regla general, que los actos administrativos producen sus efectos desde el momento en que entran en vigor, “salvo que mediar una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. Y luego, la segunda norma señala como requisitos de la suspensión “cuando el acto pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”. Es decir, en la Ley N°19.880, que tiene un carácter especial por sobre la aplicación general del CPC, se contempla expresamente la posibilidad de que un juez pueda decretar la suspensión de un acto administrativo para evitar un daño irreparable o evitar hacer ilusoria la resolución final en caso de acogerse la acción.

Además, a este respecto es útil hacer notar lo expresado por Orellana en cuanto al carácter temporal de la “suspensión”. Señala que lo temporal de la suspensión es consustancial a su esencia. Algo se suspende a la espera de que se renueve, se solucione o desaparezca aquello que obsta a su continuación.⁵¹ En consecuencia, la suspensión no puede ser definitiva, siempre es provisoria, y la provisoriedad no es propia de la sentencia de fondo que se pronuncia sobre la acción principal.

Con todo lo anterior, la naturaleza de la acción deducida en la sentencia analizada corresponde a la nulidad de derecho público, implícita en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, por lo tanto,

⁴⁸ CAROCCA (2003), p. 61.

⁴⁹ BORDALÍ (2021), p. 14.

⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

⁵¹ ORELLANA (2017), p. 52.

se refiere a lo contencioso-administrativo que no sigue la misma lógica de un conflicto civil entre particulares.⁵² En razón de ello, creemos que en el juicio ordinario del Libro II del CPC, respecto de las acciones de nulidad de derecho público, cuya naturaleza corresponde a un conflicto entre un particular y la Administración del Estado donde la relación jurídica procesal no es igualitaria entre las partes, y la pretensión el futuro actor es obtener la nulidad de un acto administrativo por impugnarse su licitud, el juez no puede dejar de reconocer la tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva y, basándose en normas de carácter especial, como es la Ley N°19.880, que reconocen expresamente a la medida innovativa de suspensión del acto administrativo, debe decretar esta medida para evitar los perjuicios irreparables que pudiesen ocasionarse frente a su no concesión.

VI. CONCLUSIONES

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto una medida prejudicial innominada de suspensión de los efectos de dos actos administrativos argumentando que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la medida, hacían imposible una contra-cautela exigida para el otorgamiento de la medida precautoria solicitada, por tanto, no se cumplen los requisitos de los artículos 279 y 298 del CPC.

Las medidas innovativas, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente en el CPC, a diferencia de lo que ocurre en materias específicas donde el legislador sí las reconoce. Ello obedece a razones históricas.

En el caso de la sentencia en análisis, la medida que se solicita consiste en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos que pusieron término unilateralmente a un contrato. El fundamento que se invoca es evitar el perjuicio irreparable que sufrirían los trabajadores de la concesionaria al quedarse sin trabajo producto del término del vínculo contractual. El estado de hecho y de derecho existente antes de la petición de la medida es que el contrato celebrado entre la concesionaria y la municipalidad se encuentra terminado. Por tanto, lo que se busca con la medida es volver al estado anterior a la terminación del contrato por considerar que este hecho es contrario a derecho y que produce un daño irreparable. A todas luces se trata de una medida innovativa pues se aprecian principalmente la necesidad de volver al estado de vigencia del contrato previa a la terminación unilateral del mismo y el peligro en la irreparabilidad del daño del actor.

La Corte confunde las medidas precautorias o conservativas con las medidas innovativas y hace extensiva a éstas la aplicación del artículo 298, segunda parte, CPC, norma aplicable solo a las primeras. Se concluye que, i) atendida la necesidad de contar con un reconocimiento legal expreso de las medidas innovativas por su carácter excepcional, como ocurre en materias de familia y medioambiental, por nombrar algunas, ii) el contexto histórico de la dictación del código y, iii) los principios procesales que inspiraron su creación y que se manifiestan en el Mensaje, no es posible incluir las medidas inno-

⁵² BORDALI (2021), pp. 15 y 16.

vativas dentro de las medidas innominadas o genéricas de la norma en comento. En consecuencia, el juez no puede decretar medidas innovativas a través de la fórmula genérica del artículo 298 porque el legislador solo ha considerado en esta ampliación a otras medidas conservativas siempre que no se traten de medidas reconocidas expresamente en la ley.

Para que sea posible decretar las medidas innovativas se requiere la autorización expresa de la ley, como ocurre en ciertas materias especiales, considerando el carácter excepcional de éstas. Señalar lo contrario, implica aceptar una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad pues se facultaría al juez para dictar una resolución y decretar una medida que tiene injerencia en la libertad de los justiciables sin fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Aun aceptándose la tesis que incluye a las medidas innovativas dentro de las genéricas, el artículo 279 solo permite promover como prejudiciales las medidas precautorias y las probatorias, no las medidas innovativas, por lo que la solicitud de la concesionaria no podía prosperar solo bajo este argumento normativo de derecho estricto, pilar fundamental del debido proceso.

El problema no radica en la exigibilidad o no de la caución habida cuenta de la indeterminabilidad de la cuantía en la acción de nulidad de derecho público, sino que en la ausencia de regulación normativa expresa respecto de las medidas innovativas -y en especial de la suspensión del acto administrativo- en el CPC.

Es por lo anterior, que se plantea que la tutela judicial efectiva se ve afectada en este caso no porque el juez no pudo determinar la cuantía de la caución al tratarse de una acción de nulidad de derecho público, sino porque las medidas innovativas, en específico la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente por el legislador en el procedimiento ordinario civil y no es viable impetrarlas como innominadas por las razones expuestas anteriormente. Estamos, en consecuencia, en presencia de una omisión legislativa.

Además, la suspensión no puede ser definitiva, siempre es provisoria, y la provisoriedad no es propia de la sentencia de fondo que se pronuncia sobre la acción principal.

En razón de ello, se propone que en el juicio ordinario del Libro II del CPC, respecto de las acciones de nulidad de derecho público, cuya naturaleza corresponde a un conflicto entre un particular y la Administración del Estado donde la relación jurídica procesal no es igualitaria entre las partes, y la pretensión el futuro actor es obtener la nulidad de un acto administrativo por impugnarse su licitud, el juez no puede dejar de reconocer la tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva y, basándose en normas de carácter especial, como es la Ley N°19.880, que reconoce expresamente a la medida innovativa de suspensión del acto administrativo, debe decretar esta medida para evitar los perjuicios irreparables que pudiesen ocasionarse frente a su no concesión.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2016): “Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental”, en: *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)* (vol. 23 núm. 1).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Las cautelares procesales (crítica a las medidas precautorias)* (Santiago, Librotecnia).
- BARACAT, Edgard (2009): “Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro”, en: Peyrano, Jorge (director), *Medida innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2021): “La caución como requisito para conceder una medida cautelar: su no exigibilidad en materia contenciosa administrativa”, en: *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)* (vol. 28).
- CALAMANDREI, Piero (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Traducc. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Biblio gráfica).
- CARNELUTTI, Francisco (1994): *Sistema de Derecho Procesal Civil* (traducc. de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, UTEHA).
- CAROCCA PÉREZ, Álex (2003): *Manual de derecho procesal. Los procedimientos declarativos* (Santiago, LexisNexis), t. II.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017): “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXX núm. 1).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (1999): “La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (núm. 205 año LXVII).
- FÁTIMA GARRIDO, Alejandra (2011): *Medidas cautelares genéricas y no enumeradas, doctrina y jurisprudencia* (Córdoba, Alveroni Ediciones).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan y SAGREDO REYMAN, Pablo (2015): “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Estudios constitucionales* (vol. 11 núm. 2).
- MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 8).
- MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2016): *Tratado de las medidas cautelares: doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado* (Santiago, Jurídica de Chile), vol. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Traducc. de Aldo Zela Villegas, Lima, Palestra Editores).
- ORELLANA, Fernando (2017): *Paralización del proceso civil de ejecución. Suspensión de la ejecución y sus consecuencias jurídicas fundamentales de conformidad a la Ley de Enjuicimiento Civil de España y su repercusión en el proceso civil chileno* (Santiago, Librotecnia).
- PEYRANO, Jorge (2009): “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, en: Peyrano, Jorge (editor), *Medida Innovativa* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores).

- PEYRANO, Jorge, (2009): “Pasado y presente de la medida cautelar innovativa”, en: Peyrano, Jorge (editor), *Medida Innovativa* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012): *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001): “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (t. XCVIII núm. 2).

Normativa citada

- Constitución Política de la República, de 11 de agosto de 1980.
- Código de Procedimiento Civil, de 30 de agosto de 1902.
- Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado de 29 mayo de 2003.
- Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004.
- Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, de 28 de junio de 2012.

Jurisprudencia citada

- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y otros respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”, Rol 14980-2006, en el 11° Juzgado Civil de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, de 28 de mayo de 2007, rol N°792-2007.
- Concesiones Recoleta S.A con Municipalidad de Recoleta (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, de 09 de febrero de 2021, rol N°6.000-2017.
- Concesiones Recoleta S.A./municipalidad de recoleta (2023): 17° Juzgado Civil de Santiago, de 20 de noviembre de 2023.