

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSE

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO LABORAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

***“POSIBILIDADES RECURSIVAS CONTRA LA RESOLUCIÓN
QUE OTORGA UNA MEDIDA CAUTELAR DE
REINSTALACIÓN PROVISIONAL AL PUESTO DE TRABAJO
EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL, A PARTIR DE LA
ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA PROCESAL
LABORAL”***

ELABORADO POR

MELISSA RUGAMA CARMONA

SAN JOSE, COSTA RICA

2019

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSE
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

San José, 23 marzo del 2019.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: “Posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral”, elaborado por el (los) estudiante (s): **Melissa Rugama Carmona**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **máster profesional en Derecho con mención en Derecho Laboral**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Lourdes Montenegro Espinoza

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSE
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

San José, 23 marzo de 2019

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

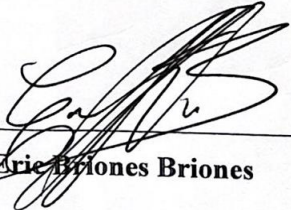
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: “Posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral”, elaborado por el (los) estudiante (s): **Melissa Rugama Carmona**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **máster profesional en Derecho con mención en Derecho Laboral**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



Dr. Eric Briones Briones

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSE
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

San José, 23 de marzo de 2019

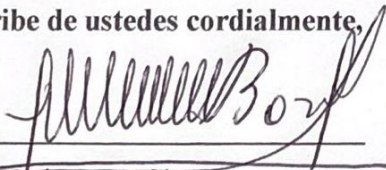
Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado: *“Posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral”* elaborado por la estudiante: **Melissa Rugama Carmona** para optar por el grado académico Máster Profesional en Derecho con mención en Derecho Laboral.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de ustedes cordialmente,



Prof. Mario Boza Chacón
Filólogo. Afiliado al Colegio de
Licenciados y Profesores No.5034
Cédula 10358044

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSE
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

“Carta Autorización del autor(es) para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación”

Vigente a partir del 31 de mayo de 2016

Instrucción: Complete el formulario en PDF, imprima, firme, escanee y adjunte en la pagina correspondiente del Trabajo Final de Graduación.

Yo (Nosotros): **Melissa Rugama Carmona**

De la Carrera / Programa: **Máster Profesional en Derecho con mención en Derecho Laboral**

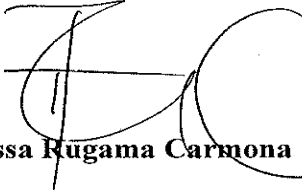
Indique tipo de trabajo: **Trabajo final de graduación**


Titulado: *“Posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral”*

Autorizo a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, pagina web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No. 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; Únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día 23 de marzo 2019 del año 2019 a las ocho horas. Asimismo, declaro bajo fe de juramento, que conozco las consecuencias penales que lleva el delito de perjurio que soy la autora del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original de la suscrita y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.


Melissa Rugama Carmona



Dedicatoria

A Marco, así de sencillo...

Resumen Ejecutivo

El estudio de las medidas cautelares en materia laboral, en este trabajo final de graduación se realiza dentro del marco de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral y nace con el objetivo de analizar las posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral.

Para ello, el derecho en virtud de su integración hermenéutica cuenta con herramientas que pueden contribuir a solucionar los conflictos que se suscitan en materia de tutela cautelar, al equilibrar a las partes procesales sin desproteger a la parte más débil; pero para ello resulta necesario además sujetar al mismo tiempo al juez al cumplimiento de las reglas de manera más precisas con el fin de impedir el ejercicio arbitrario de su poder y habilitar las opciones que prevé el ordenamiento jurídico para posibilitar la revisión de las medidas cautelares en estudio por otra instancia.

El presente estudio parte del instituto procesal de la tutela cautelar a partir de los principios del debido proceso que la regulan y busca dar una alternativa a la problemática en materia de tutela cautelar que se presenta en los procesos ordinarios laborales en la actualidad, en donde se observa -en algunas resoluciones- que ordenan una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro del proceso ordinario laboral emitidas por los Juzgados de Trabajo son ordenadas y comunicadas a las partes del proceso, omitiendo la audiencia previa a la parte patronal, en quebranto del principio de audiencia que garantiza el contradictorio y la paridad procesal de armas; e incluso los recursos que contra el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo que se presentan son rechazadas de plano o declaradas sin lugar por parte de los por parte de Juzgados y Tribunales de Trabajo respectivamente, denegando la posibilidad de recurrir los posibles errores en el análisis de los presupuestos doctrinales para su otorgamiento fundamentando la denegatoria en el artículo 583, inciso 10), del Código de Trabajo, que establece que serán apelables únicamente las resoluciones cuando denieguen, revoquen o dispongan la cancelación de una medida cautelar más no cuando se otorga.

Por lo anterior, se considera que la tutela cautelar no se debe desarrollar al arbitrio del operador judicial, sino sustanciarse conforme con las normas previstas por la ley de forma que se respeten y aseguren los derechos fundamentales de todas las partes del proceso y aquellos que se vean afectados por las misma, incluido el interés público, de manera que el proceso cautelar sea desarrollado de un modo que se configure como una garantía de justicia y solución material al conflicto que entraña.

De este modo, el presente trabajo final de graduación plantea el siguiente problema, ¿Cuál es la posibilidad recursiva ante una medida cautelar que otorgue la medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo de un trabajador despedido con o sin responsabilidad patronal dentro de un proceso ordinario laboral?.

Para resolver la cuestión anterior, se analiza la posibilidad de implementar las herramientas disponibles en el ordenamiento jurídico vigente que permitan recurrir el otorgamiento de una medida cautelar y promover de esta manera, el equilibrio procesal dentro del proceso ordinario laboral.

A partir de los resultados obtenidos, se expondrá como conclusiones la propuesta recursiva con la que considero contamos actualmente a través de la sustanciación del proceso por la vía incidental y los recursos que la ley habilita en esta vía procesal y se presentará a manera de recomendación la necesidad de establecer una reforma legislativa para que se integre a la propia legislación procesal laboral del Código de Trabajo un procedimiento recursivo unitario homologado al proceso especial y accesorio que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico como el incorporado dentro del Código Procesal Contencioso Administrativo o en el nuevo Código Procesal Civil, el cual regula y posee un procedimiento tutelar accesorio y no incidental que establece con mayor claridad las vías recursivas, permitiendo con ello equilibrar la justicia procesal y el clima organizacional de las relaciones laborales, pues habilita expresamente el recurso de apelación en contra del auto que resuelva dicha medida cautelar.

Palabras Claves. Medida Cautelar, Debido Proceso, Reforma Procesal Laboral, Recurso, Apelación Reinstalación, suspensión temporal del acto administrativo.

Tabla de Contenidos

a.	Carta de aprobación del tutor.....	ii
b.	Carta de aprobación del lector	iii
c.	Carta de aprobación del filólogo	iv
d.	Dedicatoria.....	vii
e.	Resumen Ejecutivo	viii
f.	Tabla de Contenidos	x
CAPÍTULO I. PROBLEMA Y PROPÓSITO.....		2
1.	Estado actual de la investigación.....	2
2.	Planteamiento del problema	8
3.	Justificación del estudio	12
4.	Objetivo general y específicos.....	14
4.1.	Objetivo General	14
4.2.	Objetivos específicos.....	15
CAPÍTULO II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....		17
1.	Generalidades de la Tutela Cautelar.....	17
1.1.	Breves Antecedentes de la Tutela Cautelar.....	17
1.2.	Concepto de Tutela Cautelar	19
1.3.	Naturaleza Jurídica de la Tutela Cautelar	20
1.4.	Fundamento Constitucional de la Tutela Cautelar	22
1.5.	Principio de Igualdad como límite de la Tutela Cautelar.....	26
2.	Normas Objeto de Estudio y sus Interrogantes.	27
2.1.	Regulación de la Tutela Cautelar en el Código de Trabajo reformado	27
3.	Características de la Tutela Cautelar en el Nuevo Código de Trabajo.....	29
3.1.	Instrumentalidad, Accesoriedad y Funcionalidad	29
3.2.	Provisionalidad, Flexibilidad, Idoneidad y Necesidad.....	31
3.3.	Cognición Sumaria (Sumaria Cognitio) y Urgencia	33
4.	Presupuestos de la Tutela Cautelar y su aplicación en Materia Laboral	34
4.1.	Apariencia de Buen Derecho (Fumus Boni Iuris).....	35
4.2.	Peligro en la Demora (Periculum In Mora).....	37
4.3.	Compatibilidad con el Interés Público	40

5. Tipología de las Medidas Cautelar Labores, forma de practicarlas, sustituirlas o levantarlas:.....	42
5.1. Solicitud Cautelar.....	42
5.2. Vías Procesales.....	43
5.3. Inaudita Altera Parte.....	45
5.4. Ante Causam	46
6. Procedimiento.....	48
6.1. Vía para solicitar Medida Cautelar.....	48
6.2. Proceso Incidental	48
6.3. Apelación en Sede Incidental:.....	51
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA.....	55
1. Enfoque de la investigación.....	55
2. Alcance del estudio.....	55
3. Fuentes de información	55
3.1. Fuentes Primarias	55
3.2. Fuentes Secundarias	56
4. Sujetos de estudio	56
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	58
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	71
1. Conclusiones.....	71
2. Recomendaciones	74
REFERENCIAS	76

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y PROPÓSITO

CAPÍTULO I. PROBLEMA Y PROPÓSITO

En este capítulo, se presentan el marco de referencia el cual incluye el problema y el propósito de este trabajo final de graduación; además se realiza una referencia a los antecedentes del problema los cuales surgen dentro del marco de la Reforma Procesal Laboral a través de referencias de diversos autores acerca del proceso de aprobación de la Reforma Procesal Laboral. Se realiza la explicación del problema que existe en la teoría y en la práctica para justificar la necesidad de este estudio y las razones demológicas para realizar la investigación, al finalizar con los objetivos generales y específicos planteados en este estudio.

1. Estado actual de la investigación

La Reforma Procesal Laboral (en adelante RPL) trajo consigo significativos cambios en el ordenamiento jurídico laboral costarricense, dentro de los motivos más relevantes se señalan las denuncias realizadas al país ante la Organización Internacional del Trabajo por la violación de los convenciones N° 87, 98 y 135; la ineficiencia del sistema de justicia laboral y la necesidad de actualizar el Código de Trabajo de 1943 el cual desde su creación ha sufrido constantes modificaciones y reformas a lo largo de 70 años; así como poder normar legalmente la jurisprudencia nacional. El proceso de la RPL concluye después de un atípico y extenso trámite legislativo, que culmina con su aprobación, mediante la Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, en aras de una mejoría de la justicia laboral en nuestro país.

A manera de contextualización histórica, ARTAVIA y PICADO (2016) afirman que, la reforma a la legislación procesal inició en 1998, cuando la Corte Suprema de Justicia encargó al exmagistrado Ricardo Zeledón Zeledón, la elaboración de un esquema conceptual como anteproyecto de oralidad para los procesos civiles, laborales, de familia y agrarios, lo cual formuló las bases de la RPL y publicó ese mismo año, el “Código General del Proceso” basado en la oralidad y la conciliación como reglas comunes para todos los procesos judiciales. Posteriormente, señalan los mismos autores que, en el año 1999 la Corte Suprema nombra formalmente una comisión redactora del proyecto de Código General Procesal, que inicia con la creación del proyecto de ley.

Con respecto de lo antes mencionado, Castro y Rojas (2009), afirman en términos generales que, fueron diversos especialistas en Derecho los que indicaron el riesgo de perder las características y principios particulares propios de cada rama del Derecho, por lo que algunos operadores presentan propuestas de reformas individuales. Propiamente, el proyecto de la RLP, surge como producto de la labor conjunta de múltiples participantes, dentro de los precedentes conocidos podemos indicar como punto de partida la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia de integrar una comisión conformada, en ese entonces por los Magistrados, Dr. Bernardo Van der Laet Echeverría y Jorge Rojas Sánchez, los jueces de trabajo Drs. Víctor Ardón Acosta y Luis Fernando Salazar Alvarado, así como el Lic. Mauricio Castro Méndez, abogado de la ANEP en el año 1999, con el fin de redactar un primer proyecto de ley, teniendo como base el anteproyecto del Código General del Proceso antes mencionado.

A mediados del año 2003, se le encomendó la tarea de elaborar el proyecto final, al Dr. Orlando Aguirre Gómez, que fue entregado en el año 2004, al entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Luis Paulino Mora Mora, y a los demás magistrados titulares de la Sala Segunda, los cuales hicieron entre otros, sus aportes personales al proyecto.

Una vez analizado, el proyecto por los Magistrados de la Sala Segunda de la Corte y otros miembros ligados al Poder Judicial, se presentó el proyecto al Consejo Superior de Trabajo con los representantes de los distintos sectores relacionados con la administración, empresarios y sindicatos; así como abogados especialistas, profesores universitarios, cooperativas, empresarios y funcionarios del Ministerio de Trabajo quienes realizaron también sus recomendaciones al proyecto de ley, algunas de las cuales fueron integradas al proyecto de la Corte.

Finalizado el proceso consultivo y aprobado por parte de la Corte Plena, el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Luis Paulino Mora en un acto solemne realizado el 25 de agosto del año 2005, lo entrega el proyecto al presidente de la República de turno, Dr. Abel Pacheco de la Espriella, quien lo remite a la Asamblea Legislativa donde se le asigna el número de expediente, No. 15.990, siendo aprobado en primer debate el 31 de julio de 2012 y en segundo debate, el 13 de setiembre de 2012 después de múltiples negociaciones entre el

Gobierno, el sector empresarial y el sector sindical. Sin embargo, como señala Calvo y Vega (2017), la Administración Chinchilla Miranda, vetó parcialmente la Reforma por razones de constitucionalidad y oportunidad, lo que obligó, a reenviar a la Asamblea Legislativa el decreto para la revisión del fundamento del veto.

El Decreto Legislativo N°9076, tal y como lo narran CALVO y VEGA (2017), debió devolverlo a la Asamblea Legislativa exponiendo las observaciones y modificaciones propuestas, para la revisión de los aspectos que dan fundamento al veto, siendo el aspecto fundamental -en términos generales-, aspectos de regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales. Así las cosas, el veto fue remitido para su estudio y análisis a la Comisión permanente de asuntos jurídicos, el 17 de octubre de 2012.

En la sesión ordinaria del plenario legislativo del 21 de mayo de 2013, se conoce el oficio DP-0316-2013 de la Presidencia de la República y el Ministro de la Presidencia, mediante el cual se retiró el veto por razones de inconstitucionalidad y se mantiene únicamente por razones de oportunidad y conveniencia, adjuntando la propuesta de la redacción alternativa a las objeciones plateadas, las cuales fueron remitidas a la Comisión permanente de asuntos jurídicos para que continuara su estudio.

Esta Comisión decide en julio de 2013, darle viabilidad a la RPL, acogiendo mediante informe de mayoría las objeciones del Poder Ejecutivo, al eliminar los artículos cuestionados (circunscribiendo las enmiendas en los términos señalados por la Presidencia y dándole nuevamente dos debates en el Plenario Legislativo). Paralelamente, se emiten dos dictámenes de minoría, uno negativo recomendando el resello de la iniciativa (es decir rechazar las recomendaciones de la Presidencia y recomendó buscar su aprobación por dos tercios del total de sus miembros, para lograr su sanción y ordenar su ejecución, como Ley de la República) y otro afirmativo, que incorpora otros criterios en el articulado.

Pese a lo anterior, la Asamblea Legislativa, no entró a conocer en el período restante el informe de la Comisión permanente de asuntos jurídicos. Es, hasta el 12 de diciembre de 2014 que señalan las autoras CALVO y VEGA (2017) que, mediante oficio DM-1162-2014 suscrito por el Ministro de la Presidencia, se remite al Presidente de la Asamblea Legislativa el acuerdo Poder Ejecutivo N°21 MP-MTSS-MJ, en donde se levanta el veto ordenado por el

Poder Ejecutivo al Decreto Legislativo N°9076 y en consecuencia se sanciona esa iniciativa, la cual pasaría a ser Ley de la República, al ordenar su publicación y observancia, lo cual generó diversas acciones de inconstitucionalidad, interpuestas ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Por su parte la Sala, resolvió por Voto N° 12251-2015 del 7 de agosto de 2015, avalando la posibilidad del levantamiento del veto por razones de conveniencia y oportunidad, siempre que se realice dentro del plazo cuatrienal con que cuenta el procedimiento legislativo para el análisis del trámite de los proyectos de ley, por lo que lo consideró que para el caso concreto existía un vicio en el procedimiento legislativo y anuló dicho acuerdo y la sanción N°21 MP-MTSS-MJ, retrotrayendo el proyecto al 20 de mayo de 2013 cuando se realiza el retiro del veto mediante oficio DP-0316-2013, es decir remite el proyecto a la Comisión permanente de asuntos jurídicos para que emita un nuevo dictamen. En cuanto al levantamiento por razones de inconstitucionalidad -en términos generales- la Sala consideró que, podía realizarse el retiro del veto por acto motivo al igual que su interposición.

Al anularse la Ley N° 9076, se retomó el procedimiento legislativo, mediante una subcomisión legislativa, tal y como lo señala la ANED (2016), debido a lo cual se acordó presentar un proyecto “nuevo”, al eliminar los artículos vetados y al modificar las normas consensuadas. Así las cosas, el 13 de diciembre del 2015 se presentó a la Asamblea, votándose en primer debate, el día 09 de diciembre y en segundo debate, el 14 de diciembre del mismo año, convirtiéndose en Ley N°9343, al ser firmada el 25 de enero del año 2016 por el presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera y al entrar en vigencia, 18 meses después de que fue publicada en el Diario Oficial La Gaceta, sea el 25 de julio de 2017.

Al presente, a poco más de un año de su entrada en vigencia, se visualizan muchos aspectos en ella incluidos, principalmente en relación con la huelga, así como su tratamiento en el caso de servicios esenciales y temas de interpretación e implementación de la reforma por parte de los operadores jurídicos con polémica, aunado a que la fecha en algunos despachos judiciales a nivel de agenda, ya se encuentran realizando señalamientos, para finales del presente año e inicios del 2020, al atentar nuevamente contra la celeridad esperada; incluso especialistas en la materia; categorizado algunos temas específicos derivados de los conflictos, tanto individuales como colectivos, introducidos por la Reforma Procesal Laboral como problemas de “seguridad jurídica” o incluso se habla de temas y se realizan interpretaciones que ni si

quiera están regulados en la Reforma o que su regulación no está prevista como algunos operadores afirman.

Uno de los problemas que se presenta en la tramitación de conflictos individuales, es el que se analiza en el presente estudio, en relación con la tramitación de las medidas cautelares, buscando generar una mayor certeza jurídica, principalmente referida a las posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral.

En este contexto, vemos que el procedimiento cautelar y anticipado que introduce la reforma procesal laboral, a partir de la sección V, del capítulo quinto del título décimo, en los artículos 489, 490, 491, 492, 493 y 494, se articula en los términos señalados desde el Voto N° 06224-2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como una extensión de la garantía contenida en el artículo 41 de la Constitución Política y es considerado como un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política que desarrolla el Estado y consiste fundamentalmente en la resolución de los conflictos intersubjetivos previo al desarrollo de un debido proceso de manera coherente, al contenido doctrinario que brinda el garantismo procesal.

El razonamiento lógico, es que el juez laboral investido por el Estado para la satisfacción y cumplimiento de la función jurisdiccional, a través del proceso como método idóneo de solución de conflictos y sujeto al principio del debido proceso utilice la tutela cautelar para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia y, por consiguiente, su ejecución, satisfaciéndose en buena teoría de esta forma la efectiva protección de los derechos laborales.

Bajo esta inteligencia, se reconoce la tutela cautelar como un medio que puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito, el Voto N° 06224-2005 precitado además indica que: “este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo, cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia”.

Es sumamente relevante, rescatar además del Voto N° 06224-2005, la referencia al principio general del Derecho procesal común que señala que, “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”. En este sentido se les otorga a los jueces, la facultad de adoptar las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración ordinaria o patológica de los procesos, no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón.

Tal y como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela cautelar consiste en el derecho a solicitar y objetar del órgano jurisdiccional competente las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia, si se cumplen los presupuestos de éstas. Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria, si concurren los presupuestos para su adopción. El Voto N° 06224-2005 precitado concluye al indicar que: “a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho”.

Siendo así, se ha reconocido que la tutela cautelar se encuentra sujeta a límites extrínsecos, basados en el principio de igualdad, en busca del equilibrio y nivelación procesal, así como el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio, de conformidad con los artículos 33 y 39 constitucional, con el fin de evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada o desproporcional, que podrían llegar a dañar o perjudicar la situación jurídica de alguna de las partes, siendo que, el Juzgador por el contrario, está llamado a proteger y reparar los derechos, de conformidad con los artículos 41 y 49 de la Constitución Política.

Bajo este examen de antecedentes, nos encontramos con que las medidas cautelares en el Código de Trabajo anterior se encontraban limitadas únicamente al arraigo, el embargo preventivo y la confesional prejudicial, bajo la regulación supletoria del Código Procesal Civil anterior y bajo una regulación procesal accesoria, regulación -ahora también derogada por la Ley N°9342-.

El Código de Trabajo reformado en cambio, establece la competencia de los jueces de trabajo de dictar medidas cautelares, antes o durante el proceso, e incluso en fase de ejecución, en los términos señalados en el artículo 489 del Código de Trabajo, incluyendo medidas cautelares atípicas, necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia bajo parámetros de racionalidad y proporcionalidad, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar.

2. Planteamiento del problema

La Reforma Procesal Laboral, introduce la medida cautelar típica de mayor interés para este estudio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 493 y 494 del Código de Trabajo, en donde a solicitud de parte trabajadora podrá plantearse como medida cautelar la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro del proceso ordinario laboral, para supuestos regidos por el derecho público cuando la ejecución o permanencia de la conducta administrativa sometida al proceso pueda ser fuente de daños y perjuicios, actuales o potenciales de difícil o imposible reparación; o bien, para supuestos regidos por el derecho privado cuando en el proceso judicial se impugne la validez o la injusticia del acto de despido y se invoque alguna norma de estabilidad siempre que no versen sobre la violación de fueros especiales de tutela, sino en procesos ordinarios.

Esta medida cautelar según la taxatividad de este numeral, para que sea otorgada por el órgano jurisdiccional no sólo debe ponderar los presupuestos de toda medida cautelar, sino que el código señala que se debe valorarse no sólo la seriedad de la petición y los intereses cuya tutela provisional se pide, sino que también debe ponderarse las eventuales lesiones que se puedan producir al interés público para supuestos regidos por el derecho público o la armonía y la seguridad de las empresas para supuestos regidos por el derecho privado, de tal manera que no se afecte el funcionamiento de la organización o entidad ni el buen servicio, disponiendo o manteniendo situaciones inconvenientes. Finaliza indicando que el interés público se tendrá como valor preeminente al resolver estas situaciones.

El Código reformado estableció en el artículo 494 que, en materia laboral, la solicitud del otorgamiento de las medidas cautelar se sustanciará en proceso incidental. Sin embargo, el proceso incidental no se encuentra regulado en la nueva normativa procesal laboral, por ello y

en virtud del principio de plenitud hermenéutica del derecho, debe ser integrado con las disposiciones que sobre esa materia regula el Código Procesal Civil. Tal y como lo establece el artículo 428 del Código de Trabajo para suplir el eventual vacío que se produce en el ordenamiento jurídico laboral y bajo la misma lógica jurídica se incluye la fase recursiva del proceso incidental para la apelación de las resoluciones de los incidentes que emitan pronunciamiento sobre el fondo, al disponerse que su sustanciación corresponde de conformidad con el proceso incidental.

Nótese incluso que, a diferencia de la regulación contenida en el Código Procesal Contencioso Administrativo (Título III), las medidas cautelares entre las cuales se incluye la suspensión del acto administrativo y del nuevo Código Procesal Civil (Capítulo III) se tramitan en cambio por medio de un procedimiento cautelar especial y accesorio y no mediante el proceso incidental (Capítulo IV).

Tanto en la vía civil como la vía contenciosa la regla del procedimiento cautelar es que toda tramitación sea audita altera parte (“oyendo a la otra parte”), es decir con audiencia a la contraparte de forma previa a la emisión de la medida cautelar y sólo previa demostración (y no sólo en virtud de la solicitud de la parte) de la inconveniencia de la bilateralidad, el juez podría llegar a conocer y decretar la medida cautelar inaudita altera parte (“sin oír a la otra parte”). Tal y como lo indica ARTAVIA y PICADO en el proceso civil se “...verá asegurado su derecho de defensa al notificársele la medida en el momento de su aplicación, pudiendo oponerse ante el mismo juez de instancia y ofreciendo prueba e inclusive garantía. Una vez presentada la oposición, se realiza una audiencia oral en la cual el Juzgador ratificará o revocará la medida cautelar, la cual quedará en definitiva para el resto del proceso, salvo que aconteciera un cambio de circunstancias que amerite su modificación o cancelación.” (Tomo II, 2016, p.114).

Pese a lo anterior, en virtud del principio dispositivo que rige la materia recursiva, ha generado confusión tanto para los litigantes como para los operadores jurídicos el hecho que, la Reforma Procesal Laboral establezca por una parte en el artículo 583 del Código de Trabajo una lista taxativa de resoluciones que son apelables; señala, el inciso 10), que, son apelables las resoluciones que denieguen, revoquen o dispongan la cancelación de medida cautelares o

anticipadas, sin contemplar las resoluciones que otorguen o concedan una medida cautelar; pero también se prevé en la normativa que en el caso particular de la solicitud de medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo se deba tramitar mediante el proceso incidental que se encuentra regulado supletoriamente en el Código Procesal Civil, siendo que tanto el artículo 67.3.12 del nuevo Código Procesal Civil, como el inciso 5) del artículo 583 del Código de Trabajo disponen que son apelables los autos que resuelvan el fondo de un incidente, por lo que considero que siendo la vía incidental la que se trámite la suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo, es por esa misma vía que se habilita la posibilidad recursiva para tales medidas cautelares.

Dicho lo anterior y al analizar la práctica a poco más de un año de la entrada en vigencia de la Reforma, nos encontramos que a falta de una norma expresa dentro de la normativa procesal que se introdujo en el Código de Trabajo que disponga taxativamente la posibilidad de recurrir el auto que otorgue la medida cautelar específicamente estudiada, se ha generado diversas interpretaciones de esta normativa procesal laboral, la cual se aplicaba por los diferentes operadores y despachos jurisdiccionales bajo diferentes criterios de interpretación; existiendo casos en donde incluso habiéndose ordenado una medida cautela de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral sin darle audiencia previa a la parte patronal, son ordenadas y comunicadas a las partes del proceso incluso sin fundamentar la urgencia que impida darle audiencia a la parte que la soporta ni fundamentar para el caso concreto el cumplimiento de los presupuestos doctrinales para su otorgamiento.

En esta misma línea de pensamiento, en la mayoría de los casos en los cuales son apeladas por parte del patrono la medida cautelar analizada, se han rechazado incluso de plano con sustento en que inciso 10) del artículo 583 del Código de Trabajo, al indicarse que sólo procede la apelación contra la resolución que deniegue, revoque o disponga la cancelación de medidas cautelares o anticipadas no contra la que la otorgue. Con base en esta interpretación jurisdiccional entonces, sólo el trabajador tiene derecho a promover el recurso de apelación, pero no la parte patronal, violentándose de este modo los principios básicos del debido proceso, contradictorio y el derecho de defensa, lo cual deriva en procesos asimétricos y por

ende en un quebranto al principio de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, y equilibrio procesal dentro del proceso laboral, esto en virtud del estado de indefensión que coloca a la parte patronal, tanto pública como privada, con la consecuente afectación económica y organizacional que representa reinstalar a un trabajador despedido incluso con responsabilidad patronal, en el peor de los escenarios.

Al analizar el contexto precitado, podemos observar que el problema surge en el ámbito de aplicación de la normativa laboral, concretamente en la Reforma Procesal Laboral introducida al Código de Trabajo, y se consiste en determinar: ¿Cuál es la vía recursiva para poder apelar los errores en el otorgamiento de una medida cautelar, que ordena la medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral?.

El problema se estableció con vista en algunas resoluciones de medidas cautelares en las cuales se rechazaron los recursos de apelación presentados en la empresa pública donde laboro en contra de resoluciones que ordenaban la suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo incluso con responsabilidad patronal en procesos ordinario laboral y en algunos casos sin dar previa audiencia a la parte patronal; autos que se consideraba contaban con agravios de fondo y forma, principalmente, porque las únicamente eran respaldadas por la versión del trabajador y no atendían a la verdad real de los hechos investigados, y porque no se realizaba conforme a los presupuestos doctrinales ni criterios jurisprudenciales el otorgamiento de una medida cautelar para los casos concretos, lo que colocaba a la parte patronal, en una posición de absoluta indefensión.

La hipótesis de partida está relacionada con lograr esclarecer la vía que posibilita revocar una medida cautelar que ordena la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, utilizando la normativa vigente, o bien visualizando la necesidad de una reforma legislativa.

Ante este escenario, se estudian las propuestas recursivas disponibles en el ordenamiento jurídico para recurrir las medidas cautelares en buscar de lograr la revisión por parte del juez superior, al utilizar para ello el análisis de la vía incidental que aplica para ello lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Nuevo Código Procesal Civil. Al analizar, además, el recurso de

apelación que se utiliza en el proceso especial y accesorio de medidas cautelares en sede contencioso administrativo cuando estamos ante supuestos regidos por el derecho público, **que** utiliza el artículo 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo y estudiando la vía recursiva de las medidas cautelares del nuevo Código Procesal Civil establecida en el artículo 67.3.4 del Nuevo Código Procesal Civil, en supuestos de derecho privado.

Asimismo, se realizará una recopilación de las acciones de inconstitucionalidad que se han presentado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, en contra del artículo 583 del Código de Trabajo, en relación con la imposibilidad de apelar la resolución que otorga o decreta una medida cautelar, con el fin de valorar en qué términos fueron planteadas y el estado en qué se encuentran.

3. Justificación del estudio

La tutelar cautelar es un derivado directo del principio constitucional de la tutela judicial efectiva y desempeña un papel relevante y prioritario dentro de todo proceso, cobrando mayor importancia en los procesos laborales, a partir de los cambios que en esta materia introdujo la Reforma Procesal Laboral, pues constituye un instrumento procesal efectivo para potencializar la protección de los derechos e intereses laborales de las personas trabajadoras, al punto que en muchas ocasiones, la eficacia misma de la medida puede depender la posibilidad de la ejecución de la sentencia de fondo, al proteger la situación de las partes en espera de la resolución final firme del litigio al asegurar la ejecutabilidad de la decisión final.

Si bien es cierto, un buen sistema de medidas cautelares constituye un instrumento valioso del cual no pueden prescindir el ordenamiento jurídico laboral, lo cierto es que, hoy en día, a más de un año de la entrada en vigencia de la Reforma, se plantea una serie de retos tanto para los operadores jurídicos como para los destinatarios de la norma cautelar, siendo uno de ellos la nueva realidad procesal y la amplitud de las medidas cautelares que en ésta se contemplan.

El presente trabajo, pretende abordar alguno de estos retos en la aplicación o interpretación de la normativa procesal laboral, al realizar un análisis sistemático y generalizado de las medidas

cautelares previstas en la Reforma Procesal Laboral, presupuestos, procedimiento y límites para el otorgamiento de la tutela cautelar con énfasis en la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral y la posibilidad que un juez superior revise en etapa recursiva, el otorgamiento de esta medida ante posibles agravios en los presupuestos de su otorgamiento. Para lograr ese objetivo, se acude a la doctrina, la jurisprudencia más relevante (o reciente) y la realización de aportes personales.

Para cumplir con los objetivos planteado, es necesario acudir al método cualitativa partir de la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes de los puntos medulares de la tutela cautelar expuestos por la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia nacional, con especial atención a los emanados por la Sala Constitucional, Sala Primea y Segunda, Tribunal Contencioso Administrativo, pero también los utilizados recientemente por los juzgadores labores de primera instancia para otorgar una medida cautelar y en segunda instancia para rechazar el recurso, dado el escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal del problema dada la escasa vigencia de la Reforma Laboral Procesal.

Lo anterior tiene como fin dilucidar los criterios de aplicación de las medidas cautelares que disponga la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, las cuales no están exentos de yerros y por ende, tanto su admisibilidad como rechazo, en virtud del principio de igualdad formal y sustancial, debería contar con las mismas posibilidad recursivas; pues no responde a la lógica jurídica que únicamente puedan ser apelables las resoluciones que las denieguen, revoquen o dispongan la cancelación de dicha medida cautelar, ya que al contar con una interpretación normativa restrictiva, se crea un marcado desequilibrio procesal, hacía la parte patronal tanto del Sector Público como del Sector Privado, al verse impedida de recurrir las resoluciones que ordenan como medida cautelar tan gravosa para el clima organizacional, las relaciones laborales y fondos públicos como la reinstalación al puesto de trabajo, al negar además el derecho de la doble instancia para la revisión por parte de un juez superior de los errores, en dichos otorgamientos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido los postulados, mediante los cuales se determina la infracción al derecho a la igualdad, indicado que para ello, se recurre a dos presupuestos: “1) Un parámetro de comparación, el cual permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica, y que, por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable y; 2) La razonabilidad de la diferenciación, con lo que se estatuye el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad.” (Votos N° 10153-2001 y N. ° 4451-2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

En este mismo orden de ideas, conforme lo ha señalado la Sala Constitucional existe una violación a la máxima general de igualdad, cuando para una diferenciación de la ley, no cabe hallar un fundamento razonable resultante de la naturaleza de las cosas o de otras causas adecuadas, o cuando desde la perspectiva de la justicia deba caracterizarse de arbitraria tal regulación, entendiéndose entonces como arbitraria una diferenciación, cuando no sea posible encontrar una razón calificada, razonable, justificada y suficiente.

Como resultado final, se acude al método inductivo para destacar las principales situaciones, que derivan del estado actual de la cuestión en el ámbito de tutela cautelar laboral y esclarecer las conclusiones y recomendaciones en relación con las posibilidades recursivas del otorgamiento de estas medidas.

4. Objetivo general y específicos

4.1. Objetivo General

- A.** Analizar las posibilidades recursivas contra la resolución que otorga una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, a partir de la entrada en rigor de la Reforma Procesal Laboral.

4.2.Objetivos específicos

- A.** Examinar los aspectos doctrinales, legales y jurisprudenciales, relacionados con el otorgamiento de las medidas cautelares.
- B.** Detallar los aspectos doctrinales, legales y jurisprudenciales, relacionados con el otorgamiento del proceso incidental.
- C.** Estudiar las particularidades del instituto de las medidas cautelares en la nueva legislación dentro del ordenamiento jurídico laboral.
- D.** Exponer los principales problemas de otorgamiento de la medida cautelar de reinstalación provisional al puesto de trabajo.
- E.** Determinar las posibilidades de revocar una medida cautelar que ordena de la suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral al utilizar la normativa vigente o bien la necesidad de una reforma legislativa
- F.** Reconocer las alternativas recursivas de las medidas cautelares que otorgue la suspensión del acto administrativo que ordenó el despido cuando no se ha ejecutado o bien la reinstalación al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral y el tratamiento de estas, por parte de los Tribunales de Justicia.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

CAPÍTULO II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Con el objetivo de establecer una conceptualización adecuada de los elementos y factores que intervienen en el otorgamiento de una medida cautelar y sus posibilidades recursivas, a continuación, se describirán los conceptos teóricos que son la base y guía para realizar el presente trabajo.

1. Generalidades de la Tutela Cautelar.

1.1. Breves Antecedentes de la Tutela Cautelar

Sobre el origen de la tutela cautelar, la tesis de MENA(2009), al citar a ARIAS RAMÍREZ señala que, estas surgen dentro de la doctrina del Derecho Procesal Civil, inicialmente con los interdictos innominados que el pretor tenía la libertad de crear en el Derecho Romano clásico, cuyas significaciones fueron recopiladas a finales del siglo XIX, por autores alemanes y posteriormente desarrolladas ampliamente por tratadistas italianos, españoles y argentinos trasladadas a diversos escenarios procesales del Derecho para adoptarlo a la doctrina moderna.

El reconocimiento moderno de la tutela cautelar inicia según indica PÉREZ GIAPO (2018) con WACH (1885) el cual acuñó una distinción tripartida de las formas de tutela en el proceso y fue por influencia de este que CHIOVENDA (1959) es su obra “La acción en el sistema de los derechos” trae a colación varias formas posibles de tutela jurisdiccional, entre las que se encuentra la tutela declarativa (sea mediante la declaración de certeza de un derecho), la tutela ejecutiva (sea mediante la ejecución de un derecho) y mediante las providencias cautelares, lo que representa una primera aproximación a la tutela cautelar.

Posteriormente, CHIOVENDA (1959) en su obra “Principios de Derecho Procesal Civil” señaló como una de las formas autónomas de acción “el poder jurídico de obtener una de las resoluciones (de seguridad o de cautela)” cuya existencia responde a una necesidad efectiva y actual de evitar un tumor fundamentado de producir un daño jurídico, condicionado por la posibilidad del daño y la posibilidad del derecho en riesgo, tal y como lo cita PÉREZ GIAPO (2018 p. 46)

La doctrina de CHIOVENDA (1959) se refirió a estas como una "acción cautelar o asegurativa"; incluso antes de mediar la certeza de que el derecho tutelado o asegurado realmente exista. Sin embargo, existen en la doctrina detractores de esta tesis que consideran que la acción al ser una sola impide su fraccionamiento, por lo que no podría independizarse de la acción principal del procedimiento de mérito, al señalar incluso que debería precisarse en cambio sí estamos en presencia de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio al principal.

Sentadas en la doctrina italiana, a lo largo del siglo XX principalmente los discípulos de CHIOVENDA continúan el estudio de la tutela cautelar en el trascurso de la historia del Derecho, el cual no ha sido uniforme en explicar el término o denominación que se utiliza, pues al sustantivo "medida" se le han agregado diversos adjetivos calificativos como, por ejemplo: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares, previas, preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela, o cautelares.

El primer planteamiento seriamente construido en relación con el instituto de la tutela cautelar según afirma PÉREZ GIAPO (2018) fue elaborado por CALAMANDREI (1945) en su obra "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Para CALAMANDREI (1945) citado por PÉREZ GIAPO (2018) el aspecto principal en la construcción cautelar esta en la finalidad o función que esta cumple; al señalar que "por una parte, es necesario que la resolución judicial del conflicto sea rápida para que no devenga en ineficaz; por otra parte, el proceso requiere de un tiempo considerable para producir una resolución definitiva que satisfaga unos criterios mínimos de justicia" Siendo la finalidad de la resolución compatibilizar la eficacia del proceso con la dilación temporal de este.

En esta misma línea de pensamiento, para CALAMANDREI (1945) lo verdaderamente relevante de las medidas cautelares es que "nunca constituyen un fin por si mismas" denominando esta característica como instrumentalidad de las procedencias cautelares (p.48)

Por su parte, CARNELUTTI citado por PÉREZ GIAPO distingue el proceso cautelar en razón de su fin, diferenciando de otros procesos como el proceso declarativo o el ejecutivo en razón de tener fin y efectos diversos a ellos, siendo el fin del proceso cautelar "servir para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)" (2018, p.48).

1.2. Concepto de Tutela Cautelar

Tal y como recopila PÉREZ GIAPO (2018, p.58-59), la doctrina ha intentado agrupar la tutela cautelar a través de diferentes criterios para su estudio terminológico, por lo que las denominaciones varían según el concepto o sistema que utilice cada autor, para ello partimos de las tres perspectivas antes analizadas:

- **Acción Cautelar.** Iniciada por CHIOVENDA conceptualizandola desde la perspectiva de la acción cautelar, valida para obtener una resolución o medida de carácter cautelar.
- **Proceso Cautelar.** Defendida por CARNELUTTI quien conceptualizaba la tutela cautelar como un proceso que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, el definitivo.
- **Medida o providencias cautelares.** Encabezada por CALAMANDREI entiende la tutela cautelar desde el punto de vista de la resolución final que otorga el órgano jurisdiccional en atención a las especiales características de este género de resoluciones. Esta última posición es la ha gozado de mayor aceptación en la doctrina contemporánea.

En nuestro país autores nacionales como ARTAVIA y PICADO (2016) señalan que existen tantas definiciones de medidas cautelares como autores y estos la definan como “un derecho subjetivo de carácter procesal ejercido por las partes, y dictada y ejercidas a través de los poderes-deberes del Juzgador, son ordenanzas dictadas por éste que conlleva obligatoriamente provisiones de dar, hacer o no hacer a una de las partes, para regular temporalmente una situación de hecho o de derecho, para evitar la producción de un daño irreparable o de difícil reparación que haga, por un lado, nugatorio la eficacia de una futura sentencia y por otro, que haga imposible el ejercicio futuro de un derecho del damnificado” (ARTAVIA y PICADO, 2016, p.61)

En el nivel jurisprudencial la Sala Constitucional señala que, la justicia cautelar responde a la necesidad de garantizar el principio constitucional de una justicia pronta y cumplida, al conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución de la sentencia, en los siguientes términos: "Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela

jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final" (Voto N° 7190-1994).

1.3.Naturaleza Jurídica de la Tutela Cautelar

Señala PÉREZ GIAPO (2018) que, el objeto principal y la razón de ser de la tutela cautelar es “garantizar y asegurar la eficacia del proceso como forma jurídica de resolución de conflictos” (p. 42).

Tal y como se indicó, en virtud de que la doctrina utiliza diferentes denominaciones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o incluso sentencia para referencia al instituto de la tutela cautelar, no existen por tanto un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídicas de estas; y a pesar del movimiento en favor de la promoción de estas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, al faltar en el derecho laboral un adecuado desarrollo legislativo que permita contar con una clara estructura procesal que regule las nuevas formas de tutela, con un proceso sencillo y célere y por ende una justicia más cercana a las partes y eficaz.

Bajo este escenario, lo que si podemos afirmar es que, la satisfacción de cualquier pretensión de manera inmediata resulta materialmente imposible; en tal sentido, resulta concomitante a cualquier proceso judicial el trascurso del tiempo en virtud de las etapas o concatenación de actos en que desarrollan en cumplimiento del debido proceso. Ante la necesaria y prudencial duración del proceso y sobre la base de la lucha contra el tiempo, la tutela cautelar reviste carácter accesorio con el fin de que no culmine con la insatisfacción de los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico laboral y con ello se frustre la protección del derecho que el trabajador o asalariado solicitado ante el Poder Judicial, por lo que se encuentran a su vez condicionadas a las resultas de este. En algunos casos se trata de evitar daños mayores, pero en otras lo que se busca es garantizar la eficacia de la sentencia y el reconocimiento del derecho en este caso de índole laboral.

En la doctrina costarricense, JINESTA LOBO (1996) afirma que: *“la tutela cautelar constituye, entonces, un lenitivo al formalismo lento y mecánico del proceso ordinario de cognición. En fin, se requiere un proceso rápido que permita obtener pronto cuánto sería posible conseguir sólo al término de un largo y costoso proceso de cognición, un proceso que siga los vertiginosos ritmos y las urgentes exigencias de la vida social y económica de nuestros días. Es así como un buen sistema cautelar puede reducir los efectos nefastos de las dilaciones que impiden una rápida solución (al permitir la adopción de medidas dirigidas a lograr un resultado análogo al obtenible si la intervención jurisdiccional pudiera realizarse en el momento mismo de la demanda judicial)”* (p.13).

De igual manera el jurista nacional GONZÁLEZ CAMACHO (2002) afirma que: *“gran mayoría doctrinal sostiene que la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege o pretende, en otras palabras, debe estar en función de la pretensión que se ejercita, y es a esto lo que denominan funcionalidad de la medida. En tanto más próxima o funcional sea con respecto a la sentencia definitiva, mejor será cumplida su finalidad, lo que en modo alguno permite prejuzgar sobre el asunto principal”* (p. 31)

Por su parte, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, desde una perspectiva objetiva, las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una declaración platónica de principios (Votos N°. 402-1995, 413-1995, 421-1995).

Por lo antes expuesto, podemos resumir como funciones primordiales de la tutela cautelar son por un lado un derecho subjetivo al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y por otro un medio preventivo ante los eventuales perjuicios irreparables o de difícil reparación que se podrían ocasionar por la duración del proceso.

Por otro parte, cabe destacar que dicho instituto no opera sólo en aras de proteger el interés particular del justiciable, sino que también tutela el interés público que importa la eficiente prestación del servicio de justicia.

Respecto a ello y ante la realidad constatable en los tribunales, los cuales se encuentran abarrotados de expedientes, con recursos materiales y humanos limitados, conlleva a echar

mano a dichas medidas como solución anticipada que contrarreste la demora en la tramitación del ordinario, lo cual aleja a las medidas cautelares de su función doctrinal de ser subsidiaria e integradora y no sustitutiva de la jurisdicción ordinaria.

1.4. Fundamento Constitucional de la Tutela Cautelar

De previo a desarrollar la regulación de las medidas cautelares en el derecho laboral costarricense, se realizará una aproximación doctrinal y jurisprudencial del instituto de la tutela cautelar, en relación con el marco constitucional bajo el cual se rige el ordenamiento jurídico nacional.

El fundamento de la garantía cautelar está relacionado -como se indicó- a la urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la duración del proceso judicial y que este no termine por perjudicar al titular de la situación jurídica que se ve en la necesidad de acudir al proceso cautelar para protegerla.

En este contexto para algunos, las medidas cautelares corresponden a un elemento necesario para asegurar la ejecución de eventuales y futuras sentencias como una manifestación de la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 41 de la Constitución Política (1949) el cual señala: “Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. El principio de tutela judicial efectiva también se encuentra tutelado como derecho humano reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica.

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “La Administración de Justicia está obligada a garantizar el respeto a los plazos estipulados en el ordenamiento jurídico para la tramitación y resolución de los diversos asuntos puestos a su conocimiento, ya que de lo contrario no sólo se trasgrede un derecho fundamental de los ciudadanos, sino que se atenta contra uno de los pilares de la democracia, en tanto el sistema pretende que los conflictos que se suscitan en la sociedad sean resueltos a través de un procedimiento que garantice los principios de justicia, orden, seguridad y paz social. La duración excesiva y no justificada de los procesos implica una clara violación al principio de

justicia pronta, pues los reclamos y recursos puestos a conocimiento de la Administración de Justicia deben ser resueltos por razones de seguridad jurídica, en plazos razonablemente cortos” (Voto N° 14619-2009 y 9164-2010).

Las medidas cautelares por su parte, indica PÉREZ GIAPO (2018) “tienden precisamente a garantizar, al menos de manera provisional, la eficacia de la resolución final que se emita en el proceso, pero no tiene como objetivo evitar esas dilaciones indebidas, sino de paliar las posibles repercusiones de cualquier prolongación del proceso en el tiempo -ya sea debida, por la necesaria dimensión y extensión temporal del proceso, ya sea debida, por la necesaria dimensión y extensión temporal del proceso, ya sea indebida- en la efectividad de la tutela cautelar que pueda otorgarse en su caso”.

Por consiguiente el fundamento constitucional de estas se encuentra en el derecho fundamental reconocido a que la tutela judicial otorgada a los órganos jurisdiccionales en la resolución que pone fin al proceso sea efectiva. Así lo entiende la Sala Constitucional, apuntando que: “A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica – normal y ordinaria - y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez” (Voto N° 6224-2005).

En tal sentido, coincidimos con la doctrina argentina de GALLEGOS FEDRIANI (2006) regularmente citado por el Tribunal Contencioso Administrativo Costarricense cuando resumen el objetivo de la justicia cautelar como: “la justicia cautelar por su parte no tiene como fin declarar un hecho o una responsabilidad, ni la de constituir una relación jurídica, ni ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni dirimir un litigio, sino prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal” (Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución N° 67 – 2017, N° 1680 – 2017, N° 2595 – 2017, N° 30 – 2018, N° 864 – 2017, entre otras).

En este sentido, la Sala Constitucional ha señalado que, “la interpretación por el juez (sic) (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución –Artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito.” (Voto N° 2006-9570). Además, ha puntualizado que, “uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art. 98 del Código Procesal Civil), para lo cual podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. (...). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la finalidad última que motiva la interposición de demandas” (Voto N° 438- 2002).

En ese mismo orden de ideas JINESTA LOBO señala que, “no resulta concebible una tutela judicial pronta y cumplida sin una tutela cautelar flexible y expedita. La tutela cautelar es un componente esencial, una manifestación o especificación de la tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, el órgano jurisdiccional debe garantizar la eficacia de la sentencia definitiva” (p.183).

No obstante, a diferencia de lo que acontece con el derecho a la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar no se encuentra explícitamente establecida como un derecho de configuración constitucional, ante esto la Sala afirmó: “IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o

condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia” (Voto N° 2005-6224).

Con respecto de lo antes mencionado podemos indicar que, la tutela cautelar representa una expresión o prolongación del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida según lo dispone la Constitución Política costarricense. Del mismo modo GARCÍA DE ENTERRÍA citado por JINESTA LOBO (1996) manifestó que: “no puede haber una tutela judicial efectiva si no existe una tutela cautelar flexible y expedita, de lo contrario “el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos” (p.86).

Corolario a lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera afirmó: “II. ...Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando ocurran los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que no existe una tutela judicial pronta y cumplida – efectiva - sin una cautelar flexible y expedita” (Voto N° 402-1995).

Empero, si bien la tutela cautelar constituye una herramienta jurídica para la obtención de una tutela judicial efectiva, no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; pues de ser así, debería entonces concurrir siempre en todos los procesos judiciales, cuestión que no sucede sino únicamente en casos donde se cumple en buena teoría con los presupuestos legales para su otorgamiento.

Cabe indicar que el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta se encuentra en función de los escenarios inherentes a la propia naturaleza de la pretensión, en el nivel laboral concretamente podemos citar como fin el aseguramiento de la efectividad del derecho demandado en tres escenarios:

- a) Esté sometido a dilaciones injustificadas
- b) Se prolongue más allá de los plazos establecidos en las leyes procesales
- c) Pueda constituir un peligro actual o potencial para la eficacia del derecho, aunque el proceso se tramite dentro de los plazos legalmente previstos.

1.5. Principio de Igualdad como límite de la Tutela Cautelar

La Sala Constitucional ha señalado que, los límites extrínsecos de este derecho fundamental está constituido por el principios de igualdad contemplado en el artículo 33 de la Constitución Política (1949) que señala: “Artículo 33: Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”, con el fin de evitar privilegios injustificados o una distinción objetivamente infundada. Podemos adicionar además el principio de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio en los términos señalados en el artículo 39 constitucional.

Asimismo, el principio de igualdad de armas procesales, no sólo consagra una garantía de los intereses de los justiciables, sino también de los intereses generales de la justicia, ya que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho y, por ello, indirectamente, coadyuva al ejercicio de la función jurisdiccional tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional (Voto N° 21039-2010).

Sin embargo, otro límite señalado por la Sala Constitucional en esta materia lo constituye la necesidad: “ineludible de motivar y fundamentar debidamente sus decisiones, por lo que debe expresar los motivos de hecho y de derecho en que se apoya. Y es que la motivación de la resolución permite conocer los razonamientos que utiliza el juez (sic) para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con lo que se procura garantizar que sus determinaciones se sustenten en criterios razonables y objetivos, y se posibilita, además, que tal decisión pueda ser controlada en alzada” (Voto N° 2009-2616).

En abono de lo expuesto, para la Sala Constitucional en su línea jurisprudencial ha expresado que las medidas cautelares en sí mismas no son inconstitucionales y resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción.

Por último, es importante señalar que la interacción entre la tutela cautelar y el desarrollo del derecho constitucional protegido de acceso a la justicia de manera igualitaria y efectiva garantiza cualquier mecanismo que de manera razonable que tutele los intereses en litigio.

2. Normas Objeto de Estudio y sus Interrogantes.

2.1. Regulación de la Tutela Cautelar en el Código de Trabajo reformado

En este mismo sentido, la regulación se encuentra ubicada a partir de la sección V, denominada procedimientos cautelares y anticipados del Código de Trabajo recientemente reformado en donde encontramos el objeto de estudio del presente trabajo, sea la resolución que otorga una medida cautelar de la suspensión del acto administrativo que ordenó el despido cuando no se ha ejecutado o bien la reinstalación al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral.

A partir del artículo 489 del Código de Trabajo, establece que el fin de la fijación de una medida cautelar es proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, al disponer literalmente “proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

En principio, la procedencia de una solicitud de medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral de la persona trabajadora no sólo procede en procesos contra del Estado o cualquiera de sus instituciones u órganos (regidos por el derecho público y por tanto con estabilidad en el empleo y que no se esté en supuestos de fueros especiales), sino también en régimen privado cuando en el proceso judicial se impugne la validez o la injustificada del acto del despido.

De conformidad con lo anterior, el artículo 493 de la norma procesal señala:

“Artículo 493.- *En los procesos contra el Estado o cualquiera de sus instituciones u órganos, que sea de conocimiento de la jurisdicción laboral y que no versen sobre la violación de fueros especiales de tutela, cuya pretensión tenga como efecto la reinstalación al puesto de trabajo, podrá plantearse como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto de despido o, en su caso, la reinstalación provisional de la persona trabajadora.*

La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta administrativa sometida a proceso pueda ser fuente de daños y perjuicios, actuales o potenciales, de difícil o imposible reparación.

La medida también será procedente en supuestos no regidos por el derecho público, cuando en proceso judicial se impugne la validez o la injusticia del acto del despido y se invoque alguna norma de estabilidad.

El órgano jurisdiccional, al pronunciarse sobre la solicitud, ponderará no solo la seriedad de la petición y los intereses cuya tutela provisional se pide, sino también las eventuales lesiones que se puedan producir al interés público o a la armonía o seguridad de las empresas, de manera tal que no se afecten el funcionamiento de la organización o entidad, ni el buen servicio, disponiendo o manteniendo situaciones inconvenientes. La satisfacción del interés público se tendrá, al resolverse estas situaciones, como valor preeminente”.

Consecuencia de lo señalado, el Juzgador debe determinar la procedencia de una solicitud de medida cautelar, al verificar al efecto la pretensión del proceso ordinario, la seriedad de la petición constituye una valoración preliminar del fondo para determinar si existe en el caso en cuestión lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.

La norma de análisis también establece la procedencia de la medida cautelar cuando la ejecución o permanencia de la conducta (administrativa o privada) sometida a proceso produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de difícil o imposible reparación situación que ha sido definida en la doctrina como el *periculum in mora* o peligro en la demora, es decir, que en virtud de la demora patológica del proceso judicial, concurra un peligro actual o potencial que genere a la parte promovente un daño grave.

Bajo la misma línea de pensamiento, el mismo artículo 493 del Código Procesal Contencioso Administrativo, establece la obligación del juzgador de realizar, a la luz del principio de proporcionalidad, una valoración a los eventuales lesiones que se puedan producir al interés público o a la armonía o seguridad de las empresas, es decir, entre la circunstancia del particular, por un lado y el interés público y los intereses de terceros que puedan verse afectados con la adopción de la medida cautelar, por el otro. Siendo que la satisfacción del interés público se tendrá, al resolverse estas situaciones, como valor preeminente.

En relación con el procedimiento seleccionado por el legislador, a partir del artículo 494 del Código de Trabajo en estudio señala que, la tramitación de la solicitud de la medida cautelar se tramitará mediante el, proceso incidental en los siguientes términos:

“Artículo 494.- La solicitud se sustanciará en proceso incidental. Si lo que se pide es la suspensión de los efectos del acto, al dársele curso a la articulación, se ordenará a la autoridad administrativa no ejecutar el acto hasta tanto no se resuelva la solicitud, apercibiéndola de que el incumplimiento la hará incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad y en el pago de salarios caídos. La notificación se hará legítimamente por cualquier medio escrito, inclusive por la propia parte interesada, si comprueba al despacho el recibido de la comunicación.

La reinstalación se registrará en lo pertinente por lo dispuesto en el capítulo que regula el procedimiento de ejecución.

En todo supuesto de violación de fueros especiales de tutela, la reinstalación precautoria se registrará por lo señalado en el procedimiento previsto para esos casos”.

3. Características de la Tutela Cautelar en el Nuevo Código de Trabajo.

3.1. Instrumentalidad, Accesoriedad y Funcionalidad

Como se anticipó, la función cautelar posee un carácter esencialmente instrumental respecto de la efectividad futura de la sentencia, buscando proteger la resolución definitiva, ya sea

porque el proceso tenga una duración excesiva o porque se produzcan eventualmente dilaciones que lo demoran.

La Sala Constitucional afirmó que la medida cautelar tiene carácter instrumental de la decisión final, lo que determina su subordinación al proceso principal y afirmó que: “Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso” (Voto N° 07190-2006).

Respecto a esto GONZÁLEZ CAMACHO (2002) señaló: “Así, según se ha dicho, son accesorias porque sólo pueden darse en función de otro proceso, sin el cual o sin la suposición del cual, no podrían darse. Están unidas en consecuencia a la pretensión esgrimida en el proceso principal, de la que no pueden desvincularse totalmente” (p.22).

Por lo antes expuesto podemos señalar que, la relación de instrumentalidad con la sentencia de mérito, cuya efectividad garantiza provisionalmente anticipando, total o parcialmente, sus efectos; lo que determina, a su vez, su subordinación y accesoriedad respecto del procedimiento principal se centra en la idoneidad función la de la medida cautelar como instrumento al servicio de la efectividad real de la tutela judicial.

Pese a que tal y como se indicó, la medida cautelar es “esencialmente instrumental” como afirma JINESTA LOBO (1996) en relación con la sentencia definitiva, cuya efectividad garantiza provisionalmente anticipando, total o parcialmente, sus efectos; lo que determina, a su vez, su subordinación y accesoriedad respecto del proceso principal, en los últimos tiempos esta función garantista ha sufrido una alteración importante ya que algunas medidas cautelares suponen una anticipación del fallo.

3.2. Provisionalidad, Flexibilidad, Idoneidad y Necesidad

En este mismo orden de ideas, tenemos que toda medida cautelar es entonces provisional, por lo tanto los efectos de la resolución que en él recaen tienen naturaleza temporal mientras se dicta la sentencia de mérito en el proceso principal o definitivo o cuando las circunstancias así lo impongan; inclusive durante su vigencia o permanencia en el tiempo dependerá de las circunstancias que fuesen tomadas en cuenta para su adopción, por lo que podría haber modificaciones por ulteriores variaciones en las circunstancias concretas que determinen su causa de su modificación o revocación cuando resulten inapropiada (lo que en doctrina se conoce como *clausula rebus sic stantibus*).

En consecuencia, esta flexibilidad precitada, sugiere que el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para determinar el tipo de medida adecuada a las circunstancias del caso en los términos señalados por el artículo 490 del Código de Trabajo al ordenar que además de las medidas previas por ley "... podrán hacer uso de cualquier otra medida, si se considera necesarias para garantizar el eventual futuro derecho".

Sobre el particular el precitado autor nacional JINESTA LOBO (2008) estimó que, la medida es provisional por su naturaleza interina por lo que tiene una "vida genéticamente provisoria", hasta tanto no sobrevenga la decisión definitiva, por lo que su eficacia nunca es irreversible. El artículo 489 del Código de Trabajo hace referencia a dicha provisionalidad al señalar que "el órgano jurisdiccional podrá ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia". Además, el mismo artículo hace referencia al principio de proporcionalidad y razonabilidad, como límite al otorgamiento o denegación de la tutela cautelar en el juez debe "disponer de forma prudencial todo lo necesario para lograr el objetivo de la medida, de modo que no se incurra en extralimitaciones".

En cuanto al principio de proporcionalidad este corresponde uno de los cánones o máximas fundamentales en la hermenéutica y la observancia de las medidas cautelares "en los casos concretos si para obtener el fin propuesto por la medida restrictiva, no exista un medio menos gravoso, pero igual de eficaz para conseguir tal fin" tal y como indica PÉREZ GIAPO (2018, p. 113).

Sobre la razonabilidad la Sala Constitucional afirmó que: “La razonabilidad se conoce también con el rótulo de debido proceso sustantivo. Cuando se viola la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido objetivo o formal, como imposición de una forma o de un procedimiento que debe seguirlos actos de cada órgano del Estado para ser formalmente válidos, sino que se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto, con el sentido de justicia que la constitución alberga. Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir es la adecuación medida de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico; lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido según las circunstancias del caso (...) El principio de razonabilidad viene a exigir a las leyes y (sic) contenido razonable. Lo razonable se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad-que es de forma- para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede ser obligado a hacerlo que la ley razonable no manda, ni privado de lo que la ley razonable manda. Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en las leyes. Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. El control de razonabilidad es una forma de controlar la constitucionalidad, porque lo irrazonable es inconstitucional” (Voto N° 3834-1992).

Tal y como lo indicó ARTAVIA y PICADO (2016) el poder cautelar no es absoluto, siendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las cargas jurídicas lo que motiva el cumplimiento de los presupuestos que debe observar el juez para su otorgamiento, por ello afirman que “la razonabilidad es un aspecto propio del procedimiento y la proporcionalidad radica en lo que dispuesto en el fallo, pues este debe ser proporcional con los hechos que la determinan, no puede ordenarse algo que sea imposible de ejecutar y debe ser acorde con la finalidad del proceso y sobretodo procurando establecer un estado que no se perjudique a las partes o que al menos, se dé una paz jurídica extraprocesal” (Tomo II, p.79)

Por otro lado, se considera que la idoneidad de la medida es un concepto contenido en el término “adecuadas” del artículo 489 del Código de Trabajo, pues la idoneidad o adecuación puede resumirse como lo indica LOPES GIAPPO (2018) como “la adecuación objetiva (cualitativa y cuantitativamente) y subjetiva de la medida para alcanzar el fin con que se

acuerda, de manera que una medida cautelar resulta idónea cuando, mediante ella se posibilita la satisfacción del fin de protección del desarrollo del proceso perseguido” (p.123).

Finalmente, la necesidad también señalada en el artículo 489 del Código de Trabajo hace referencia según lo dispuesto por la Sala Constitucional a la existencia de una base fáctica que haga necesario proteger algún derecho mediante la imposición de una medida de diferenciación (Voto N° 08858-1998) y entre varias medidas igualmente apta para alcanzar el objetivo, la autoridad competente deberá elegir aquella que afecte menos posible la esfera jurídica de la persona (Voto N° 03933-1998).

Así las cosas, la necesidad puede definirse como lo indica LOPES GIAPO (2018) como “la exigencia del cotejo de la medida restrictiva que se pueda adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos” (p.127).

Como lo indicó la resolución del Tribunal de Trabajo, Sección II: “En algunas ocasiones se debe acudir a esta medida como único recurso para poder garantizar el éxito de la demanda. Por su carácter excepcional (pues lo ordinario es solicitarlas en la propia demanda), se exige la concurrencia simultánea de urgencia y necesidad. Pueden adoptarse sin oír a quien va a ser la parte contraria en el posterior proceso (sin perjuicio del derecho de oponerse a las mismas una vez acordadas) (Voto N° 161 – 2011).

3.3. Cognición Sumaria (Sumaria Cognitio) y Urgencia

Señala el artículo 490 del Código de Trabajo que ante la solicitud de parte o de oficio para los casos expresamente previstos en la ley, los tribunales actuarán diligentemente, de manera que no se frustre el fin perseguido; es precisamente dicha actuación urgente la que justifica el conocimiento superficial de la causa.

En materia laboral al igual que en otras ramas del Derecho el conocimiento sumario lo que significa es la observancia de los requisitos mínimos contemplados en la norma, si quieren que su petición sea atendida y eventualmente estimada, ARTAVIA y PICADO (2016) señalan al respecto que “no se debe caer en formalismos ni fórmulas sacramentales, ya que los mismos constituyen la columna vertebral de la alegación opuesta por vía procesal” (p. 113 Tomo II).

La cognición sumaria se ve reducida según lo señalado por JINESTA, LOBO, MILANO y GONZÁLEZ (2006) a juicios de probabilidad y verosimilitud: “toda medida cautelar es adoptada en virtud de una cognición sumaria, puesto que, la plena solo resulta predicable del proceso principal. La cognición sumaria o prima facie cognitio, parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que no deja de ser delicado, por cuanto, el contradictorio y la paridad de las partes se ven sensiblemente afectados” (p.167).

GONZÁLEZ CAMACHO (2002) afirma en relación con la urgencia que: “es característico de las medidas cautelares que han de adoptarse con urgencia, es decir, de manera inmediata, sin “las reposadas formas del proceso” (Calamandrei, 1945), lo que impide muchas veces el pleno conocimiento de los supuestos que la justifican. Esa urgencia que se refleja en la sumariedad de la gestión conlleva una gran limitación de plazos, trámites y elementos probatorios, por lo que las posibilidades de error son grandes, circunstancia que justifica los amplios poderes del Juez para que pueda corregir la medida adoptada (si es errónea), o sustituirla en virtud de hechos nuevos que la conviertan en ilegítima. De allí que la medida cautelar sea revocable en aparición de hechos nuevos, que lleven al Juzgador al convencimiento de lo contrario, o al menos de lo diverso. Con ello se está señalando la sujeción a regla rebus sic standibus que permite la modificación de la medida al ritmo de las circunstancias que la justificaron” (p. 24).

4. Presupuestos de la Tutela Cautelar y su aplicación en Materia Laboral

En este apartado, con el fin de no redundar en lo ya expuesto se analizarán los presupuestos sustantivos de la medida cautelar que incorpora la nueva legislación laboral en el artículo 493 del Código de Trabajo, pues la simple solicitud del derecho a la tutela cautelar no implica que deba ser otorgada de manera automática, sino que resulta esencial el razonamiento en la resolución del caso concreto para su adopción, así como también la motivación para mantenerla o revocarla como garantía del debido proceso. Precisamente estos presupuestos buscan evitar abusos en el arbitrio judicial o un uso abusivo de la medida cautelar.

4.1. Apariencia de Buen Derecho (Fumus Boni Iuris)

Todo aquel que solicite una medida cautelar debe en primer lugar, lograr un cierto grado de convicción en el órgano jurisdiccional respecto de la existencia efectiva y real del derecho en que fundamenta la pretensión introducida al proceso principal tal y como afirma PÉREZ GIAPO (2018, p.82).

Este es el presupuesto de la seriedad o verosimilitud del Derecho, es el primero que enumera el artículo 493 del Código de Trabajo, cuando establece que para la procedencia de la medida cautelar en materia laboral, se debe verificar la seriedad de la petición.

En el nivel procesal podemos indicar que, la adopción de una medida cautelar requiere fundamentar que la afectación en la esfera jurídica patronal tanto público como privado no resulta justificada sin que la pretensión de demandante sea razonablemente plausible y la pretensión aceptada, por ello se le exige al órgano jurisdiccional un juicio simple de verosimilitud, es decir que mediante la justificación y la prueba que acompañan la solicitud de la medida, se genere un juicio de apariencia razonable que lo lleve a la presunción que de pronunciarse la sentencia de mérito se declararía con lugar la demanda; esto porque la acreditación de la certeza absoluta desnaturaliza la función de la medida cautelar, al ser este el fin del proceso principal.

Según BACIGALUPO citado por LÓPEZ CAMACHO (2009) se trata de un requisito negativo toda vez que basta que la demanda no sea evidentemente improcedente para dar paso en el análisis de la tutela cautelar, dicho requisito es el piso mínimo requerido (p.148).

La doctrina ha diferenciado dos posiciones diferentes en la concreción del contenido de este requisito; la postura mayoritaria apoyada por CALAMANDREI(1945) expone al “fumus boni iuris” como un cálculo de probabilidades y verosimilitud, por lo que basta con la probabilidad de que en el proceso principal sea declarado el derecho en sentido favorable para acreditar este presupuesto; la postura minoritaria apoyada por SERRA DOMINGEZ citado por PÉREZ GIAPO (2018) expone al “fumus boni iuris” como un enjuiciamiento de primeras impresiones, prima facie o prejuzgamiento de manera que el órgano jurisdiccional evalúe si con los elementos que hasta ese momento ha aportado el solicitante de la tutela cautelar podría conceder al demandante lo solicitado.

En el nivel nacional, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV definió: “el “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho, como el juicio hipotético, a

priori, de “probabilidad o verosimilitud” acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, elemento que se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones involucradas por el articulante” (Voto N°45-2007) al poyar así la postura mayoritaria antes indicada.

En esta misma línea de Tribunal de Trabajo, Sección II afirmó que la: “Apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*: El solicitante debe aportar al Tribunal razones que conduzcan a éste a formarse un juicio liminar sobre la adecuación a derecho de la demanda. El requisito implica que el solicitante tiene que presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, ya que las medidas cautelares las adopta el mismo juzgador que luego enjuiciará el caso” (Voto N° 161 - 2011).

En una resolución reciente de una medida cautelar el Juzgado de Trabajo del II Circuito Judicial de San José resolvió al respecto que: “(...) *Apariencia del Buen Derecho: conforme a este presupuesto, para la procedencia de la medida cautelar debe mediar "seriedad en la demanda", es decir, una probabilidad de éxito tal que la demanda no resulte a simple vista palmariamente carente de seriedad, o en su caso temeraria. Para la doctrina, no es otra cosa que la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia, mediante el análisis propio de un proceso sumarísimo que en forma alguna puede o debe implicar verter pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sino y en su lugar, únicamente una aproximación al mismo tomando en cuenta los elementos presentes al momento del dictado del fallo que acoge o deniega la medida*” (Voto N° 431-2018).

Asimismo el, jurista nacional JINESTA LOBO(2006), determinó que dicha apariencia de buen derecho se traduce en “un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte promotora y que, aparentemente, la legitima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia definitiva- probabilidad de salir vencedor de la Litis- (p. 173).

En relación con la prueba JINESTA LOBO(2008) afirmó que: “Basta, entonces, que el juez compruebe y arribe al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante probable o presumiblemente será reconocido en la sentencia definitiva de mérito. Esto es, la situación jurídica sustancial debe presentar “prima facie” admisibilidad y fundamento jurídico, una razonable apariencia; o si se quiere, en un

sentido negativo, que los motivos de la pretensión aducida no sean manifiestamente infundados, por lo que el recurrente tiene la probabilidad de salir vencedor de la contienda”(p.92.)

Desde esta óptica, el juicio acerca de la verosimilitud del derecho que se invoca es el resultado de un análisis superficial o sumario acerca de la probabilidad de lo que se pretende, sin que se requiera de una prueba acabada acerca de la existencia o validez de lo que se intenta en juicio, no trata de ser exhaustivo ni profundo, porque de ser así sería equivalente a realizar el estudio de fondo del asunto, siendo que únicamente busca comprobar la carencia de seriedad, incluso en algunos casos se reflejan justificaciones subjetivas y discrecional sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho en virtud de la superficialidad con la que se realiza. Además es importante indicar en este punto que es el solicitante quien tiene la carga de acreditar en el fundamento de su solicitud que existe un alto grado de probabilidad que la sentencia definitiva que se dicte en el proceso principal sea declarada con lugar, por ello resulta coherente que aporte la prueba oportuna que le permitan al juez estimar como probable la existencia del derecho que pretende tutelar.

4.2. Peligro en la Demora (Periculum In Mora)

Afirma PÉREZ GIAPO (2018) que el segundo de los presupuestos concurrentes para la concesión de la tutela cautelar corresponde al peligro de daño por la demora procesal sobre los intereses y derechos del solicitante, presupuesto que debe concurrir de manera previa a la solicitud de la tutela cautelar (p.98).

El artículo 493 del Código de Trabajo, establece la procedencia de la medida cautelar en materia laboral, cuando se verifican los intereses cuya tutela provisional se pide, es decir, cuando de la valoración en virtud de la demora patológica del proceso ordinario concurra algún peligro grave actual o potencial de que se genere a la parte promovente un daño grave a sus intereses.

En el nivel procesal podemos indicar que, la adopción de una medida cautelar no basta con su presunción, sino que requiere quedar acreditado con la presentación de información, argumentos, justificación y prueba que permita al órgano jurisdiccional, sin prejuzgar el fondo del asunto, realizar un juicio provisional favorable de la pretensión que se solicita. Requiere

que el solicitante justifique el peligro actual o potencial alegado y la eventual dificultad en la ejecución de la sentencia, por ello debe acreditar los hechos que fundamentan la existencia real o indiciaria del peligro alegado y que pueda traer como consecuencia que se impida la efectividad de la sentencia de mérito y por ello resulta oportuna la prohibición legal que impone la medida cautelar.

Es así como el peligro en la demora ha sido denominado por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, sección II, como el presupuesto básico y central y la “columna vertebral de cualquier medida cautelar” pues es el objetivo mismo de toda medida, asegurar el resultado del proceso y lo desarrolla de la siguiente manera: “El peligro en la demora, implica -según la doble concepción de CALAMANDREI-, peligro en la infructuosidad y peligro de tardanza de la resolución principal, que en términos más simples, no es más que el retraso en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce, precisamente, a causa de este retraso (daño inminente y demora en el proceso principal). El instituto del que se habla tiene su justificación y su razón de ser, en el riesgo que para el derecho debatido supone la dilación en la definición definitiva del conflicto planteado. De no existir esa peligrosidad para cualquiera de los bienes del recurrente, la medida cautelar pretendida está condenada al fracaso, pues no tiene razón de ser” (Voto N°167-2002).

Por su parte el Tribunal de Trabajo, Sección II, afirmó al respecto que el: “Riesgo por el transcurso del tiempo o *periculum in mora*. El mismo está constituido por el riesgo de daño que puede sufrir el demandante por la dilación temporal del proceso, que puede frustrar la ejecución de lo que se acuerde en la sentencia o resolución que ponga fin al proceso. Quien pide la medida debe acreditar que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una sentencia estimatoria. De todas maneras, no cabe acordar la medida si la situación que provoca el riesgo ha sido soportada por el solicitante desde hace mucho tiempo, salvo que acredite razones suficientes que justifiquen el motivo por el que no ha pedido con anterioridad la medida” (Voto N° 161 - 2011).

El jurista nacional ARTAVIA BARRANTES (2004) aclara con respecto a este que: “*periculum in mora*” no es el peligro genérico de un daño, sino que, específicamente, es el peligro del ulterior daño marginal, que se origina con la lentitud del proceso e incluye,

cualquier supuesto de irreparabilidad del derecho, irrevocabilidad, abuso del derecho ajeno, “infructuosidad, insatisfacción o ineffectividad de la sentencia” (p.327).

En doctrina, el tratamiento de este requisito, no se encuentra sujeto a un tratamiento legal uniforme, específicamente no dispone que deba realizar la justificación correspondiente a un tipo de medida, sino que enuncia determinadas circunstancias de cuya comprobación cabe inferir la concurrencia de este requisito o incluso en otras no se exige la acreditación del peligro en la demora.

Este por su parte es considerado un *requisito positivo*, es decir, si la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso producirá graves daños o perjuicios sobre la situación jurídica aducida. Es precisamente la existencia de ese daño grave actual o potencial, como presupuesto básico y central de la medida cautelar, ya que de no existir aquel, ésta no tiene razón de ser. Precisamente por ello, el juzgador debe acreditar el peligro en la demora, hasta lograr un grado de certeza razonable acerca de la amenaza inminente de un daño a la situación jurídica sustancial de la que, probablemente, es titular el petente. En tal sentido, la cognición acerca del periculum debe asumir un nivel de certeza sobre la existencia de las condiciones de hecho.

En relación con la carga de la prueba, en principio le corresponde a la parte que promueve la medida tal y como lo señala el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo: “la parte actora no ha hecho referencia puntual a esos daños graves actuales, o potenciales que le causaría la ejecución del acto cuya suspensión transitoria pretende, no se ha hecho ninguna argumentación en ese sentido, en realidad el tribunal en este aspecto, si bien en algunos casos podría inferirlo como lo ha hecho, lo cierto es que al menos necesita información respecto de los hechos o algún otro alegato que ponga de relieve efectivamente ese daño grave actual o potencial que sufriría la situación jurídica aducida de no accederse la medida cautelar pretendida” (Voto N° 168-2018).

Sin embargo, por tratarse de materia laboral, los tratadistas señalan que por tratarse de materia social incurre lo que en doctrina se conoce como “inversión de la carga de la prueba” limitándose incluso a demostrar una posible o eventual daño, o bien de una “cargas probatorias dinámicas” según las cuales la carga de prueba le corresponde a quien más fácilmente pueda tener acceso al elemento probatorio de que se trate o se encuentra en mejores condiciones de producirla en los términos señalados por la Sala Segunda de la Corte Suprema

de Justicia (Voto N° 178-1999), por lo resultaría razonable que quien alegue pueda solicitar al organo jurisdiccional traer al proceso incidental prueba que se encuentre en custodia de la parte patronal para respaldar su solicitud, pues tal y como hemos acotado anteriormente “la sola alegación de un perjuicio grave o irreparable no basta para disponer la tutela cautelar” (LÓPEZ CAMACHO, 2009, p.187).

4.3. Compatibilidad con el Interés Público

El artículo 493 del Código de Trabajo, establece la procedencia de la medida cautelar en materia laboral, cuando se verifica las eventuales lesiones que pueden producir al interés público. Debe ponderarse si frente al derecho del recurrente cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en grave la petición solicitada. Se debe tratar no de un simple interés público, sino de uno sumamente calificado. En consecuencia, la medida cautelar se debe rechazar cuando su imposición cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado.

Este estudio de proporcionalidad en sentido estricto corresponde al enjuiciamiento de los dos intereses en juego, siendo que el juzgador como lo indica LÓPEZ GAIPO (2018, p.113) “debe buscar si se mantiene el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo”. Corresponde entonces por mandato legal al órgano jurisdiccional competente, realizar una ponderación de los derechos e intereses enfrentados en cada caso concreto. En relación con la ponderación DE LA SIERRA citado por LOPEZ CAMACHO (2009) afirmó: “La ponderación implica, en primer lugar, integrar el periculum in mora y confrontar el riesgo que lleva la adopción de la medida cautelar o, en su caso, la no adopción de esta para todos los intereses implicados. Dicha valoración, además, ha de venir acompañada de la toma en consideración del fumus boni iuris, de manera que sólo las situaciones jurídicas prima facie susceptibles de ser protegidas pueden tener cabida en el discurso del juez cautelar. En fin, los intereses que se aleguen en el pleito han de ser concretos y no es válida la alusión genérica a los mismos como

justificación del periculum que comporta la mora procesal, tal y como realiza, a título de ejemplo, el Tribunal Supremo en su auto de 13 de mayo de 1991”

Asimismo, la Sala Constitucional en el voto N° 6663-95, del 5 de diciembre de 1995, estableció como presupuestos de fondo de las medidas cautelares, el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar y una "*posición favorable del interés público*". En relación con el interés público el Tribunal Contencioso Administrativo, sección II señalando aclaró que: “Interés Público, Por último, debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (incluido como parte del derecho fundamental de la tutela judicial, también consagrado en nuestra Constitución Política) y, por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en forma indiscriminada, en todo sello, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar” (Voto N° 1-2007).

El autor JINESTA LOBO (2008) señaló en este presupuesto que, “debe ubicarse lo que la doctrina italiana ha denominado la “bilateralidad del periculum in mora” – principio de proporcionalidad – que le impone al órgano jurisdiccional ponderar los diversos intereses involucrados al dictar una medida cautelar”. Lo que significa que, se debe valorar el interés del solicitante (privado) frente a los intereses públicos o de terceros, por lo que solo se otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte.

Colorario de lo anterior, cabe citar que el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo señaló en relación con el equilibrio de intereses en juego que: “En tal equilibrio, es necesario ponderar la incidencia que la cautelar produzca en la actividad ordinaria de la Administración Pública, pues bien puede llegar a truncar o afectarla gestión sustantiva de una determinada organización administrativa. En esta línea, la correcta ponderación del interés público con lleva a determinar el rechazo de la petición cautelar cuando el perjuicio al interés público sea

superior al interés privado. De ahí que el citado mandato imponga como criterio valorativo en este particular, la consideración de la no afectación de la gestión sustantiva del órgano o ente. Asimismo, deben ser objeto de consideración las previsiones financieras o presupuestarias que debe adoptar la Administración Pública para ejecutar la medida cautelar. En el análisis de las cautelares, el juzgador no debe dar mayor importancia o potenciar uno de los tres presupuestos aludidos, pues cada uno de ellos forma parte de factores de una ecuación que permite determinar la procedencia o no de la medida. Uno solo de los elementos no puede llegar a determinar la pertinencia de la solicitud, pues solo de converger los tres supuestos, la medida sería viable. Bien puede darse un caso en que la ejecución de la conducta pública produzca un daño, la demanda no sea infundada, pero la medida solicitada, caso de disponerse, cause un daño aún mayor en la esfera del interés público o de derechos de terceros directa o indirectamente afectados, caso en el cual, en tesis de principio, sería inviable. Ergo, el juzgador debe sopesar cada uno de ellos para de manera integral, llegar a una decisión (Voto 1420-2010).

5. Tipología de las Medidas Cautelar Labores, forma de practicarlas, sustituirlas o levantarlas:

Tal y como se adelantó el párrafo final del artículo 489 del Código de Trabajo señala que “Con respecto a la tipología de las medidas, tanto cautelares como preparatorias, a los efectos y a la forma de practicarlas, sustituirlas o levantarlas, se estará a lo dispuesto en la legislación procesal civil, con las excepciones que se indican a continuación.”

5.1. Solicitud Cautelar

Según lo dispone el nuevo Código Procesal Civil, por referencia del artículo 489 del Código de Trabajo, la medida cautelar salvo las regulaciones en la propia legislación laboral, pueden ser solicitadas antes, durante o después de la interposición de la demanda principal. Según señala ARTAVIA y PICADO (2016 p. 62),) en buena tesis de principio siempre se deben tramitar dando audiencia previa a la contraparte, sea quien soporte la medida cautelar de conformidad con el artículo 94 del nuevo Código Procesal Civil siendo la excepción la tramitación inaudita que altera partes señalada en el artículo 96 del mismo cuerpo normativo.

5.2. Vías Procesales

5.2.1. Provisionalísimas

Se refiere a medidas que se adoptan mientras se tramita la medida cautelar definitiva con el fin de asegurar la efectividad de la resolución que podría recaer luego en esta y deben estar relacionadas con la pretensión cautelar directa e indirectamente con la pretensión del proceso principal.

La misma no se encuentra regulada en el nuevo Código de Trabajo. La encontramos tanto en el nuevo Código Procesal Civil que por:

“ARTÍCULO 96.- Admisión provisional sin audiencia: El embargo preventivo y la anotación de la demanda se ordenarán provisionalmente sin audiencia a la parte contraria. También, podrán decretarse, provisionalmente, sin previa audiencia otras medidas cautelares, cuando el solicitante lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la realización de audiencia puede comprometer su finalidad. La resolución que ordene provisionalmente la medida cautelar sin audiencia no tendrá recurso alguno. Notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida. Si se formula oposición se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, en esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan”.

Así como en el Código Contencioso Administrativo que en su artículo 23 señala:

“Artículo 23.-Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida”

Respecto a estas señala LÓPEZ CAMACHO(2009), citando a ROJAS FRANCO que, “el Juez puede adoptar y ordenar medidas de inmediato ante causa, que es con el objeto de garantizar la

efectividad de la medida cautelar que finalmente se adopte” (p.209). Señala LÓ PEZ CAMACHO, además, que, si bien la norma no establece la necesidad de la “urgencia”, la jurisprudencia justifica la premura de la situación para imponer la misma.

Incluso autores como JINESTA LOBO (2006, p.166) opinan que puede adoptarse sin dar audiencia previa a la parte contraria para escucharla en casos de extrema urgencia con el fin de garantizar la eficacia de esta y sin posibilidad de apelación de la medida cautelar que se tome provisionalmente pues es cuando se tome la resolución cautelar definitiva que esta podrá ser recurrida.

En ese sentido el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo afirmó: “las “provisionalísimas”, que regula el artículo 23 del Código de rito. Conforme al numeral de cita, una vez solicitada aquélla, el juzgador podrá ordenar, incluso de oficio, las medidas provisionalísimas necesarias para garantizar la efectividad de la cautela que se adopte finalmente. Son, por tanto, medidas transitorias que se convierten en un instrumento de la cautela que pueda decretarse finalmente. Su función, como lo señala la norma de cita, es asegurar la consecución efectiva de la cautelar principal y serán revocadas o modificadas cuando se adopte esta última. De ahí el vínculo que deben guardar con el objeto del proceso y la medida cautelar que como principal se gestiona. El auto que homologa modifica o revoca la resolución que ordena la medida provisionalísima, conforme al artículo 30 del código de rito, tiene recurso de apelación con efecto devolutivo ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, dentro del tercer día hábil siguiente a su notificación. En el caso de examen, se recurre la resolución no. 504-2008 dictada a las 08 horas 25 minutos del 01 de agosto de 2008 por la Jueza Tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que dispuso acoger la tutela solicitada en forma provisionalísima y ordenar la no ejecución de las medidas cautelares impuestas por el Ministerio de Salud en la orden sanitaria RCSARSHMR-27-2008. Este Tribunal ha indicado que el auto provisional impugnado carece de recurso, pues la “provisionalísima” acordada no es definitiva, sus efectos son transitorios y no causan estado en lo que corresponde a la medida. (Consúltese al respecto el voto no. 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008). La apelación, como se indicó, está prevista para objetar el auto que resuelve, en forma definitiva, la tutela cautelar solicitada. Por las razones dadas, deberá rechazarse la apelación interpuesta”. Sobre el

tema pueden consultarse también los fallos 7-A-TC-2008 de las 14:05 hrs. del 14 de febrero del 2008 y 148-A-TC-2008 de las 8:35 hrs. del 31 de octubre del 2008” (Voto N° 104-A-TC-2008).

5.3. Inaudita Altera Parte

La regla general, es que la tutela cautelar se tramite con todas las partes del proceso, de manera que se otorgue audiencia previa de la parte afecta por la presunta interposición de una medidas cautelares y solo de manera excepcional en supuestos avalados por el órgano jurisdiccional como de urgencia y efectividad del tutelado queda postergada la audiencia a la parte mediante una resolución que contenga una motivación clara y precisa de las razones por las cuales se determina dicha postergación de la audiencia a la parte afectada con posterioridad a la decisión del órgano jurisdiccional que decreta las medidas cautelares, por lo que debemos concluir que en materia de tutela cautelar no se produce una eliminación del contradictorio sino de manera excepcional se pospone por razones de necesidad de la propia tutela.

Esta medida no se encuentra regulada en el nuevo Código de Trabajo, sino en el nuevo Código Procesal Civil, en el artículo 96 precitado. En la misma línea, el Código Contencioso Administrativo que en su artículo 25 dispone:

“ARTÍCULO 25.- 1)En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contra cautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código. 2)Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto”. Es decir que una vez otorgada se le da traslado a la parte que la soporta garantizando el principio de bilateralidad o contradictorio y el órgano jurisdiccional valorar si mantiene, modifica o revoca la medida.

5.4. Ante Causam

Se refiere a una medida que se dicta previamente al inicio del proceso sujeta a la condición de que se interponga la demanda en materia laboral en el plazo de 10 días en caso de embargo preventivo y tres en días en caso del arraigo. Esta posibilidad sí está prevista como se indicó anteriormente en el artículo 489 del nuevo Código de Trabajo que señala que

“Artículo 489.- Antes de iniciarse el proceso y durante su tramitación, inclusive en la fase de ejecución, el órgano jurisdiccional podrá ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

Por lo antes expuesto el artículo 491 dispone “El embargo preventivo procederá sin necesidad de fianza, cuando haya evidencia de que el patrimonio del deudor corre peligro de desmejorarse durante la tramitación del proceso, como garantía de los eventuales derechos del trabajador o la trabajadora, tornándolo insuficiente. Con el propósito de comprobar "prima facie" la prestación personal del servicio y la veracidad del hecho o los hechos en que el pedimento se apoya, esa parte deberá ofrecer el testimonio de dos personas, así como cualquier otro elemento probatorio que juzgue importante. Las probanzas se sustanciarán sumariamente de forma escrita, aun sin asistencia de la parte contra quien se solicita la medida y, al valorarse la situación, los tribunales actuarán con prudencia, de manera tal que el embargo sea proporcionado y no se utilice de forma innecesaria o abusiva. La prueba testimonial evacuada solo tendrá eficacia para sustentar la medida del embargo. Si el embargo se solicitara como acto previo a la demanda, la presentación de esta última deberá hacerse a más tardar diez días después de practicado. Si no lo hiciera, de oficio o a solicitud de parte, se revocará la medida y se condenará al solicitante al pago de los daños y perjuicios en el tanto de un diez por ciento (10%) del monto del embargo. Estas consecuencias serán advertidas en la resolución inicial. Su fijación y cobro mediante la vía del apremio patrimonial se hará en el mismo proceso” y el artículo 492 por parte ordena: “El arraigo se decretará sin más trámite ni garantía. Si se solicita como previo a la demanda, esta deberá presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación; de lo contrario, se levantará de oficio o a petición de parte y

se condenará al peticionario al pago de los daños y perjuicios correspondientes. Se ejecutará de la misma forma indicada en la norma anterior...”

En virtud de lo anterior, la duración de la medida está subordinado a una condición consistente en la interposición del proceso principal y cumplida tal condición se consolida como una medida cautelar definitiva. Al respecto la Sala Constitucional señaló: “Nótese, según lo que se dijo en el Considerando anterior, es una etapa dispuesta por el ordenamiento jurídico para acreditar si hay mérito o no para iniciar el procedimiento formal, de donde ,ante la gravedad de la falta y el interés que se intenta proteger, resulta, no sólo posible, sino necesario en algunos casos, facultar a la Administración a adoptar este tipo de medidas, aún en la fase preliminar, caso contrario, podría verse seriamente comprometido el efectivo ejercicio de la acceso a la justicia y a la tutela cautelar, ambos, en su verdadera acepción de derechos fundamentales consagrados –se repite– en el artículo 41 de la Constitución Política. Asimismo, debe considerarse que se trata de una medida meramente preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por lo que, en consecuencia, podrá dictarse en su lugar la revocatoria de la medida preventiva impuesta (suspensión otro lado) o, en su defecto, la apertura del procedimiento correspondiente” (Voto N° 1030-2006).

El nuevo Código Procesal Civil, en el artículo 77 por su parte dispone:

“ARTÍCULO 77.- Oportunidad, legitimación y responsabilidad. En cualquier tipo de proceso, antes o durante el procedimiento, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares. Salvo disposición expresa en contrario, estas se decretarán a solicitud de parte y bajo su responsabilidad”.

Asimismo, el Código Contencioso Administrativo que en su artículo 26 ordena:

“ARTÍCULO 26. (...) -1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia”.

6. Procedimiento

El ordenamiento jurídico procesal costarricense prevé un amplio catálogo de medidas cautelares, de diferente contenido y naturaleza, por lo que procedimiento para adoptar cada uno de esas formas de tutela a sino regulado de diferente manera.

6.1.Vía para solicitar Medida Cautelar

En el proceso civil y en el proceso contencioso administrativos los cuales regulan un proceso especial y accesorio al principal dentro de su normativa procesal en donde en primera instancia vemos que el artículo 87.3.4 del nuevo Código Procesal Civil señala expresamente que: serán apelables los autos cuando: “4. Se pronuncien sobre la solicitud de concesión, modificación, sustitución o levantamiento de una medida cautelar o tutelar” y por su parte el artículo 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo se dispone que: “Artículo 30. Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles”.

El proceso laboral en cambio lo que encontramos es una remisión expresa al proceso incidental del Código Procesal Civil para su tramitación pues el Código de Trabajo no posee una regulación procedimental de la vía indicial así como tampoco la contiene el Código Procesal Contencioso Administración como se analizará a continuación:

6.2. Proceso Incidental

El artículo 494 señala de manera sucinta que la solicitud de suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral como medida cautelar se sustanciará en el proceso incidental y por tanto debemos remitirnos al nuevo Código Procesal Civil.

“Artículo 494.- La solicitud se sustanciará en proceso incidental. Si lo que se pide es la suspensión de los efectos del acto, al dársele curso a la articulación, se ordenará a la autoridad administrativa no ejecutar el acto hasta tanto no se resuelva la solicitud, apercibiéndola de que el incumplimiento la hará incurrir en el delito de desobediencia a la

autoridad y en el pago de salarios caídos. La notificación se hará legítimamente por cualquier medio escrito, inclusive por la propia parte interesada, si comprueba al despacho el recibido de la comunicación.

La reinstalación se regirá en lo pertinente por lo dispuesto en el capítulo que regula el procedimiento de ejecución.

En todo supuesto de violación de fueros especiales de tutela, la reinstalación precautoria se regirá por lo señalado en el procedimiento previsto para esos casos”.

A manera de introducción podemos señalar que, el proceso incidental es un proceso contencioso de conocimiento reducido a una cuestión accesorio dependiente del proceso principal.

El incidente no tiene contenido propio ni se desarrolla con carácter autónomo, sino que se inserta en el proceso principal a solicitud de la parte interesada, señalando ARTAVIA y PICADO (2016) que se trata más que de un proceso que depende del proceso principal que le da vida (Tomo II, p. 380). Los mismos autores señalan que en nuestro ordenamiento contamos con cuatro tipos de incidentes:

1. Los de previo y especial pronunciamiento. Los cuales no se suspende el curso normal del proceso, sino que ambos se desarrollan paralelamente y pueden ser resueltos ante el proceso principal, por ejemplo, el incidente de cobro de honorarios.
2. Los nominativos e innominados. Siendo nominativos cuando tienen una previsión expresa en la ley, por ejemplo, el incidente de recusación o nulidad de los actos y los innominados cuando son atípicos.
3. Los de audiencia o fuera de audiencia. Siendo los de audiencia los que se resuelven en audiencia oral y los de fuera de audiencia los que se formulan de manera separada y no deben resolverse en audiencia.

Cabe señalar además que, el proceso incidental no suspende el proceso principal, salvo que la ley expresamente le conceda ese efecto como en el caso del incidente de recusación, tal y como lo dispone el artículo 114.3 del nuevo Código Procesal Civil.

Además, el artículo 113.5 del nuevo Código Procesal Civil señala que los incidentes cuyo procedimiento se hubiera paralizado por un mes, por culpa de la parte promovente, caducarán sin necesidad de la resolución que lo declara y se tendrá por desistido definitivamente.

La tramitación que regula el nuevo Código Procesal Civil depende si el incidente se tramita en audiencia oral o fuera de la audiencia oral conforme al artículo 114; en el caso de la tutela cautelar en estudio considero que la medida cautelar debe sustanciarse conforme al artículo 114.2 por ser un incidente fuera de audiencia para lo cual es ordenatorio dar audiencia de emplazamiento por tres días a la parte que presuntamente tendrá que soportar la medida cautelar solicitada en los siguientes términos:

*“**Artículo 114.1 Incidente en audiencia.** Los incidentes suscitados en audiencia se tramitarán en esta. Se formularán oralmente y se oirá a la parte contraria. No se admitirá prueba que no se presente en el acto o cuya práctica no sea posible en esa misma audiencia. Practicada la prueba, se dictará resolución final y la cuestión debatida no podrá plantearse nuevamente.*

***114.2 Incidentes fuera de audiencia.** Los incidentes que se formulen fuera de audiencia se tramitarán en pieza separada.*

La gestión inicial deberá contener los hechos que lo sustentan y la pretensión. Se deberá aportar u ofrecer toda la prueba y si esta ya consta en el proceso bastará con indicarlo. Si no se cumplen los requisitos señalados, el incidente será rechazado de plano.

Admitido el incidente, se emplazará a la parte contraria por un plazo de tres días. Con la contestación, el incidentado ofrecerá las pruebas, salvo si constan en el expediente, en cuyo caso bastará con indicarlo.

La resolución final se dictará en el plazo de cinco días, cuando no sea necesario practicar prueba en audiencia.

Si se admitiera prueba que deba practicarse en audiencia, se señalará para tal efecto dentro de los diez días siguientes. La resolución final se dictará inmediatamente después de finalizada la audiencia de práctica de la prueba. La incomparecencia de las partes se registrará por lo dispuesto en este Código, para la inasistencia en los procesos de audiencia única”.

6.3. Apelación en Sede Incidental:

En relación con los recursos de los incidentes el artículo 67.3.12 del nuevo Código Procesal Civil señala que son apelables los autos cuando emitan pronunciamiento sobre el fondo de un incidente, salvo que denieguen la nulidad.

Al respecto de la apelación del incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I ha señalado que: "IV) En un criterio que se comparte, la Sección Segunda de este Tribunal, consideró que la naturaleza procesal de las resoluciones que resuelven un incidente de suspensión de acto administrativo, es la de un auto.(...) Por ese motivo, si por definición sólo son autos con carácter de sentencia aquellos que ponen final proceso, y esta circunstancia no concurre cuando se resuelve un incidente de suspensión de los efectos de los actos impugnados, no queda más alternativa que reconocer que la que se pronuncia sobre estos últimos es un "auto", lo cuales conteste con el artículo 560 del Código de rito, que incluye dentro de los "autos apelables", el que emite pronunciamiento "sobre el fondo de un incidente", salvo cuando se declare sin lugar una nulidad relativa(inciso9)" (Voto N° 00325-2010).

Por su parte, el Tribunal Primero Civil, señaló respecto a la apelación había manifestado en relación con la normativa prevista en el Código Procesal Civil anterior que: "III. Para el dictado de esta resolución, conviene reiterar lo indicado por este Tribunal y Sección, en su Voto N° 251 de las 9:35 horas del 28 de junio del 2001, en donde se señaló, con respecto al sistema de impugnación de las resoluciones dictadas en cuanto a medidas cautelares y procedimientos preparatorios, lo siguiente: "... El actual Código Procesal Civil adoptó el sistema de taxatividad de la apelación en cuanto a los autos. Ello quiere decir que únicamente pueden ser objeto de apelación aquellos autos a los cuales, de manera expresa, les haya concedido tal medio de impugnación el legislador. Al respecto, en la exposición de motivos del actual Código Procesal Civil y en la "EXPLICACIÓN Y CONCORDANCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL", publicada por la Imprenta Nacional en 1990, página 99, se señaló en cuanto al actual artículo 560 lo siguiente: "*Teniendo el espíritu del proyecto, entre otros fines, la celeridad, es necesario restringir el número de apelaciones a fin de evitar no solo la lentitud, sino algo peor aún: el afán de atrasar que tienen muchos litigantes a través*

de la interposición de la apelación, inclusive a sabiendas de no tener razón. La tendencia a disminuir los recursos viene como consecuencia del aumento de los poderes del juez. De manera que las resoluciones que no estén comprendidas en las disposiciones expresas tendrán únicamente el recurso horizontal de revocatoria”.

Por ello según el mismo principio de especialidad que rige al instituto de la tutela cautelar y los intereses a que responde, si la legislación laboral actual prevé el procedimiento vía incidental para sustanciar la tramitación de la medida cautelar en estudio, por que consecuentemente también serian aplicables las vías recursivas previstas en la vía incidental, sea el recurso de apelación contra la resolución que resuelve el fondo de un incidente, aunque la legislación civil actual también se habilite el recurso de apelación contra los autos que emitan pronunciamiento sobre o los autos que resuelven la concesión, modificación, sustitución o levantamiento de una medida cautelar ya que en el proceso civil, la tutela cautelar se tramita mediante el proceso especial de medidas cautelares y no mediante el proceso incidental que ella se regula.

Consecuentemente con lo señalado, incluso jurisprudencia con referencia Código Procesal Civil anterior, del Tribunal Primero Civil en el Voto N° 279-2010, desarrolló en este sentido la naturaleza procesal de las resoluciones judiciales que resuelven un incidente de suspensión de un acto administrativo, incluyéndolos como autos apelables de conformidad con el artículo 560 inciso 9) del Código Procesal Civil derogado ya que el inciso 10) del mismo artículo únicamente indicaba como apelable el auto que denegara la cancelación de las medidas cautelares en el siguiente sentido: “En la resolución apelada, el Juzgado rechaza la medida cautelar solicitada por la parte actora. De ese pronunciamiento apeló la solicitante y el Juzgado admitió el recurso. A partir de la promulgación del Código Procesal Civil que actualmente nos rige, nuestra legislación se ajustó al sistema de apelación limitada según el cual solo tienen recurso de apelación aquellas resoluciones que expresamente se señalan como susceptibles de impugnación por ese medio. En dicho cuerpo legal se siguieron varios sistemas de restricción. Se establecieron listas taxativas de autos apelables (artículos 429, 435 y 560); en algunas normas se dispuso expresamente que lo resuelto no tendría ese recurso (325); en otras disposiciones, la admisión depende de si la resolución es estimatoria o no (217); y, de acuerdo al tema, se dio el recurso de alzada a ciertos aspectos concretos. Tal sucede en relación con las

medidas cautelares. Al atender a que se trata de tutela provisional, en que una de sus características es la responsabilidad de quien la pide y que está sujeta a variabilidad o modificación cuando las circunstancias lo exijan, en este tema solo se dio recurso de alzada a la resolución que deniegue la cancelación de las medidas cautelares (artículo 560 inciso 10 del Código Procesal Civil). Lo anterior no se modifica porque el artículo 560 inciso 9) del Código Procesal Civil le da recurso de apelación a la resolución que emita pronunciamiento sobre el fondo de un incidente, porque tratándose de medidas cautelares rige la especialidad de tal instituto por los intereses que responde. En definitiva, no establece nuestra legislación la posibilidad de establecer recurso de apelación contra la resolución que deniega una medida cautelar y por ello en voto de mayoría deberá declararse mal admitida la apelación. Así lo dispuso este Tribunal en Voto de mayoría 103-P-2010.”

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

En este capítulo se incluirán las bases metodológicas que dan sustento al estudio. Se define el tipo de investigación, los sujetos de estudio, las variables y las técnicas de investigación.

1. Enfoque de la investigación

El enfoque cualitativo utiliza la recolección y análisis de los datos y revisión inicial de la literatura para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, 2014, p. 7).

2. Alcance del estudio

El presente estudio de investigación cuantitativo posee el enfoque de investigación. La razón por la cual se determinó como investigación, es porque la finalidad de la investigación-acción como enfoque de estudio es comprender y resolver problemáticas específicas de una colectividad vinculadas a un ambiente determinado y se centra en aportar información que guíe la toma de decisiones para proyectos, procesos o la búsqueda de reformas estructurales (Hernández Sampieri, 2014, p. 496). En este caso, comprende el ámbito jurídico específicamente la problemática relacionada en el ámbito patronal en virtud de la reinstalación provisional al puesto de trabajo, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral que se realiza mediante el otorgamiento de una medida cautelar en el proceso ordinario laboral y sus posibilidades recursivas.

3. Fuentes de información

Para aportar información al trabajo en estudio, se recurrió a fuentes de información primaria y secundaria para investigar factores de interés acerca del estudio.

3.1. Fuentes Primarias

Como fuente primaria de información se recurrió al material bibliográfico correspondiente al tema, con el fin de obtener el sustento teórico necesario para su elaboración, a escala doctrinaria, normativa y jurisprudencial.

En el nivel doctrinal se presenta una conceptualización del tema; a nivel normativo se realiza una ubicación de la figura jurídica y características que repercuten su uso, vacíos y características de la misma y finalmente en el nivel jurisprudencial se plasma la realidad de su interpretación por parte de los operadores jurídicos. y cómo afectan los niveles de legislación especializada.

3.2.Fuentes Secundarias

Como fuente secundaria de información, se recurrió a la búsqueda de las actas del legislador y las acciones de inconstitucional en contra de la norma en estudio.

4. Sujetos de estudio

Las partes procesos de los procesos ordinarios labores sometidos a una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo o reinstalación provisional al puesto de trabajo.

Como resultado final, se acude al método inductivo para destacar las principales situaciones, que derivan del estado actual de la cuestión en el ámbito de tutela cautelar laboral y esclarecer las conclusiones y recomendaciones en relación con las posibilidades recursivas del otorgamiento de estas medidas cautelares.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE
RESULTADOS

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El presente capítulo contiene el análisis e interpretación de resultados obtenidos a partir de la doctrina y jurisprudencia disponible de la tutela cautelar analizada anteriormente, en torno a la normativa de los artículos 493, 494, 583 inciso 5) y 10) del Código de Trabajo; del mismo modo se identificaron las discrepancias y los vacíos que han causado mayor confusión tanto para los litigantes como para los operadores jurídicos en torno a las posibilidades recursivas del otorgamiento de una medida cautelar que ordena la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral.

- **Actas de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales del proyecto de Ley expediente N° 15.990 “Ley de Reforma procesal laboral” relaciones con las medidas cautelares cuya pretensión sea la suspensión del acto administrativo y la reinstalación al puesto de trabajo**

En primera instancia se realizó una revisión a las actas de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales del proyecto de Ley expediente N° 15.990 “Ley de Reforma procesal laboral” con el fin de determinar cuál había sido el espíritu del legislador a la hora de aprobar el capítulo IV relativo a las actuaciones previas a la actividad jurisdiccional y las consideraciones tomadas en cuenta, pues en la redacción del proyecto de ley de consenso que se tramita bajo el expediente N° 19306 no se encuentra discusión sobre dicha normativa.

Por lo antes expuesto, encontramos el acta número 43 del veintiuno de diciembre de 2005, correspondiente a la audiencia otorgada al Ing. Eugenio Pignataro, Director de Desarrollo Social de la UCCAEP y al Sr. Oscar Bejarano Coto, donde se cuestiona la potestad otorgada a los jueces para el otorgamiento de las medidas cautelares indicó en dicha audiencia lo siguiente:

“En realidad, Mario, si vemos lo que usted mencionó son tres artículos en los que ustedes tienen que centrar su atención. Uno es el Artículo 374, que es el del 40% de apoyo a la huelga. Otro es el Artículo 490, que es el de las medidas cautelares, porque se le da una enorme libertad al juez de ordenar cualquier medida cautelar. Dice: “... aún medidas atípicas ...”. Genéricamente, atípicas para preservar el posible derecho del trabajador a la sentencia. De

modo que esa es una facultad judicial muy, muy amplia, porque hay algunas medidas cautelares como el arraigo o como el embargo preventivo que, tradicionalmente, han figurado en los códigos y figuran en el Código Procesal Civil y figuran en este proyecto y figuran ahora en el Código de Trabajo. Pero, en materia de medidas cautelares la doctrina es sumamente amplia. Ahí discutimos mucho, tanto en la Comisión de la Corte como en la Comisión de que si se hacía una lista de cuáles medidas cautelares eran las que se iban a aceptar o si se dejaba a criterio de los jueces laborales, flexiblemente, fijarlas. Al final, prevaleció la tesis de dejar esto abierto. El otro artículo es el 538 que es el que se refiere a los fueros. Este artículo de los fueros, lo que hizo fue recoger todos los fueros que hay...”

Como vemos, la única discusión que se visualiza en este sentido es con relación en la ampliación de las facultades del juez dentro del instituto cautelar regulado en el nuevo Código Laboral

- **Actas de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos del proyecto de Ley expediente N° 15.990 “Ley de Reforma procesal laboral” relaciones con las medidas cautelares cuya pretensión sea la reinstalación al puesto de trabajo:**

En ese mismo orden de ideas, de la revisión realizada de las actas de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos del proyecto de Ley N° 15.990 “Ley de Reforma Procesal Laboral” únicamente encontramos en el acta número 51 de las trece horas con cuarenta y tres minutos de la sesión ordinaria número cincuenta y uno del dieciocho de enero de 2011, correspondiente al segundo período extraordinario, la moción N.º 33-137 (32-51-CJ) aprobada con relación con la reinstalación al puesto de trabajo, presentada por el diputado Francisco Chacón González, para que en el artículo 1 del proyecto de ley en discusión, se modifique el primer párrafo del artículo 494 y en consecuencia se lea:

"ARTÍCULO 494.- En los procesos contra el Estado o cualquiera de sus instituciones u órganos, que sea de conocimiento de la jurisdicción laboral, y que no versen sobre la violación de fueros especiales de tutela, cuya pretensión tenga como efecto la reinstalación al puesto de trabajo, podrá plantearse como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto de despido o, en su caso, la reinstalación provisional de la persona trabajadora (...)."

Señalando que la moción fue discutida, estando presente seis diputados de los cuales seis levantaron su mano para votar a favor, sean los señores Óscar Alfaro Muñoz, Presidente;

Carmen María Muñoz Quesada; Secretaria Ad Hoc; Francisco Chacón González; Alfonso Pérez Gómez; José María Villalta Florez-Estrada; Luis Fishman Zonzinski, siendo aprobada por unanimidad la cual fue asumida en el expediente de ley N° 19306.

Estos son los únicos antecedentes legislativos encontrados, que hacen referencia a la discusión de la medida cautelar de reinstalación y suspensión del acto administrativo respecto al proyecto de ley presentado que como se indicó anteriormente de conformidad con el artículo 494 del Código de Trabajo debe sustanciar por la vía incidental, de conformidad con el artículo 114,2 del nuevo Código Procesal Civil, el cual una vez admitido por el juez, se obliga a dar una audiencia previa de tres días a la parte contraria y una vez contestado, se resolverá en el plazo de 5 días cuando no sea necesario admitir prueba.

En la práctica judicial observamos que, se ha generado confusión tanto por parte de los litigantes a hora de apelar el auto que resuelva el incidente de reinstalación tanto del Estado como para patronos privados; como por parte de los operadores jurídicos a la hora de resolver los recursos, en el tanto la Reforma Procesal Laboral establezca en el artículo 583 del Código de Trabajo una lista taxativa de resoluciones que son apelables; por un lado el inciso 10), estableció que, son apelables las resoluciones que denieguen, revoquen o dispongan la cancelación de medida cautelares o anticipadas, sin contemplar las resoluciones que otorguen o concedan una medida cautelar.

Siendo que el trámite de esta medida cautelar se realiza mediante el proceso incidental el recurso contra lo resuelto debe por ende ser admitido en dicha vía, sea mediante la presentación del recurso de apelación contra los autos que resoluciones que resuelvan los procedimientos incidentales al tenor de lo dispuesto en 67.3.12 del nuevo Código Procesal Civil contra el auto que resuelva el fondo de un incidente de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral siendo además, que la normativa labora posibilida tal posibilidad recursiva en el artículo 583 inciso 5) del Código de Trabajo.

- **Acciones de inconstitucional presentadas contra el recurso de apelación que ordena una medida cautelar**

De la consulta realizada en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, unicamente encontramos la acción de inconstitucionalidad incoada por Televisora de Costa Rica, contra el artículo 583, inciso 10), del Código de Trabajo, por escrito presentado el 18 de abril de 2018, en dónde se alegó que, el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José, Sección Primera, mediante resolución de las 14:06 horas de 27 de septiembre de 2017, acogió una medida cautelar de suspensión inmediata de los efectos del acto de despido, ordenándose la restitución al puesto de trabajo y contra ese acto presentaron un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito Judicial de San José, el cual, mediante auto de segunda instancia No. 276, de las 14:20 horas del 13 de noviembre de 2017, lo rechazó indicando que, con sustento en el artículo 583, inciso 10), del Código de Trabajo, sólo procede la apelación contra la resolución que deniegue, revoque o disponga la cancelación de medidas cautelares o anticipadas. Posteriormente el 29 de noviembre de 2017, el actor planteó una solicitud de aclaración y adición, así como, un recurso de apelación por inadmisión y un señalamiento de inconstitucionalidad, lo que fue rechazado por el Tribunal de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José, en resolución No. 370 de las 08:40 horas del 15 de diciembre de 2017 de plano.

Consecuentemente el actor, presentó acción de inconstitucionalidad señalando que la misma resultaba violatoria de los principios de igualdad, de razonabilidad y proporcionalidad, debido proceso y el derecho de defensa. Se señaló la violación del principio de igualdad, en la medida en que la norma cuestionada constituye un privilegio desmedido para el trabajador.

La Sala Constitucional por su parte indicó que al haberse planteado casi 4 meses desde que fue rechazado el recurso de apelación en el Tribunal de Trabajo la etapa procesal para reclamar la inconstitucionalidad de esa normativa, que ya había fenecido y rechazó de plano la acción por no existir asunto previo; justamente, al haberse inadmitido la apelación y rechazado, la gestión posterior de aclaración y adición, así como, de apelación por inadmisión, mucho tiempo antes de la interposición de la acción de inconstitucionalidad, por lo que el actor no tiene ningún asunto previo que le sirva de base a la impugnación de la norma aludida, con arreglo al supuesto previsto en el párrafo 1º, del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. A pesar de lo anterior, considero que esta no es la vía idónea para obtener la doble instancia requerida en materia de tutela cautelar pues tal y como la ha indicado la Sala Constitucional cuando conoció las acciones de inconstitucionalidad en contra del artículo 560 inciso 10) del

Código Proceso Civil derogado que únicamente posibilitaba la apelación contra el auto que denegara la cancelación de las medidas cautelares, carece de relevancia práctica la interposición de la acción de inconstitucionalidad pues eliminar la norma impugnada en nada beneficia la situación actual, dado que los recursos de apelación dispuestos en la norma impugnada resultan taxativos y sólo el legislador podría ampliarlos, lo cual indicó en los siguientes términos:

“La accionante impugna el artículo 560 inciso 10) del Código Procesal Civil, el cual establece: "Salvo lo dicho en los artículos 429 y 435, serán apelables únicamente los siguientes autos dictados en primera instancia en los que: ... 10) El que deniegue la cancelación de las medidas cautelares. ...” Como lo señala la accionante, efectivamente el tema ya ha sido tratado por esta Sala con anterioridad, momento en el que se concluye que no puede esta jurisdicción hacer las veces de un legislador positivo, y por el contrario, establecer en una norma negativa la obligación de admitir el recurso de apelación ante la denegatoria de una medida cautelar en primera instancia. La norma presupone que el juzgado ha decretado la medida precautoria con anterioridad, que es precisamente lo que no sucede en el caso que se plantea. En otras palabras, eliminar la norma impugnada en nada beneficia a la recurrente, dado que los recursos de apelación dispuestos en la norma impugnada resultan taxativos. Así, en la sentencia No. 1998-06856 se estableció: "b) Analizando cuidadosamente la consulta, se observa que el reparo que se hace no va dirigido en realidad contra el contenido positivo del inciso 10 del artículo 560 del Código Procesal Civil (que concede el recurso de apelación contra el auto que deniegue la cancelación de la medida cautelar), sino contra el contenido negativo del propio ordinal 560, es decir, en cuanto omite otorgar -y, por ende, deniega- ese medio de impugnación contra la resolución que rechaza la medida cautelar misma. Desde esta óptica, menester sería concluir que la consulta también carece de relevancia práctica, ya que aún en el evento del pronunciamiento estimatorio que al respecto pudiera hacer la Sala, obviamente no vendría a nacer a la vida jurídica una norma nueva -actualmente inexistente- que llene la omisión que preocupa al Tribunal consultante y que lo autorice a acoger el recurso de apelación de interés. Se ha dicho, en este sentido, que un tribunal de constitucionalidad hace las veces de un legislador negativo, en cuanto está dotado de la potestad de ordenar la desaplicación de normas del ordenamiento contrarias a la Carta Fundamental, pero no puede fungir como legislador positivo, creando disposiciones tales como la que concerniría a este

asunto. De nuevo, dicha circunstancia torna improcedente la consulta, en cuanto su decisión no puede conducir a la satisfacción del interés alegado. c) Finalmente, es oportuno recordar, que sobre el tema de la doble instancia judicial, referida concretamente a la ausencia del recurso de apelación contra determinadas resoluciones jurisdiccionales, ya se ha pronunciado reiterada y negativamente la Sala, a través -entre otras- de la sentencia número 01371-92 de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y dos, que bien cita en su memorial la Procuraduría General de la República. " Con base en el planteamiento de la presente demanda, queda claro que no se trata de examinar la competencia de un juez para decretar una medida cautelar y el fundamento ideológico que a su alrededor pueda desarrollarse, sino si en todo caso, resuelva lo que resuelva un juez, hay un derecho fundamental a que otro juez (superior) conozca de lo actuado por el a-quo y pueda revertir la decisión, ya que, como ha sentado claramente la jurisprudencia de este Tribunal no existe ese derecho indiscriminado de recurrir contra lo que decida un juez en cualquier caso o hipótesis (doctrina del artículo 42 de la Constitución Política). Por lo dicho anteriormente, y no existiendo motivos para reexaminar el tema, la acción debe rechazarse por el fondo, como en efecto se hace. El magistrado Jinesta Lobo salva el voto y declara con lugar la acción en sus consecuencias".

(Voto N° 10696 – 2003)

- **Suspensión temporal de los efectos de acto administrativo y reinstalación provisional de conformidad con la normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo**

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral la jurisdicción contenciosa administrativa era plenamente la encargada de tutelar las situaciones jurídicas tendiente a garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa de manera cautelar.

A manera de antecedentes, debemos recordar que, la discusión por la competencia en la materia inició con el Voto N° 2010-009928 de la Sala Constitucional, el cual resolvió en relación con la constitucionalidad del inciso a) del artículo 3 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo siguiente: "Se declaran parcialmente con lugar las acciones acumuladas. Se

declara inconstitucional el artículo 3°, inciso a), del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 28 de abril de 2006) y la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 4°, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, remitía a la jurisdicción laboral cualquier controversia relacionada con una relación de empleo público al considerarla “netamente laboral”, aunque el justiciable pretendiera, materialmente, impugnar la disconformidad sustancial o invalidez de una conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa con el ordenamiento jurídico administrativo, surgida en una relación estatutaria(...)."

Dicho voto fue adicionado mediante Voto N° 2010-011034 en lo que interesa de la siguiente manera: "Se dimensionan los efectos del Voto No. 9928-2010 de las 15 hrs. del 9 de junio de 2010, en el siguiente sentido: Las causas pendientes de ser resueltas ante la Jurisdicción Laboral a la fecha de publicación íntegra de esa sentencia en el Boletín Judicial, serán conocidas y resueltas, definitivamente, por ese orden jurisdiccional, para lo cual si se trata de una pretensión que, por su contenido material y régimen jurídico aplicable, se rige por el Derecho Administrativo, el órgano jurisdiccional laboral deberá aplicarlo. Se exceptúan de lo anterior, los procesos que sirvieron de asunto previo o base a las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, en los que deberán readecuarse los procesos, si resulta posible o conducente, o tramitarse, desde un inicio, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo auto de pase de la Jurisdicción Laboral. Todos los asuntos planteados a partir del día siguiente a la publicación íntegra de la sentencia en el Boletín Judicial deberán ser interpuestos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Laboral, según corresponda por el contenido material o sustancial de la pretensión y el régimen jurídico aplicable.

Publíquese íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta.

Notifíquese a la Procuraduría General de la República, los accionantes, los coadyuvantes y las autoridades judiciales que conocen del asunto previo. Comuníquese a la Presidencia de la Asamblea Legislativa y de la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia"

Con posterioridad la Sala Primera precisó aún más los alcances de los conflictos jurisdiccionales de empleo público en dos ejes fundamentales: 1) el régimen jurídico aplicable a dicha relación, sea una relación jurídico administrativa, regido por el derecho público y 2)

Una vez superado el primer requisito, se erige un segundo, que con mayor precisión define la

vía jurisdiccional encargada de conocer el conflicto planteado sea el contenido material de la pretensión. Como regla general se indicó que todo conflicto de la Administración Pública en el que se ventile o discuta sobre una conducta administrativa derivada de una relación de empleo público (y por ende, de relación jurídico administrativa vinculada con la gestión pública), ha de ser conocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, de la misma se obtuvo que, si la pretensión no está dirigida al cuestionamiento o impugnación directo de dicha relación jurídica o de alguna de sus manifestaciones en ejercicio de poder público, el asunto debe residenciarse en la jurisdicción laboral.

De esta forma se estimó que, las pretensiones relativas a la seguridad social, pese a la base jurídica debían ser conocidas por la Jurisdicción de Trabajo. De igual forma, serán del conocimiento del ámbito laboral, los diferentes aspectos patrimoniales o económicos cuando constituyan la exclusiva pretensión derivada de la relación de empleo público preexistente. Esto permite afirmar señala el Voto N° 343-2011 que lo relativo al aguinaldo, cesantía, preaviso y vacaciones como pretensión exclusiva, deberán seguir el camino de la Jurisdicción Laboral. Lo mismo ocurre con los aspectos relativos a anualidades, reconocimiento de carrera profesional, dedicación exclusiva, zonaje, prohibición, o cualquier otro sobresueldo. A este grupo la Sala le añadió un tercero, en este caso relacionado con el derecho laboral colectivo, y que a modo de ejemplo está representado por los conflictos surgidos del derecho de huelga, de paro, o bien, los conflictos de carácter económico social.

Además, en la sesión N° 23-09 celebrada el 22 de junio de 2009, artículo XIX, la Corte Plena, dispuso la especialización de la materia de Seguridad Social, creando una sección especializada del Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, señalando en cuanto a su competencia: "...En cuanto a su competencia material, atenderá los siguientes asuntos denominados como de seguridad social: Ordinarios de Pensión, en todas sus modalidades incluida la solicitud de ajuste, Riesgos Laborales, Conmutación de Renta. El Juzgado atenderá todos los asuntos nuevos de este tipo de proceso además del circulante pendiente en estos procesos, incluidas las ejecuciones de sentencias (...)"

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral se establece como atribuciones de la jurisdicción laboral, en su artículo 430 lo siguiente: "Los juzgados de trabajo conocerán en primera instancia de: "1) Todas las diferencias o los conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico derivados de la aplicación del presente Código y

legislación conexas, del contrato de trabajo o de hechos íntimamente vinculados a las respectivas relaciones. 2) Los conflictos de carácter económico y social, una vez que se constituyan en tribunales de arbitraje. Tendrán también competencia para arreglar en definitiva los mismos conflictos, una vez que se constituyan en tribunal de conciliación, conforme se establece en este Código. 3) Los juicios que se establezcan para obtener la disolución de las organizaciones sociales. 4) Las cuestiones de carácter contencioso que surjan con motivo de la aplicación de la legislación de seguridad social y sus reglamentos, así como las relacionadas con las cotizaciones al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, y las cotizaciones establecidas en la Ley N.º 7983, Ley de Protección al Trabajador, de 16 de febrero de 2000. 5) Las pretensiones referidas a los distintos regímenes de pensiones. 6) Las demandas de riesgos de trabajo regulados en el título cuarto de este Código y las derivadas del aseguramiento laboral. 7) Los juzgamientos de las faltas cometidas contra las leyes de trabajo o de previsión social. 8) Todos los demás asuntos que determine la ley", incluyendo, incluso, la competencia para anular actos administrativo provenientes de instituciones públicas, entre ellos podemos mencionar el artículo 420 al indicar: "En la jurisdicción de trabajo, establecida en el artículo 70 de la Constitución Política, se dirimirán los conflictos individuales y colectivos, cuya solución requiera la aplicación de normas de derecho de trabajo y seguridad social, y los principios que lo informan, así como los asuntos conexos a las relaciones sustanciales propias de ese derecho Dentro de ese ámbito se incluyen el conocimiento de todas las prestaciones derivadas de las relaciones de empleo público, para el cobro o cumplimiento de extremos laborales, así como las impugnaciones o nulidades de actos u omisiones de todas las instituciones u órganos de derecho público, relativas a dicho empleo, cuando por su contenido material o sustancial y el régimen jurídico aplicable deban ser ventiladas ante la jurisdicción laboral".

Ahora bien, con base en la anterior aclaración y a manera comparativa con el procedimiento que tramita la medida cautelar en estudio, debemos indicar que en la jurisdicción contenciosa administrativa la suspensión temporal del acto administrativo se tramita mediante un procedimiento especial en pieza separado mediante regulado en el Título III denominado "Medidas Cautelares", Capítulo Único. En la vía contenciosa a diferencia de lo que establece la Reforma Procesal Laboral, la medida cautelar precitada, no se tramita mediante el proceso incidental sino como hemos indicado en un proceso especial y sumario, pues el único

incidente contemplado en el Código Procesal Contencioso Administrativo corresponde al artículo 146 correspondiente a la ejecución de lo no objetado en casación tan y como lo señala LÓPEZ CAMACHO, (2009, p. 249).

Para solicitar la suspensión del acto administrativo en esa vía contenciosa administrativa el proceso se inicia con la debida y formal solicitud de la parte interesada, en dónde el juez contencioso a instancia de parte de conformidad con el artículo 19 del Código Procesal Contencioso Administrativo procede a realizar el estudio concreto de los elementos requeridos establecido en los artículos 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, una vez analizados los argumentos de ambas partes y los elementos de prueba aportados al expediente, haciendo la observación que la carga procesal le corresponde a la parte interesada, al tenor de los artículos 220 del mencionado Código y el 41.1 del nuevo Código Procesal Civil, le correspondría probar las afirmaciones que haga en apoyo de sus pretensiones, pues la tutela cautelar no es un mecanismo automático que proceda con la sola solicitud de la parte.

Posteriormente se da audiencia por el plazo de tres días a las parte de conformidad con el artículo 24, párrafo 1º que señala: “Artículo 24: 1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo, lo previsto en el artículo siguiente, de este Código. 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles”, en caso de haberse motivo la urgencia si procedería tramitar una medida inaudita altera parte, conforme al al artículo 23 del Código de marras.

Bajo esta misma inteligencia, le corresponde al juzgador valorar y motivar la urgencia y la procedencia de postergación de la audiencia previa a la parte afecta con la medida cautelar que dispone el artículo 24 del Código Procesal Contencioso Administrativo con el fin de resguardar el derecho de defensa y el equilibrio procesal por lo que no basta la mera solicitud de la parte. La urgencia, como señala PÉREZ GAIPO (2018) podría ser fundamentada en supuestos donde se justifique que el tiempo otorgado a la audiencia a la contraparte para su defensa material, constituya una demora exagerada que suponga la consumación del daño que se pretendía precisamente evitar, de este modo se exige al tribunal “un juicio preliminar de urgencia, o bien de ineficacia de la medida, juicio que será necesariamente previo al examen de los requisitos generales para la adopción de la medida”.

Posteriormente y de ser decretada la medida, el artículo 27 del Código de marras señala que, *“Artículo 27: El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente”*.

La resolución que resuelve la solicitud de la medida cautelar tiene carácter de auto y como lo indica LÓPEZ CAMACHO, (2009, p. 255) no tiene carácter de cosa juzgada formal ni material, pero si es apelable con efecto devolutivo, es decir no suspende la ejecución de la resolución impugnada ni suspende la tramitación de la acción principal, lo cual tiene como fin salvaguardar la urgencia que reviste la figura cautelar dentro del proceso.

El recurso de apelación contra el auto que resuelve la medida cautelar solicitada dentro del proceso contencioso se encuentra regulado en el artículo 30 del Código precitado que al efecto dispone: *“Artículo 30.- Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles”*.

Esto significa que, el superior en sede contencioso administrativo conocerá de los motivos de la impugnación de la medida cautelar definitiva pudiendo confirmarla, modificarla o bien anularla con base en las circunstancias del caso concreto y la prueba recibida resolviendo en justicia con los elementos disponibles o solicitando incluso prueba para mejor resolver.

En relación con la forma y trámite de tales recursos de apelación, en caso de admisión, se citará a una audiencia oral en donde las partes puedan expresar sus alegatos y formular las conclusiones correspondientes. Todo esto, de conformidad con el numeral 133 párrafo 2do del mismo Código. Jurisprudencialmente se ha señalado que, no posee apelación el otorgamiento de la medida cautelar provisionalísima prima facie (artículo 23) o dictada inaudita altera parte (artículo 25) pues posterior a su otorgamiento se dicta audiencia posterior para dictar un resolución definitiva la cual si es apelable por constituir el auto con la medida cautelar definitiva.

Finalmente tal y como lo señala LÓPEZ CAMACHO, (2009, p. 272), el principio de doble instancia en sede contenciosa administrativa si lo vemos claramente garantizado de conformidad con lo establecido en los artículos 27, 28,2 y 30 del Código Procesal Contencioso

Administrativo, en materia cautelar en “donde se establece como garantía reforzada de defensa que intervendrá dos tribunales para revisar la decisión, al establecer así un doble control sobre el juzgamiento del tema cautelar” claridad que no se percibe tan fácilmente en el proceso incidental plasmado en la Reforma Procesal Laboral.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo con la investigación realizada, se llegaron a obtener las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Conclusiones

El ordenamiento jurídico laboral introdujo mediante la Ley N° 9343 Ley de Reforma Procesal Laboral aprobada el 9 de diciembre de 2015, el artículo 493 del Código de Trabajo, que tipifica la medida cautelar de solicitud de parte trabajadora de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral, para supuestos regidos por el derecho público cuando la ejecución o permanencia de la conducta administrativa sometida al proceso pueda ser fuente de daños y perjuicios, actuales o potenciales de difícil o imposible reparación; o bien, para supuestos regidos por el derecho privado cuando en el proceso judicial se impugne la validez o la injusticia del acto de despido y se invoque alguna norma de estabilidad siempre que no versen sobre la violación de fueros especiales de tutela.

Asimismo, en el artículo 494 del Código de marras, estableció como la vía para tramitar la solicitud de esta medida cautelar el proceso incidental. Sin embargo, la normativa procesal que regula la tramitación del proceso incidental como tal, no se encuentra regulado en la nueva normativa procesal laboral, ante la inexistencia de normas procesales expresamente previstas, el artículo 428 del Código de Trabajo, dispone la aplicación supletoria de la legislación procesal civil y la procesal contencioso-administrativa, en los procesos contra el Estado y sus instituciones y concretamente en materia de procedimientos cautelares y preparatorios el artículo 489 del Código precitado en el párrafo final señala: "... Con respecto a la tipología de las medidas, tanto cautelares como preparatorias, a los efectos y a la forma de practicarlas, sustituirlas o levantarlas, se estará a lo dispuesto en la legislación procesal civil, con las excepciones que se indican a continuación" por lo cual podemos concluir que en virtud de la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico se debe recurrir al nuevo Código Procesal Civil para la sustanciación del procedimiento incidental de solicitud de medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral , regulado a partir del Capítulo IV del nuevo Código

Procesal Civil, en virtud además que, el Código Procesal Contencioso Administrativo no regula la vía incidental.

Como hipótesis de partida de este trabajo se planteó lograr esclarecer la vía que posibilita revocar una resolución que ordena una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral, utilizando la normativa vigente, lográndose visualizarse para ello como la vía legalmente factible para ello en virtud de la obligación de sustanciar dicha medida cautelar por medio del procedimiento incidental, la utilización del recurso de apelación existente contra la resolución que precisamente resuelven el fondo de un incidente contemplada en los artículos 583 inciso 5) del Código de Trabajo y 67.3.12 del nuevo Código Procesal Civil; sin embargo a la fecha no se logró comprobar si esta posibilidad recursiva sería abalada por los Tribunales de Justicia pues los recursos interpuestos bajo esta tesis se encuentran en curso.

Al igual que ocurre en todas las demás formas de tutela procesal de otras ramas del derecho, en la tutela cautelar laboral, el proceso también está compuesto por tres partes procesales, el órgano jurisdiccional, la parte actora, quien en el caso en estudio corresponde al trabajador que solicita la tutela cautelar frente al órgano y finalmente la parte pasiva, que eventualmente soportaría los efectos de la tutela, sea la parte patronal.

Tal y como se indicó en este trabajo, en supuestos excepcionales y no como regla, en supuestos avalados por el órgano jurisdiccional como de urgencia y efectividad del tutelado, la audiencia a la contraparte podrá quedar postergada mediante una resolución que contenga una motivación clara y precisa de las razones por las cuales se determina dicha postergación de la audiencia a la parte afectada, siendo que su derecho de defensa se vera otorgado con posterioridad a la decisión del órgano jurisdiccional que decreta la medida cautelar provisional, por lo que debemos concluir que, en materia laboral al igual que como se establece doctrinalmente y jurisprudencialmente la tutela cautelar no se produce una eliminación del contradictorio sino de manera excepcional y a solicitud de parte, se podría posponer la audiencia a la parte afectada con la medida con posterioridad a la decisión del órgano jurisdiccional por razones de necesidad y urgencia de la propia tutela mediante resolución debidamente motivada.

Como se analizó ampliamente, la regla general es que el órgano jurisdiccional otorgue audiencia previa de la parte afecta por la presunta interposición de una medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral, al sustanciarse mediante proceso incidental establecido expresamente en el artículo 114.2 del Código Procesal Civil para la interposición de incidentes fuera de audiencia como se propone en este trabajo, una vez admitido el incidente, el órgano jurisdiccional debe emplazar a la parte contraria por un plazo de tres días, por lo que la medida cautelar en cuestión responde a la misma regla procesal y no a la excepción, por lo que no debería ser ordenada sin audiencia previa a la parte patronal.

Podemos concluir además que, sin contradictorio no puede existir tutela jurisdiccional efectiva en los términos analizados en el presente trabajo final de graduación, pues sin oír a ambas partes procesales se pierde la razón del sistema de garantías constitucionales y el respeto del debido proceso.

Inclusive en casos, cuando la tutela cautelar se haya sido solicitada y concedida, la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo regidos por el Código Procesal Contencioso Administrativo se contempla, que con el fin de hacer efectivo el derecho defensa, el recurso de apelación contra el auto que resuelve la medida cautelar regulado en el artículo 30 del Código precitado, con la particularidad de que, tal y como se indicó en este estudio la tramitación de la tutela cautelar tanto en la vía contenciosa administrativa como procesal civil, se tramita mediante la vía especial mediante un procedimiento accesorio en pieza separado regulado como “Medidas Cautelares” y no mediante el proceso incidental como refiere el Código de Trabajo para tramitación de esta medida cautelar.

Consecuentemente con lo señalado, considero indispensable el reconocimiento de los Tribunales de Justicia de la tesis presentada en este trabajo, pues habilitaría la posibilidad recursiva de la medida cautelar que ordene la suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo dentro de un proceso ordinario laboral, con la normativa legal existente a la fecha y respetando el sistema de taxatividad de la apelación de los autos utilizando la vía incidental que establece el Código de Trabajo, utilizando para ello el artículo 67.3.12 del nuevo Código Procesal Civil que señala que, son apelables los autos cuando emitan pronunciamiento sobre el fondo del incidente; así como también el

artículo 583 inciso 5) del artículo 583 del Código de Trabajo; lo que permitiría revisar los posibles y eventuales errores en el análisis de los presupuestos legales y doctrinales de hecho y derecho en el otorgamiento de la medida cautelar en estudio, omisión o ausencia de requisitos o presupuestos esenciales o cualquier alegación que pueda desvirtuar los motivos que llegaron a acordar la medida.

2. Recomendaciones

Dentro de las garantías del debido proceso los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de considerar que la resolución jurisdiccional que acuerde una tutela cautelar pueda ser revisada por un órgano jurisdiccional diferente al cual la otorgó.

La posibilidad de que la resolución, tanto que admita, deniegue o modifique o en general que resuelva una determina medida cautelar sea impugnada a través de un recurso de apelación debe estar taxativamente contemplado por las normas procesales laborales como garantía del principio del debido proceso (artículo 41 constitucional) y los derechos de defensa, igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, y equilibrio procesal.

Garantizar un recurso contra el auto que acuerde la medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral no desembocaría en procesos asimétricos ni violenta los principios propios del derecho laboral, pues tal y como se prevé en el ordenamiento contencioso administrativo y procesal civil, el recurso de apelación se otorga en efecto devolutivo y no suspensivo con el fin de que la tutela cautelar concedida no se vea afectada mientras se tramita el recurso de apelación.

Finalmente, con el fin de brindarle claridad y unidad al ordenamiento jurídico costarricense, máximo en una área tan sensible como lo es el derecho laboral se recomendaría mutar mediante una reforma legislativa a un sistema único o unitario de tutela cautelar, en el sentido que, el procedimiento cautelar se tramite mediante el mismo procedimiento que se utiliza en materia contenciosa administrativa y procesal civil, considerando el proceso especial en dicha normativa regulado el más adecuado pues la remisión que se realiza el Código de Trabajo al proceso incidental del nuevo Código Procesal Civil para la medida cautelar en estudio resulta confuso al punto de impedirse las posibilidades recursivas.

Considero que la vía más adecuada para ser implementada esta recomendación es a través de un proyecto de reforma de ley, en el cual se establezca con claridad la posibilidad recursiva contra el auto que resuelva la medida cautelar de suspensión temporal del acto administrativo y la reinstalación provisional al puesto de trabajo en el proceso ordinario laboral con efecto devolutivo mediante la implementación de un procedimiento cautelar especial que prevea expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelva dicha medida cautelar, pues considero en vano la interposición de una acción de inconstitucionalidad toda vez que, la eliminación de la norma vigente (artículo 583 inciso 10) del Código de Trabajo no beneficiaría la situación actual, dado que los recursos de apelación dispuestos en la norma cuestionada son taxativos y sólo el legislador podrá refórmalos para incluir la posibilidad recursiva contra el auto que resuelva la medida cautelar en los términos expuestos en este trabajo final de graduación.

REFERENCIAS

- ANED. (2016). Reseña Histórica de la Reforma Procesal Laboral. Recuperado de:
<https://Anep.Cr/Resena-Historica-De-La-Reforma-Procesal-Laboral/>
- Artavia Barrantes, Sergio. (2004). Derecho Procesal Civil. Tomo II, San José, Duplas.
- Artavia Barrantes, Sergio; Picado Vargas, Carlos. (2016). Código Procesal Civil (comentado) 1ed. San José, Editorial. IJSA.
- Calamandrei, Piero. (1945). Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Sentís Melendo.
- Carnelutti, Francesco. (1997). Instituciones del Proceso Civil. Volumen I-III. 4ta Ed. Buenos Aires, Librería El Fodo.
- Chiovenda, José. (2000). Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid, España. Tomo I y II. Editorial Reus.
- CIJUL en Línea. (2017). Fase Recursiva en Contra de las Resoluciones Judiciales sobre Medidas Cautelares en Materia Civil. Recurado de:
<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2017/fase-recursiva-en-contra-de-las-resoluciones-judiciales-sobre-medidas-cautelares-en-materia-civil/>
- Palacio Lino, Enrique. (1991). Medidas Cautelares en General. Vol. 10, Núm. 10-11. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recurado de:
[Http://Publicacionesicdp.Com/Index.Php/Revistas-Icdp/Article/Download/278/Pdf](http://Publicacionesicdp.Com/Index.Php/Revistas-Icdp/Article/Download/278/Pdf).
- Fernández Torres, Juan Ramón. (2013). La Tutela Cautelar (I). Su configuración como pieza central de la Tutela Judicial de los ciudadanos en Europa y en España, en AAVV, Revista de Derecho Administrativo (Reda), N° 89.
- Gallegos Fedriani, Pablo. (2006). Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública. 2 Ed. Buenos Aires, Editorial Ábaco.
- García Pullés, Fernando. (1995). Actividad Cautelar en el proceso contra la Administración, Buenos Aires, Revista de Ciencias de la Administración, Rap, N° 203.
- González Camacho, Óscar Eduardo. (2002). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas Cautelares Positivas. San José, Editorial IJSA.

- Hernández, R. Fernández, C. & Baptista, P.(2014). Metodología de la Investigación (6 Ed.). México: Interamericana Mac Graw Hill. Recuperado de:
<Http://Observatorio.Epacartagena.Gov.Co/Wp-Content/Uploads/2017/08/Metodologia-De-La-Investigacion-Sexta-Edicion.Compressed.Pdf>
- Jinesta Lobo, Ernesto. (2008). Medidas Cautelares, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Tomo I, San José, Costa Rica. 1ed, Editorial Jurídica Continental.
- Jinesta Lobo, Ernesto. (1996). La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo, 1ed. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica.
- López Camacho, José Álvaro. (2012). Medidas Cautelares (en el Código Procesal Contencioso Administrativo). Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia.
- Mena Villegas, José Pablo. (2009). Tutela Cautelar: Más Allá de la Suspensión del Acto. Tesis para optar por el título de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Recuperado de: Http://Iij.Ucr.Ac.Cr/Wp-Content/Uploads/Bsk-Pdf-Manager/2017-06-13_99.Pdf
- Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo y González Camacho, Óscar. (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. 1ed. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. (1990). Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios). 1ed. San José, Litografía e Imprenta Lil S.A.
- Palacio, Lino. (1998). Manual de Derecho Procesal Civil, 14° Ed. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- Palomeque López, Manuel Carlos; Álvarez de la Rosa, Manuel. (2018). Derecho del Trabajo. Vigésimosexta edición, Madrid, Editorial Central de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Perez Gaipo, Julio. (2018). El Debido Proceso Cautelar: Nuevas Tendencias en la Tutela Cautelar. 1ed. España, Editorial Aranzadi.
- Rojas Chávez, Magda Inés. (2008). Medidas Cautelares Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado. 1ed. San José, Editorial Juritexto S.A.
- Voto N° 06224-2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 4451-2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

- Voto N° 178-1999 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 21039-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 402-1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
- Voto N° 6224-2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 6663-1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 9164-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 9570- 2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N°14619-2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N°167-2002 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, sección II.
- Voto N°168-2018 del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo.
- Voto N°402-1995 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.
- Voto N°413-1995 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.
- Voto N°421-1995 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.
- Voto N°45-2007 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.
- Voto N°7190-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 279-2010 del Tribunal Primero Civil.
- Voto N° 00325-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I.
- Voto N° 03933-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 08858-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 10153-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 1030-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 104-A-TC-2008 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.
- Voto N° 10696 – 2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 11034- 2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 1-2007 del Tribunal Contencioso Administrativo, sección II.
- Voto N° 1420-2010 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo
- Voto N° 161 – 2011 del Tribunal de Trabajo, Sección II.
- Voto N° 161 – 2011 del Tribunal de Trabajo, Sección II.
- Voto N° 161 – 2011 del Tribunal de Trabajo, Sección II.

- Voto N° 161 – 2011 del Tribunal de Trabajo, Sección II.
- Voto N° 251 – 2001 del Tribunal Primero Civil.
- Voto N° 2616-2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 279-2010 del Tribunal Primero Civil.
- Voto N° 3834-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 431-2018 del Juzgado de Trabajo del II Circuito Judicial de San José.
- Voto N° 438- 2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 6224-2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 62-A-TC-2008 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.
- Voto N° 9928 – 2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto N° 07190-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.