

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REPUBLICA ARGENTINA¹

Precautionary measures against the Public Administration in the Republic of Argentina

POR: EZEQUIEL CASSAGNE

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director y Secretario del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Socio del Estudio Jurídico Cassagne Abogados.

ezequiel@cassagne.com.ar

RESUMEN: Este trabajo analiza y desarrolla el instituto de las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina. A tal efecto, se describe el régimen procesal general de las medidas cautelares, y luego se analiza la situación particular que se presenta cuando el Estado es parte. En este caso, se contempla la Afectación de los recursos y bienes del Estado, el interés público comprometido, y varias restricciones que ha impuesto una reciente ley sobre medidas cautelares contra el Estado, que han alterado de manera desafortunada los requisitos exigibles para el dictado de este tipo de remedios preventivos.

PALABRAS CLAVE: medidas cautelares contra el Estado, medidas autosatisfactivas, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela, competencia, interés público, recursos del estado, bienes del estado, el informe previo, vigencia, medidas positivas contra la administración, medidas autónomas, medidas precautelares.

ABSTRACT: This work analyzes and develops precautionary measures against the State in the Republic of Argentina. To this end, it describes the general litigation system regarding these measures, and then it analyzes the particular situation which arises when the State is party, in this case, referred to the involvement of the resources and assets of the State, the public interest engaged, including various restrictions imposed by a recent law on precautionary measures against the State, which have been altered, in a way unfortunate, the requirements for dictation of this type of preventive remedies.

KEYWORDS: precautionary measures, injunctions, likelihood of law, danger in delay, guarantee, competition, public interest, State resources, the previous report, entry into force, positive precautionary measures against the Administration, autonomous precautionary measures.

¹ * Recibido para publicación: 31 de marzo de 2017.
Enviado para evaluación externa: 4 de abril de 2017.
Recibida evaluación externa positiva: 2 de mayo de 2017.
Aceptado para publicación: 2 de junio de 2017.

SUMARIO: I.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL. 1.- CONCEPTO. 2.- NATURALEZA JURÍDICA. 3.- FUNDAMENTO Y CARACTERES. A) *Accesorias o instrumentales*. B) *Provisionales*. C) *Son inaudita pars*. D) *Fungibles*. 4.- CLASIFICACIONES. 5.- LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS. 6.- PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. A) *Verosimilitud del derecho (fumus boni iuris)*. B) *Peligro en la demora (periculum in mora)*. C) *Prestación de una contracautela*. D) *Falta de identidad entre el objeto de la prestación cautelar y la acción de fondo*. 7.- CONSIDERACIONES COMUNES. A) *Competencia*. B) *Apelación de las resoluciones cautelares*. II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN. 1.- CONSIDERACIONES GENERALES. 2.- LA LEY 26.854 DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL. A) *Requisitos generales*. a) Competencia. b) Afectación de los recursos y bienes del Estado. c) El informe previo. d) La vigencia temporal de las medidas cautelares. e) La no afectación del interés público. f) Efectos de la apelación de suspensión de leyes, decretos delegados, o de necesidad de urgencia. g) La exigencia de una contracautela material. h) No coincidencia entre el objeto cautelar y principal. B) *La suspensión de los efectos de un acto estatal*. a) La clásica medida de suspensión de los efectos del acto administrativo. b) La polémica en la doctrina respecto a los presupuestos requeridos para la suspensión judicial de los efectos del acto. c) Requisitos de la ley 26.854 para la procedencia de la suspensión de un acto estatal. C) *Las medidas positivas contra la Administración*. D) *Las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración*. E) *Las medidas autónomas contra la Administración*. F) *Las medidas precautelares contra la Administración*. III.- LAS CAUTELARES REQUERIDAS POR EL ESTADO. IV.- LA BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES (O CONTRA).

I.- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

1.- CONCEPTO

El profesor Palacio nos enseñaba que el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”².

Resulta que la sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. Y es sabido que, dependiendo de la complejidad del caso y del ofrecimiento de prueba realizado por las partes, la etapa probatoria puede prolongarse por años.

En este escenario surge una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura en forma provisoria que el transcurso de tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al

² PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.

derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz³.

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable⁴. Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

En este entendimiento, Piero Calamandrei explicaba que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin⁵.

Pues bien, en nuestro ordenamiento procesal nacional el administrado tiene a su alcance distintas medidas cautelares, llamadas también precautorias, que puede requerir al juez en orden a satisfacer esa necesidad inmediata mientras tramita el proceso principal, conforme las particularidades de cada caso concreto.

2.- NATURALEZA JURÍDICA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica.

En primer lugar, compartimos la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo una⁶.

En tal sentido, entendemos que a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

³ Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, *Las Medidas Cautelares contra la Administración*, en AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007. Pág. 258.

⁴ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares", en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.

⁵ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.

⁶ PODETTI-GUERRERO LECONTE, "Tratado de las medidas cautelares, 2° ed., Buenos Aires, 1969, p. 18; DI IORIO, Alfredo, "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LL 1978-B, 152; REDENTI, *Diritto processuale civile*, t. III, Milán, p. 53; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 16.; REIMUNDÍN, Ricardo, "Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia", en *Revista del Colegio de abogados de la Plata*, n° 22, p. 95 y ss. A favor de la tesis de que se trata de una acción, ver CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, p. 297 y ss.

En nuestro país, la polémica se suscitó entre autores como Di Iorio, que sostienen que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, y autores como Reimundín, que postulan la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso⁷.

La primera de las corrientes reconoce su influencia en Calamandrei, autor que entendía que no debe hablarse de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado⁸.

En realidad, como hemos expuesto el comienzo de este capítulo, este jurista entiende que las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismo, son instrumentales, en la medida que están preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia que busca asegurar. Esta tesis, sostenida en nuestro país por Di Iorio, excluye toda idea de autonomía y ha sido adoptada por autores como Micheli⁹.

En cambio, quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar reconocen las influencias de otro gran jurista italiano, Francesco Carnelutti, quien ha desarrollado originariamente esta tesis, al postular que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional¹⁰.

Por otra parte, Palacio propone un criterio intermedio, porque si bien entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, dado que, aún desde la óptica formal que hace hincapié Calamandrei, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue de otros procesos, por otra parte sostiene que “desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo desdeñable”, aunque señala que este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, “ya que si bien este carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal”¹¹.

⁷ Cfr. DI IORIO, Alfredo, “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”, LL 1978-B, 152; REIMUNDÍN, Ricardo “Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, n° 22, p. 95 y ss.

⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico...*, cit., p. 32.

⁹ MICHELI, G., *Curso de derecho procesal civil, Parte General*, vol. I, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1970, p. 78. En la doctrina nacional, otros autores que siguen esta tesis son FALCÓN, E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, comentado, concordado*, T° II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 233 y COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 193.

¹⁰ Ver CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 413.

¹¹ PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T° VIII, cit., p. 17.

Este autor cuestiona, así, el criterio sostenido por Podetti, quien afirma que no existe un proceso cautelar específico dado que solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho¹².

Para Simón Padrós, que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio, es necesario diferenciar el concepto de pretensión del de proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar y consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida. En tal entendimiento sostiene que “el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución”¹³.

Por último, también la doctrina se refiere a las decisiones de los magistrados que resuelven las pretensiones cautelares como “*sentencias cautelares*”, aunque reconociéndose su alcance provisorio, su accesoriedad, y el hecho de que el contenido de su declaración no es de certeza sino de verosimilitud del derecho. Para evitar cualquier confusión con el instituto de la sentencia procesal, nosotros nos inclinamos en denominar a las decisiones judiciales que resuelven pretensiones cautelares como “*resoluciones cautelares*”.

3.- FUNDAMENTO Y CARACTERES

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial.

Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos, la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido un tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

¹² PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T° VIII, cit., p. 17. Ver, al respecto, PODETTI-GUERRERO LECONTE, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 19.

¹³ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 61. En igual sentido, KIELMANOVICH sostiene que “concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (...) entendemos que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares (...) la pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición del objeto extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisorio, por mas que pueda mediar alguna coincidencia entre el bien de la vida aprehendido en una y otra”, en KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, ps. 20 y 49.

Este fundamento deriva del de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional¹⁴. Pero la protección del peligro en la demora del proceso judicial, y de la demora de no contar con una solución inmediata, aunque provisoria, también encuentra fundamento en el respeto al principio de la igualdad de las partes en el proceso, que desde luego se vincula al principio antes señalado, pero apunta en particular a resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad del objeto de la litis¹⁵.

Por ello, coincidimos con los autores que sostienen que si bien no es posible desconocer que las medidas cautelares persiguen la garantía objetiva de la inalterabilidad del equilibrio de las partes en el proceso, y por ende, la eficacia y seriedad de la justicia, su fundamento también radica en la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional¹⁶.

Por otra parte, compartimos el criterio expuesto por Juan Carlos Cassagne respecto a que las medidas cautelares persiguen como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva¹⁷, con rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra carta magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica¹⁸. El principio de la tutela efectiva es la contracara del principio de la inviolabilidad del juicio, y debe aplicarse tanto al proceso contencioso administrativo como a los demás procesos jurisdiccionales. En palabras de Schmidt-Assmann, “junto con la intensidad del control judicial es, sobre todo, la protección cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos”¹⁹.

Así lo entiende el profesor español, Juan Ramón Fernández Torres, para quien “se colige sin mayores detalles el papel determinante, con carácter general, del principio de la tutela judicial efectiva y, dentro de él, de la tutela cautelar en la salvaguarda de los derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados a los ciudadanos por el derecho

¹⁴ Ver COMADIRA, Julio R. “Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto”, LL 1994-C, 699.

¹⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando R, “Actividad cautelar en el proceso contra la Administración”, RAP, n° 203, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, p. 14.

¹⁶ Ver, al respecto, SIMÓN PADRÓS Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 63.

¹⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B, 1090.

¹⁸ Según el art. 8, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 237.

européico. Dicho papel, conviene precisarlo, ha ido acrecentándose de forma gradual a lo largo del tiempo²⁰.

En tal escenario, las medidas cautelares presentan los caracteres que a continuación se analizarán.

A) Accesorias o instrumentales

Es sabido que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior²¹.

En este entendimiento, resulta interesante la observación que efectúa Chioyenda, en tanto señala que “en la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”²².

Incluso autores como Carnelutti, que defienden el criterio del “proceso” cautelar, no se apartan de la idea de instrumentalidad de dicho proceso, que sirve “para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”²³.

Por tal motivo, por ejemplo, la conclusión del proceso principal por perención de instancia produce la caducidad de la medida cautelar decretada. Lo mismo ocurre cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión²⁴. En nuestro ordenamiento nacional, el proceso cautelar típico tramita por incidente y está siempre vinculado al proceso principal.

B) Provisionales

Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado²⁵. Esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

A su vez, las medidas cautelares son modificables a pedido del deudor o del acreedor, o a pedido del actor o el demandado²⁶ y de oficio, salvo que, en este último supuesto, la medida ya haya sido cumplida y notificada.

Las medidas cautelares son apelables, razón por la cual pueden ser revocadas o, en caso de haber sido denegadas, podrán ser otorgadas por los tribunales de apelaciones. En el supuesto de haberse dispuesto su desestimación, e incluso confirmada esa decisión en

²⁰ FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, 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, Abeledo Perrot, 2013, p. 1355.

²¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico...*, cit., p. 40.

²² CHIOYENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 282.

²³ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, p. 86.

²⁴ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, cit., ps. 44-45.

²⁵ Ver art. 202 del CPCCN.

²⁶ Art. 203 del CPCCN.

segunda instancia, también podrían ser posteriormente otorgadas si varían las circunstancias que fueron evaluadas al momento en que fueron denegadas.

Esta condición de provisionalidad determina que las resoluciones cautelares no revistan la calidad de cosa juzgada en sentido material, dado que, como se ha visto, dichas resoluciones pueden ser revisables, modificables y revocables. También las medidas cautelares pueden levantarse en cualquier momento del proceso, cuando las circunstancias que las determinaron cesaren, como lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

La Corte Suprema de la Nación tiene un criterio restrictivo para los casos de levantamiento de medidas cautelares, exigiendo para su procedencia que las circunstancias de hecho hayan variado, o sea, si los antecedentes de hecho invocados se vieron modificados. Al respecto, el Alto Tribunal ha dicho en una causa donde precisamente el tribunal que dispuso el levantamiento de una medida cautelar no había tenido en cuenta dicha exigencia que “ el fallo apelado prescinde de examinar si se ha modificado la situación de hecho que resultó determinante para su dictado y se introduce en el examen de los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares afirmando, en ese sentido, que el derecho invocado no resulta verosímil y que no se acreditó el agravio económico que se pretende evitar, cuestiones éstas que ya habían sido resueltas en la sentencia por la cual se decretó la medida y que, por el principio de preclusión de los actos procesales, no podían ventilarse nuevamente en el proceso, a excepción de un cambio de circunstancias”²⁷.

Conforme desarrollaremos más adelante al tratar el nuevo régimen de las medidas cautelares contra el Estado, sancionado el 24 de abril de 2013 mediante la ley 26.854, las medidas cautelares si bien deben subsistir mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado, esta nueva ley les impone un plazo máximo de vigencia que, no obstante, puede ser prorrogado sucesivamente durante el trámite del proceso judicial²⁸.

C) *Son inaudita pars*

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida. Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, esto es, preservar en forma urgente el derecho de la parte.

Este principio general que indica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin intervención de la otra parte²⁹, reconocido en forma expresa en el CPCCN³⁰, es unánimemente aceptado por la doctrina³¹ como por la jurisprudencia.

²⁷ Cfr. CSJN, in re “Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA) y otros c/ EN –dto. 746/03-AFIP s/medida cautelar (autónoma)”, de fecha 28/10/2014.

²⁸ Se trata de una exigencia inconstitucional, como se explicará en el capítulo respectivo.

²⁹ Parece importante, a ese respecto, recordar que la regla general que establece que las medidas cautelares se decretan *inaudita parte* no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual

Así ha sido reconocido por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, al expresarse que “entre las características principales, las medidas cautelares tienen las siguientes: a) Provisoriedad e interinidad; b) Mutabilidad o variabilidad en el sentido de que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen (artículos 202 y 203); c) Accesoriedad, ya que no tienen un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal; d) se dictan sin contradictorio previo, inaudita parte, vale decir que el Juez resuelve en forma unilateral en base a la sola petición del interesado” (artículo 198)³².

Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata ha sostenido con suma claridad que “La tramitación inaudita parte y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCCN.). De otro modo los medios de aseguramiento tornaríanse en ineficaces, en tanto avisado el afectado del propósito precautorio se encontraría en condiciones de frustrarlo. La adopción de las medidas preventivas sin previo debate -ha dicho la Corte Suprema de la Nación-, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas (II 56-459; Fallos: 213:246)³³.

Al propio tiempo, la doctrina ha señalado que “la regla en medidas cautelares consiste en que ellas son dictadas sin contradictorio previo. El principio inaudita pars se funda en razones de urgencia y efectividad. Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la medida cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando hay una situación de peligro debe ser evitada para proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación”³⁴.

constituye una proyección de la garantía constitucional de la defensa en juicio) sino una postergación momentánea de su vigencia justificada en obvias razones de efectividad (Cfr. PALACIO LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 69).

³⁰ En su artículo 198 puede leerse: “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”.

³¹ CAMPS, Carlos Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial De La Provincia De Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)*, Depalma, 2004, Abeledo Perrot N°: 8009/006364.

³² CNACAF, Sala V, in re “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Cámara Nac. de Correos y Telégrafos s/ Amparo Ley 16.986”, Abeledo Perrot N° 8/7153. En el mismo sentido: Sala V, in re “Halperín, David Eduardo -Incidente- c/E.N. -M° de Economía y Servicios Públicos s/ Empleo público”, Abeledo Perrot N° 8/7275; y Sala II, in re “Torre, Hugo Mario c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/07/2010 (inérito) y “Héctor Enrique Perino s/ Medida Precautoria”, Abeledo Perrot N° 8/4084.

³³ Capel. Civ. Fed. La Plata, sala IV, in re “Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata”, JA 1993-II-128. En el fallo citado la CSJN dijo que “La adopción de las medidas precautorias sin previo debate sobre su procedencia, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto quede a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas”.

³⁴ OTEIZA, Eduardo, El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854, en La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág 98.

Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requieren, puede correrse un breve traslado a la contraria a los efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución.

Este principio general propio de las medidas cautelares, tendiente a evitar que se frustre su cometido, dada la urgencia que rodea este tipo de pretensiones, ha sido alterado por la ley 26.854, que exige el traslado de un informe previo en el supuesto de las medidas cautelares contra el Estado, aunque previéndose la posibilidad de obtener en el interín una protección precautelada, conforme se analizará más adelante.

D) Fungibles

Como una consecuencia directa de su provisionalidad, las medidas cautelares pueden sustituirse entre sí, toda vez que no deben causarse perjuicios innecesarios a la parte afectada por la traba de una medida cautelar determinada.

4.- CLASIFICACIONES

En el capítulo III del CPCCN se regulan las medidas cautelares, entre las cuales se encuentran: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, la prohibición de innovar, la protección de personas.

Pero, además de las medidas señaladas, el codificador faculta al juez al dictado de cualquier otra medida cautelar no prevista. Estas medidas, denominadas genéricas, abren una suerte de ventana práctica que permite a los magistrados ordenar la medida que mejor se adapte a las circunstancias de cada caso concreto.

Pues bien, a partir de la enunciación que efectúa el CPCCN de cada una de las medidas cautelares surge el intento de sistematizar una clasificación de las distintas medidas allí contenidas.

En tal sentido, la primera clasificación que debe hacerse es entre las medidas nominadas e innominadas. Así, las medidas nominadas son aquellas que expresamente se encuentran indicadas en el código, mientras que las medidas innominadas son todas las otras medidas que puede dictar un juez, o sea, la gran variedad de medidas genéricas que surgirán, sin estar individualizadas en el código procesal, de cada caso en particular y que podrán ser ordenadas.

En efecto, el artículo 232 del CPCCN expresamente establece que “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”³⁵.

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, en su proyecto de Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, ha preferido directamente no tipificar ninguna medida cautelar. Dicho profesor sostiene que en su proyecto “no se tipifican, ni siquiera a título de ejemplo, las medidas que pueden adoptarse. No se ha estimado

Otra clasificación que ha realizado la doctrina distingue entre las medidas cautelares conservativas y las innovativas -o positivas-. Las primeras se orientan a mantener un statu quo determinado hasta tanto se dicte la sentencia o finalice el proceso, en cambio, las medidas cautelares innovativas requieren que el juez al ordenarlas modifique una situación de hecho existente en forma previa al requerimiento cautelar. Generalmente, al tratarse de pedidos de modificación de hechos concretos, las medidas innovativas requeridas no se encuentran nominadas en el código, por lo tanto, son genéricas o innominadas.

Ahora bien, entre las medidas nominadas se encuentra la prohibición de innovar, regulada en el artículo 230 del CPCCN. Allí se establece que “podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere inverosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.”

Sin perjuicio de que el título se refiere a las medidas de no innovar, lo cierto es que si bien ello nos indica que se trata de impedir la modificación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida, la norma también incluye la posibilidad de que mediante éstas se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad al momento de entablarse la acción judicial. En este sentido, señala Palacio que “lo que interesa, por ende, en las dos hipótesis incluidas en la norma, no es tanto la subsistencia o la alteración del *statuo quo* sino la necesidad de acatar, mientras dura la sustanciación del proceso principal, la situación de hecho o derecho delimitada en la resolución cautelar, con prescindencia del emplazamiento temporal de esa situación, que puede ser la existente al tiempo de promoverse el juicio, una anterior que se restablece e incluso una nueva”³⁶.

Por otra parte, también se distinguen las medidas cautelares según lo que se trata de preservar son bienes (secuestro, inhibición), o las medidas que preservan personas (protección de personas)³⁷.

La Ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado regula específicamente las distintas pretensiones cautelares que pueden requerirse en este tipo de procesos. Teniendo en cuenta que se trata de una ley especial, sólo aplicable cuando el Estado es parte en el juicio, se analizará más adelante en oportunidad de describir el nuevo régimen especial.

Por último, es importante destacar que existen medidas cautelares denominadas autónomas, en tanto se solicitan y otorgan en forma previa a la promoción del proceso

necesario ni conveniente. Puede adoptarse cualquiera, esté o no tipificada en la legislación civil, siempre que sea adecuada para asegurar la efectividad del fallo y “no sea susceptible de sustitución por otras igualmente claras y menos gravosas o perjudiciales para el demandante”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús - CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 96.

³⁶ PALACIO Lino, E. *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 181.

³⁷ Ver de LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, p. 12.

principal, pero siendo accesorias e instrumentales al proceso que luego necesariamente se debe iniciar. La diferencia radica en que este tipo de medidas no se solicitan dentro de un proceso de conocimiento o de ejecución, sino con anterioridad a éstos.

Respecto de estas medidas, el artículo 207 del C.P.C.C.N. prescribe que “se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes a su traba y aunque la otra parte hubiere deducido recurso”.

Volveremos más adelante sobre este tipo particular de remedio cautelar, en la medida que adquiere un importante protagonismo en el contencioso administrativo, dada su frecuente utilización mientras el administrado se encuentra dentro del procedimiento administrativo, agotando la vía administrativa a los efectos de poder acceder a la instancia judicial. La nueva ley 26.854 las ha regulado expresamente.

Una situación análoga se da en otras materias con relación al requisito de la mediación obligatoria previa, instaurado por Ley 24.573. El artículo 2º, inciso 6º de dicha norma establece que las medidas cautelares se encuentran exentas de la mediación hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.

Esta exención presupone la posibilidad de solicitar una medida cautelar en forma previa al proceso y, consecuentemente, en forma previa a la mediación obligatoria que lo antecede. No es difícil advertir que este criterio responde a los fundamentos mismos del instituto de la tutela cautelar, toda vez que si se requiriese la mediación como paso previo y obligatorio a la interposición de la pretensión cautelar en sede judicial, se desvirtuaría la finalidad misma de la medida precautoria, esto es, servir como una herramienta eficaz que, en una situación de urgencia, se constituya en una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente al peligro en la demora del trámite del proceso, y más aún en este caso donde la situación de dilación se agrava debido a la etapa previa de la mediación.

5.- LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Se trata de medidas urgentes que se caracterizan por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Un ejemplo típico sería aquella medida que ordena el otorgamiento de una vista de las actuaciones administrativas³⁸.

El propio Peyrano, autor que ha estudiado con profundidad este tipo de medidas, sostiene que “se trata de una especie de tutela urgente que no debe confundírsela con la tutela cautelar. En efecto, realizando una aproximación al ideario de la medida autosatisfactiva, ha dicho que “se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar,

³⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090.

por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”³⁹.

Compartimos la postura del autor citado, dado que observamos que, desde la teoría cautelar clásica, estas medidas no pueden ser consideradas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno. Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. En tal sentido, los procesos autosatisfactivos son procesos urgentes, como el amparo, aunque sin el respaldo de una ley que los haya consagrado ni reglamentado, siendo una construcción pretoriana y doctrinaria. Entre estas construcciones preferimos aquellas que se fundan en las atribuciones judiciales implícitas y no en un poder cautelar genérico dado que, como señala el profesor Peyrano, si bien todo lo cautelar es siempre urgente, no todo lo urgente es cautelar⁴⁰.

La realidad social y económica que fuerza la aceptación de procesos urgentes no es extraña a otros ordenamientos jurídicos, en la medida de que se trata de un fenómeno mundial que, en definitiva, pretende respetar el principio de la tutela judicial efectiva. La diferencia radica en que en otros países, en cambio, estos procesos urgentes fueron motivo de una debida regulación, estableciendo reglas claras que intentan eliminar soluciones judiciales discrecionales. Un ejemplo de ello es Francia, que bajo el término *référé*, ha consagrado, además de las medidas cautelares, verdaderos procesos autónomos y urgentes.⁴¹

6.- PRESUPUESTOS GENERALES PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Conforme la naturaleza jurídica y la finalidad de las medidas cautelares, se requieren **ciertos presupuestos** para su otorgamiento, a saber:

A) Verosimilitud del derecho (fumus boni iuris)

El término *fumus boni iuris* significa “humo de buen derecho”. Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la tutela. Como hemos dicho precedentemente, la resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.

Al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, en consecuencia, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por el

³⁹ PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 13.

⁴⁰ PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 10.

⁴¹ Cfr. DE LA SIERRA, Susana, *Las medidas cautelares en la contratación pública*, Revista de la Administración Pública, mayo-agosto 2004, Madrid, pág. 219 y ss. Esta autora sostiene que en Francia, “el *référé-liberté*, un proceso especialmente sumario (se ha de resolver en 48 hs) para la protección de las libertades fundamentales, carece de la característica de la instrumentalidad, ya que el juez se manifiesta sobre el fondo y, en su caso, la resolución tendrá fuerza de cosa juzgada. También en Portugal, la reciente adopción del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos ha permitido la introducción de distintos instrumentos procesales que responden a idénticas necesidades de celeridad.”

peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Así, Cassagne y Perrino sostienen que “se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso”⁴².

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma en este punto que las medidas cautelares “no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”⁴³.

En tal entendimiento, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza⁴⁴.

B) Peligro en la demora (periculum in mora)

Es el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso, o como dicen García de Enterría y Fernández, “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables”⁴⁵. Se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En este riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar y debe, consecuentemente, responder a una objetiva posibilidad de frustración, o estado de peligro de ese derecho invocado.

Al respecto, Chiovenda afirma que se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”⁴⁶. Ahora bien, el peligro debe probarse en forma adecuada. En tal entendimiento, el requirente deberá exponer las razones, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el juez le conceda el anticipo jurisdiccional.

⁴² CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 341.

⁴³ Fallos 318:107, 326:4963, 327:305, entre otros.

⁴⁴ Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 32.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNÁNDEZ Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628.

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 299.

Como hemos afirmado al comienzo de este capítulo, la sustanciación de los procesos judiciales demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. A ello se le debe sumar la lentitud cada vez mayor de nuestra administración de justicia que, aún aunando sus mejores esfuerzos, no puede solucionar el problema que suscita el abarrotamiento de expedientes en sus tribunales.

Previendo esto, el CPCCN prescribe que podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que “existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible”⁴⁷.

Nuestro codificador estableció respecto a las medidas cautelares genéricas –o sea, innominadas- que “quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”⁴⁸.

No se trata de dos nuevos requisitos, sino que la irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. El verdadero peligro que pretende resguardarse está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable. Como señala el profesor Gallegos Fedriani “no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas”⁴⁹. Respecto al concepto de irreparabilidad, señala este autor que debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse⁵⁰, en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero. En tal sentido, será suficiente que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación *in natura* sea imposible o en los hechos muy dificultosa⁵¹.

⁴⁷ Art. 230 del CPCCN.

⁴⁸ Art. 232 del CPCCN.

⁴⁹ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 70.

⁵⁰ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, cit., p. 69.

⁵¹ Cfr. SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 172. Según MAIRAL, “existe gravamen irreparable cuando: la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; o la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero” y si el perjuicio es puramente patrimonial “cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria: así, una medida que afecte la reputación o clientela de una empresa o la fama de sus principales productos o vulnere su secreto técnico o comercial; cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena, por ejemplo, ante la no reparabilidad de los perjuicios mediatos cuando la existencia e importancia sea verosímil; cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; cuando la previsible magnitud del perjuicio acarree verosímilmente la insolvencia del recurrente”, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 818 y ss.

C) Prestación de una contracautela

El peticionante de una medida cautelar debe prestar una garantía a los efectos de resguardar los daños que pueda ocasionar el otorgamiento ilegítimo de tal medida. Esta condición no es aplicable al peticionante que obtuvo un beneficio de litigar sin gastos, ni tampoco en el supuesto de que sea la Nación, una provincia o un municipio quien solicitare la protección cautelar.

Así lo requiere el artículo 199 del CPCCN, que dispone que “la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños que pudiere ocasionar...”.

En tal sentido, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado⁵².

Al respecto, es dable advertir que en numerosas ocasiones los jueces, quienes fijan a su sano criterio el monto y tipo de la contracautela, otorgan medidas cautelares bajo caución juratoria cuando el peticionante tiene capacidad de afrontar una caución real. Esta modalidad ha sido abusada en múltiples situaciones que han generado enormes daños patrimoniales, desvirtuando el instituto cautelar. Es que al tratarse de un procedimiento inaudita parte, la garantía de la contracautela impide el envalentonamiento de pretensiones infundadas. Quizás a partir de esta preocupación, la nueva ley 26.854 ha prohibido de forma genérica la caución juratoria, solución que no compartimos, como veremos en el capítulo respectivo.

Es dable destacar que para algunos autores, la prestación de la contracautela no es un requisito para su procedencia, sino solo un presupuesto para que resulte viable su ejecución⁵³.

D) Falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo

Este requisito ha sido introducido por la jurisprudencia, y se encuentra expuesto claramente en la sentencia de segunda instancia de la causa “Camacho Acosta”, entre otras tantas.⁵⁴ Se trata de un criterio que postula que la identidad del objeto de la pretensión cautelar debe ser distinta al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal. La finalidad de este principio es evitar que el Juez al momento de resolver la cautelar prejuzgue sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá luego que dictar. La realidad es que es muy difícil y, hasta a veces imposible, impedir que los jueces prejuzguen al dictar las medidas cautelares.

⁵² Cfr. art. 208 del CPCCN.

⁵³ PEYRANO, Jorge W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, 2º ed., Rosario, Zeus, p. 82.

⁵⁴ CCiv, Sala J, in re “Camacho Acosta, Mariano c. Grafo Graf SRL y otros”; CNACAF, Sala V, in re “Denegri, Hilda María. Ex Feria n. 29”, de fecha 26/3/97.

El problema de la aplicación de este criterio en la práctica radica en que genera una gran cantidad de casos en los que se ha identificado que ciertos litigantes, para superar este obstáculo, elaboran pretensiones principales distintas, sobre las que carecen de interés, con tal de obtener la tutela cautelar.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encausado este criterio, al revocar la sentencia de Cámara en “Camacho Acosta”. Para así decidir, el Alto Tribunal manifestó que “la alzada no podía desatenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (...) es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”.⁵⁵

Por tal motivo, un ordenamiento de avanzada, como es el Código Procesal de la Ciudad de Buenos Aires, respetando la tutela judicial efectiva, admite la procedencia de las medidas cautelares “aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”⁵⁶. Lamentablemente, la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado expresamente dispone que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, solución legislativa que, como varias otras disposiciones que contiene esta nueva ley, atrasa en el camino de un definitivo respeto del principio de la tutela judicial efectiva, siendo en muchos aspectos, como se verá, inconstitucional.

7.- CONSIDERACIONES COMUNES

A) Competencia

El artículo 196 del CPCCN dispone que los jueces deben abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuere de su competencia, sin embargo, la medida será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones legales, pero no implicará prórroga de competencia.

Salvo casos de extrema urgencia que no ameriten solución en contrario, el principio expuesto precedentemente proscribiera el dictado de medidas cautelares por parte de jueces incompetentes. Aclaramos este punto toda vez que se observa que la práctica jurisdiccional arroja casos en los que se ha malinterpretado este precepto, en los cuales los jueces dictan medidas cautelares y luego remiten inmediatamente las actuaciones al fuero que entienden competente.

Esta práctica es contraria al espíritu de la ley, toda vez que si bien las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes son válidas si han sido dispuestas de

⁵⁵ “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros”, Fallos, 320:1633 (1997).

⁵⁶ Ver art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

conformidad con las prescripciones legales, esto no implica desconocer el principio de que deben abstenerse de dictarlas si reconocen que son incompetentes. En definitiva, este comportamiento determina la invalidez de dichas medidas en tanto no han sido dispuestas de conformidad con la prescripción legal contenida en el artículo 196. Más adelante veremos, igualmente, que la regla que contiene este artículo ha sido alterada por la ley 26.854.

B) Apelación de las resoluciones cautelares

La resolución cautelar de primera instancia es apelable a segunda instancia, donde a su vez se prevé el recurso de revocatoria contra el pronunciamiento de ese tribunal superior. Conforme el fundamento y la finalidad del instituto cautelar, en nuestro ordenamiento procesal nacional, el efecto de la apelación es de carácter devolutivo⁵⁷.

Para los supuestos de medidas cautelares dictadas en el marco de los procesos de amparo, el tema no es tan sencillo. El problema radica en que la Ley 16.986 estableció, en el artículo 15, que: “Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el art. 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas...”

Sin perjuicio de que desde una interpretación literal de la norma podría desprenderse que la apelación de una resolución cautelar en el marco de un proceso de amparo tiene, entonces, efectos suspensivos –en ambos efectos, o sea, suspensivo y devolutivo-, lo cierto es que la jurisprudencia ha desarrollado un enfoque funcional del precepto citado, conforme al cual “cabe al intérprete hacer los distinguos que la naturaleza misma de la cosa impone. Porque la diversidad de la cautelar no tolera, como se ha visto, una suspensión en la efectivización de su aseguramiento. De allí que se entienda que el art. 15, cuando menciona la concesión del recurso en ambos efectos, ha podido referirse a la apelación deducida contra la sentencia definitiva o las providencias denegatorias mentadas por el art. 3º, mas no a las cautelares, pues éstas últimas poseen una regulación especial, particular y propia que excluye aquel tratamiento”⁵⁸.

Al respeto, es claro que la posibilidad de que un recurso de apelación logre suspender la decisión cautelar no se compadece con la finalidad misma del instituto cautelar, que implica resguardar los derechos de los particulares, en una situación de urgencia que requiere una solución inmediata para que esos derechos no pierdan virtualidad con motivo de la tramitación de todo proceso judicial, incluso, un proceso de amparo. En tal sentido, la aplicación extensiva del artículo 15 de la Ley 19.986 al instituto cautelar vulneraría el artículo 43 de la Constitución Nacional que consagra al amparo como medio judicial idóneo; el principio de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 8

⁵⁷ Cfr. Art. 198 del CPCCN.

⁵⁸ Cám. Fed. La Plata, Sala IV, in re “Dapoto, Marta S. y otros c. Universidad Nacional de La Plata”; “Semplici, Norma B. y otros c. Universidad Nacional de La Plata”, con nota de PEYRANO, Jorge W. Cfr. ROSSI, Alejandro, “Las medidas cautelares y su apelación en el amparo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tº II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1603.

del Pacto de San José de Costa Rica; y el artículo 25 de ese mismo ordenamiento internacional, que reconoce a toda persona la existencia de un derecho sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

La doctrina ha sido crítica sobre este tema. Al respecto, es dable traer a colación las palabras de Robredo, compartidas por Sagüés, quien, al analizar los efectos de los recursos de apelación de las medidas cautelares en los procesos de amparo, sostiene que “implica que la medida de no innovar no pueda hacerse efectiva hasta que el expediente vuelva del tribunal superior”, concluyendo que, al atentarse de esa forma el fundamento mismo del instituto cautelar, esto es, la urgencia, “debe tratarse (por el legislador) de una ignorancia absoluta del proceso en la acción de amparo”⁵⁹.

También se ha sostenido que “se trata de una práctica disfuncional a la norma, pues no se compadece con la finalidad de la institución cautelar, con la naturaleza del contencioso administrativo ni con las garantías de la acción de amparo que se desprenden de la legislación supranacional, cuya naturaleza es netamente operativa... La primera crítica es la más obvia: el artículo 15 de la Ley de Amparo es autocontradictorio. No existe auténtica tutela cautelar si la apelación queda en suspenso. No se cumple la finalidad asegurativa que hace a la esencia del instituto. Para el momento en que se resuelva la apelación, la situación tutelada podrá haberse tornada abstracta, de no mediar una autolimitación de la Administración que desde el punto de vista jurídico –no moral– resulta discrecional en los términos del artículo 12 de la LNPA Y para entonces se habrán generado derechos subjetivos a favor de terceros...”⁶⁰.

Por su parte, Genaro Carrió ha dicho con relación al efecto suspensivo del artículo 15 que “la consecuencia de todo ello es que la tutela eficaz de un derecho o libertad constitucional ha quedado supeditada al agotamiento de las dos instancias ordinarias y al de la extraordinaria. En la práctica ello equivale a agotar un trámite que puede llevar dos años de duración. Esto constituye la negación lisa y llana de una protección sumaria para esos derechos”⁶¹.

Resulta interesante observar que las distintas cámaras federales también han objetado la reglamentación del amparo. Por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario sostuvo que “de la armónica interpretación de lo expuesto precedentemente se colige claramente que la efectivización de la tutela judicial mediante el otorgamiento de medidas cautelares no puede ser diferida en su ejecutividad sin colisionar con los principios consagrados en los tratados internacionales citados, por lo que la concesión de los recursos debe efectuarse de conformidad a los artículos 198 y conchs. CPCCN., regulación especial, particular y propia que debe ser aplicada. Por otra parte, entiendo que también puede colegirse que la concesión del recurso en ambos efectos violenta la

⁵⁹ ROBREDO, Alberto F, citado por SAGÜÉS Néstor P., *Ley de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 384.

⁶⁰ ROSSI, Alejandro, “Las medidas cautelares y su apelación en el amparo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 1586 y ss-.

⁶¹ CARRIÓ, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 234. También Sagüés (Sagüés, Néstor Pedro, *Derechos Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 4ta. ed., Astrea, Buenos Aires, pág. 501”).

garantía de igualdad establecida por el artículo 16 CN., ya que consagra una prerrogativa que interfiere con dicho principio”⁶².

Ahora bien, otra cuestión importante que debemos resaltar es que el criterio del efecto devolutivo, o sea, no suspensivo, del recurso de apelación de una medida cautelar, no se aplica a los casos de apelaciones de decisiones judiciales que disponen el levantamiento de una medida cautelar, su revocación o su sustitución por otra. La razón de ser radica en que el peligro en la demora alegado conlleva el necesario mantenimiento de la medida cautelar hasta tanto el superior decida la cuestión. Se trata del mismo criterio que se aplica en los casos de apelación de sentencias definitivas. En cambio, en los casos en los cuales se apela una decisión judicial que concede una pretensión cautelar, se impone que el efecto sea devolutivo pues se prioriza el mantenimiento de esa medida cautelar a los fines evitar que se frustre el derecho por la mera interposición de un escrito de apelación, y así ha sido dispuesto por el artículo 198 del código de rito, que en forma expresa dispone que “el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo”. Como se ve, el Código solo prevé, como una excepción, el efecto devolutivo de los recursos de apelación contra decisiones que admiten las pretensiones cautelares, no contra otro tipo de decisiones vinculadas al instituto cautelar. Esta solución es la única posible para los procesos cautelares, donde la importancia radica en proteger una situación de urgencia. Nótese que en ese mismo artículo, en igual sentido, también se afirma que “ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento”.

Por último, cabe resaltar que las resoluciones que decretan, deniegan o disponen el levantamiento de medidas cautelares, al ser provisorias, no son, en principio, materia de recurso extraordinario, toda vez que uno de los requisitos para la procedencia de estos recursos requiere que se trate de una sentencia definitiva⁶³. De todas formas, podrán ser revisadas en instancia extraordinaria si causan un agravio que por su magnitud y circunstancias de hecho resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, o cuando lo decidido excede el interés individual de las partes o atañe también a la comunidad, o sea, se presente una gravedad institucional que amerite su apertura, conforme la jurisprudencia que para estos casos ha establecido la Corte Suprema de la Nación⁶⁴.

⁶² Véase Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala B, in re “Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. v. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación”, Abeledo Perrot N° 35010489, del voto del Dr. Toledo. En igual sentido se pronunció la Cámara Federal Apelaciones en lo Civil de La Plata, Sala IV, en el caso “Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata”, JA 1993-II-128. Asimismo, ver de la misma Sala IV “Dapoto, Marta y otros c/ Universidad Nacional de La Plata”, LL 1993-C, 569 y de la Sala III del mismo tribunal “Ciancios, Juan c/ Consejo Profesional de Química de la Provincia de Buenos Aires”, LLBA 1996-713.

⁶³ “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. Somisa s/ medida cautelar”, Fallos 314:1968 (1991); “Grinberg, Horacio Marioa c. Guntin, Beatriz Margarita y otro”, Fallos 316:2153 (1995); “The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares”, Fallos 318:1711 (1995). Asimismo ver “López de López, Emilia c/ López, José María”, Fallos 297:37 (1977); “Río Ancho SRL c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 300:1036 (1978) y “Bula, Enrique Hipólito c/ Coscia, Marcos y otros”, Fallos 302:896 (1980), entre otros.

⁶⁴ “Díaz Lynch, César c. Estado Nacional”, Fallos 313:116 (1990); “Seery, Daniel Jorge c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 315:2040 (1992); “Sucesión de Joaquín Sánchez c. Alonso, Aníbal y otro”, Fallos 318:941 (1995); “Milano, Daniel R. c. Estado Nacional (Mrio. de Trabajo y Seguridad Social de la Nación) y otro”, Fallos 319:1277 (1996).

Aquí se presenta la misma situación que hemos analizado respecto de los alcances de los efectos de los recursos de apelación. Veamos.

A tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la concesión del recurso extraordinario suspende la ejecución del pronunciamiento impugnado, con excepción del supuesto contemplado en el art. 258 CPCCN⁶⁵.

También, en concordancia con lo expuesto, se ha estimado que “conforme la regla contenida en el art. 243 CPCCN y al argumento resultante de los arts. 258 y 285 del mismo ordenamiento, la mera concesión del recurso extraordinario federal tiene efecto suspensivo y, por consiguiente, la resolución impugnada no puede cumplirse o ejecutarse hasta tanto medie un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre aquél...”⁶⁶

Más aún, el Alto Tribunal ha entendido que, en orden a lo dispuesto por el art. 499 CPCCN, incluso la interposición del recurso extraordinario ya tiene ese efecto hasta tanto el tribunal se expida con respecto a su concesión o denegación⁶⁷. En este mismo sentido, se expidió la Procuración General de la Nación⁶⁸.

Ahora bien, por los mismos argumentos que hemos expuesto para el caso de las apelaciones ordinarias, el efecto suspensivo aludido que tiene la presentación del recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema no se aplica en el caso de apelaciones de decisiones que admitieron o confirmaron una pretensión cautelar, en la medida que se trata en todos los casos de recursos de apelación a los que se les debe aplicar el art. 198 antes comentado del Código procesal. En cambio, si se tratare de decisiones que disponen el levantamiento, la revocación o la sustitución de una medida cautelar, la aplicación del efecto suspensivo frente a la mera interposición del recurso extraordinario procede, a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia referida⁶⁹.

II.- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

1.- CONSIDERACIONES GENERALES. EL INTERÉS PÚBLICO

Sostiene Juan Carlos Cassagne que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”⁷⁰.

⁶⁵ Fallos: 310:678; 311:2679; y disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en Fallos: 324:3599.

⁶⁶ CNFed. Cont. Adm. Fed., sala I, “Cirlafin SA c/EN s/proceso de conocimiento”, sentencia del 05/02/2002.

⁶⁷ Fallos: 319:1039 y 3470; 323:3667; 324:3599; entre otros.

⁶⁸ Véase “Werneke, Adolfo y otros c/Subsecretaría de Actividades pesqueras de la Provincia de Buenos Aires”, expte. SC, W 107, L XLII, dictamen del 17.12.2007.

⁶⁹ Véase “Mendoza 21 SA y otros c/PEN”, de fecha 5/09/2007, en la cual la Cámara Federal de Mendoza rechazó una petición de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) tendiente a que se declare que la concesión de un recurso extraordinario no tiene efectos suspensivos respecto de una resolución que revocó una medida cautelar otorgada en primera instancia.

⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que “la esencia del Derecho Administrativo radica en una

Pero lo cierto es que no siempre en nuestro derecho se aceptó la procedencia de la medidas cautelares contra el Estado. A tal efecto, se expusieron todo tipo de razones dogmáticas para denegarlas, tales como la prevalencia del interés público sobre el interés individual; el principio de legalidad del Estado, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de solvencia estatal (*fiscus semper solvens*).

A pesar de ello, el derecho procesal administrativo, frente a las situaciones cotidianas que demostraban la necesidad de las personas de contar con una satisfacción inmediata de sus derechos conculcados por el Estado (en virtud de actos administrativos, reglamentos, leyes, omisiones y hechos), comenzó a consagrar la procedencia de las medidas cautelares en éste ámbito, utilizando por analogía los preceptos del código procesal civil y comercial de la Nación⁷¹.

Hasta el año 2013 esta situación no había variado, adoptándose mediante la técnica de la analogía, al carecer el orden nacional de un código contencioso administrativo, y teniendo en cuenta que las normas de otros ordenamientos se aplican en el derecho administrativo solo ante los vacíos legales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto fuere pertinente, con las adaptaciones necesarias que requería, en materia cautelar, el régimen exorbitante propio del derecho administrativo. De hecho, así continúa siendo en todo lo que no ha sido regulado en forma expresa por la nueva ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en la es parte o interviene el Estado nacional.

No obstante la aplicación del CPCCN, la jurisprudencia solía desplegar una gama innumerable de requisitos y principios para valorar la procedencia de los remedios cautelares. Así, la mayoría de las veces los magistrados evaluaban que el dictado de una determinada medida cautelar no vulnerara el interés público o, por ejemplo, requerían que se plantee la suspensión del acto administrativo en sede administrativa previo al pedido de suspensión en sede judicial, ambas cuestiones que ahora son exigidas expresamente por la ley 26.854.

Respecto al interés público, no descartamos que los jueces deban valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y aún más, reconocemos que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia⁷². Lo que sí se objeta es la aplicación de este concepto a los

perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, 1998, p. 2024.

⁷¹ Para MAIRAL, en cambio, la aplicación del Código debe efectuarse de manera directa. En tal sentido, dicho autor sostiene que “corresponde al Poder Judicial de la Nación entender en las causas en que la misma Nación es parte, siendo de aplicación, por ende, en forma directa y no analógica, el CPCCN”, en MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 800.

⁷² Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tº I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tº I, 7º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 60.

finés de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de evitar analizar el caso concreto⁷³.

Pero, claro está, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, debe ponderarse si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla. Y como señala Simón Padrós, el criterio del interés público “no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse –en cada caso- la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables”⁷⁴.

A su vez, hay que recordar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad⁷⁵. De todas formas, nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público⁷⁶.

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ afirma que “a la hora de decidir sobre la medida cautelar –de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia- ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 2048.

⁷⁴ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, op. cit., p. 292.

⁷⁵ Al respecto, ESCOLA sostiene que “en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público “del pueblo”, como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...”, en ESCOLA Héctor J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, ps. 240/241.

⁷⁶ COMADIRA señala que “las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla...” en COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, ps. 257/258. En igual sentido HERNÁNDEZ CORCHETE entiende que si “la actuación administrativa es antijurídica el juez debe olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directa y exclusivamente si concurren el periculum in mora y el fumus boni iuris en el grado establecido por el legislador. En estos casos el interés público por muy trascendente que sea no puede ser usado para justificar la denegación de una medida cautelar.”, en HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan A., “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto”, REDA, vol. 13, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 164.

2.- LA LEY 26.854 DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL

El 29 de abril de 2013 se publicó en el Boletín Oficial la Ley 26.854 que regula las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional, sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos⁷⁷.

Es importante describir el contexto en el que se dictó esta ley, para permitir comprender el alcance de varias de sus disposiciones, que en nuestra opinión, que adelantamos, resultan inconstitucionales y restrictivas de las medidas cautelares.

A tal efecto, corresponde recordar que a partir del año 2010, distintos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación propusieron en algunos de sus votos limitar la vigencia de las medidas cautelares contra el Estado que se obtienen en los procesos judiciales.

Así surgió del voto de la mayoría en la ya famosa causa “Clarín”, del 10 de octubre de 2010, por medio del cual la Corte Suprema, si bien desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional que pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del artículo 161 de la ley de medios audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desinvertir y vender sus canales, radios y empresas, *obiter dictum* aconsejó la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar -ex officio o en su defecto, a pedido de parte- en el entendimiento que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado. Los magistrados Argibay y Petracchi no adhirieron a este voto, y simplemente desestimaron el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a tal⁷⁸.

Luego, en fecha 15 de marzo de 2011, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa “Radio y Televisión Trenque Lauquen”, en la que también desestimó un recurso extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de lo dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22.285, la Ley de Bienes Culturales 25.750, y la Ley Medios Audiovisuales 26.522.

En esta causa, el voto de los jueces Fayt, Argibay y Petracchi se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva. Pero los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, además de desestimar el recurso del Estado por esa misma causal, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar, de oficio o a pedido de parte. En este voto conjunto, que a diferencia del caso “Clarín” no logró mayoría, se sostuvo, entre otras cosas, que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación

⁷⁷ Conforme así se establece en el artículo 1 de la ley 26.854.

⁷⁸ Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, de fecha 10/11/2010.

no encuadra en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados⁷⁹.

Si bien estas ideas, elaboradas en un contexto determinado, no tuvieron muchos adeptos en la doctrina especializada ni en la jurisprudencia, en el año 2013 el Congreso de la Nación sancionó, como hemos dicho, la ley 26.854, en el marco de un controvertido plan de reforma judicial amparado bajo el lema de “democratización de la justicia”, donde lamentablemente el legislador no se ha privado de consagrar positivamente la exigencia de la fijación de un plazo a las medidas cautelares, constituyéndose así en la innovación más importante y restrictiva que se hizo al instituto cautelar, no la única.

Esta novedosa ley de cautelares contra el Estado, establece un conjunto de requisitos y pautas estrictas para el otorgamiento de estas medidas provisionales por parte de los jueces, con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívica y jurídica.

A) Requisitos generales

En primer lugar, la ley 26.854 sienta algunas bases generales que los jueces deberían respetar al analizar la procedencia de una medida cautelar determinada.

a) Competencia

El primer aspecto que regula la ley es sobre las medidas cautelares dictadas por juez incompetente, alterando la regla arraigada en la jurisprudencia y expresamente contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece que las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes serán de todas formas válidas siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones legales, pero no implicarán prórroga de sus competencias⁸⁰.

En efecto, la ley 26.854 establece como principio general que “los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”⁸¹. Esta regla general no difiere, en rigor, de aquella que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto el artículo 196 comienza sentando esta regla, en iguales términos que los que luego utiliza la ley de medidas cautelares.

La gran diferencia, que genera un problema que traerá muchos conflictos, radica en que el Código de rito prevé, seguidamente, que “la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”, mientras que en la ley 26.854, por el contrario, se estatuye que “la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo

⁷⁹ CSJN, in re “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c/ Estado Nacional s/ incidente de medida cautelar autónoma”, de fecha 15/03/2011.

⁸⁰ Art. 196 CPCCN.

⁸¹ Art. 2 de la ley 26.854.

tendrá eficacia cuando se trate de sectores vulnerables acreditados en el proceso se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”⁸².

No es difícil advertir los conflictos que esta nueva normativa producirá en los casos concretos, que determina la profunda irrazonabilidad de la solución contenida en la referida ley, y un riesgo mayúsculo a la seguridad jurídica. Para comprender cabalmente esta cuestión, es necesario reconocer que en muchos casos las competencias de los tribunales no están definidas con precisión en la normativa vigente. Un ejemplo de ello sucede en determinadas materias entre la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y la justicia federal civil y comercial de la Nación. Podemos poner como ejemplo concreto a la materia aeronáutica, y la polémica que en cada caso se genera entre ambas jurisdicciones, que termina siempre con importantes conflictos positivos de competencia que debe dirimir la Corte Suprema de la Nación. También existen numerosos conflictos entre estas dos jurisdicciones cuando el Estado celebra contratos de objeto privado, como ser la venta de un bien del Estado dominio privado, o cuando el Estado acude a personas de derecho privado para cumplir sus fines, tal el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal. Otra materia que genera constantes tensiones de competencia es la relacionada al empleo público, cuestión disputada entre la justicia contencioso administrativo federal y la justicia laboral. ¿Qué ocurrirá en estos casos? ¿Acaso las medidas cautelares dictadas por jueces que se asumieron competentes, pero que luego resulta que eran en rigor incompetentes, quizás varios años después, no tuvieron eficacia? ¿Esto significa que resuelto el tema de la incompetencia, dichas medidas caen? Y si así fuera, ¿qué efectos jurídicos tuvieron mientras estuvieron supuestamente vigentes pero no eran eficaces? Realmente, esta disposición sobre competencia únicamente persigue crear un estado de inseguridad que ciertamente afectará a aquellos administrados que obtengan medidas precautorias en trámites procesales en los que el Estado oponga excepciones de incompetencia, o plantee este tipo de cuestiones, que en muchos casos no están del todo definidas.

No siendo esto suficiente, la Ley 26.854 estableció a modo de normas complementarias, varias modificaciones al instituto de la inhibitoria y de los conflictos de competencias que se encuentran regulados en el código civil, que exceden a las medidas cautelares, y se impondrían a todas las causas en que el Estado Nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

En efecto, el art. 20 de la ley establece que la vía de la inhibitoria procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional o su entes sean parte, a la par que dispuso seguidamente que todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal ⁸³.

⁸² Art. 2, inc. 2, de la ley 26.864.

⁸³ Art. 20 de la ley 26.854.

b) Afectación de los recursos y bienes del Estado

La Ley de medidas cautelares contra el Estado dispone que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, o incluso distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias⁸⁴.

Esta exigencia, por sí sola, persigue eliminar directamente la gran mayoría de las medidas cautelares contra el Estado, pues gran parte de estas medidas cautelares ciertamente afectan, de uno u otro modo, recursos o bienes del Estado, como es el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares en materia tributaria contra la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Como se ha señalado respecto a esta absurda prohibición, “pretender, por consiguiente, investir al Estado de un aura de inmunidad, que preserve incólumne sus “bienes o recursos” de cualquier afectación preventiva, representa, la derogación casi plena del instituto cautelar. Que ya no se prohíbe aquí el otorgamiento, por el juez, de medidas meramente innovativas sino, más intolerable todavía, la dación de aquellas más antonomásticas (léase, embargo, secuestro, inhibición de bienes, intervención judicial, prohibición de innovar y/o contratar, etcétera)”⁸⁵.

Esta prohibición, por lo tanto, resulta irrazonable e inconstitucional, y así tendrá que ser declarada por los tribunales intervinientes, aunque lo cierto sea que en la mayoría de los casos los jueces directamente la ignoran. No está demás comprender, como bien aclara la profesora española Zulima Sánchez, que “la adopción de la medida se hace ponderando los intereses en conflicto y, en muchos casos, la resolución causa un detrimento patrimonial o económico a alguna de las partes –ciudadano o Administración-, cuando no a ambas (como en el caso de la tutela cautelar en materia medioambiental). De ahí la importancia de la ponderación del *periculum in mora* a la luz de los intereses en conflicto y la necesidad de que el juez prime unos derechos sobre otros”⁸⁶.

Asimismo, resulta a todas luces inconveniente prohibirle a los jueces que impongan a los funcionarios cargas personales pecuniarias frente al incumplimiento de un mandato cautelar. De esta manera se fomenta el incumplimiento de las órdenes judiciales y se atenta contra el principio de separación de poderes, al privar “a los magistrados y los justiciables de un instrumento esencial a la hora de poder hacer realmente efectivas las medidas cautelares, por cuanto, un funcionario podría incumplir sin perjuicio personal

⁸⁴ Art. 9 de la ley 26.854.

⁸⁵ MIDÓN, Marcelo, “Medidas Cautelares requeridas contra el Estado Nacional”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 92.

⁸⁶ SANCHEZ SANCHEZ Zulima, La tutela cautelar (II), sus manifestaciones en la doctrina del tribunal Supremo Español, en AAVV, Revista de Derecho Administrativo (REDA), Nº 89, Abeledo Perrot, 2013, p. 1382.

alguno, y a sabiendas, que quién deberá abonar las astreintes pertinentes por su conducta violatoria será el Estado”⁸⁷.

c) El informe previo

La ley 26.854 establece que los jueces deberán, previo a resolver, requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud⁸⁸. La ley permite, a su vez, que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento fijado para su producción.

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde el interés público adquiere una importancia relevante, no resulta desacertado que se corra un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias podría fortalecerlo, no existiendo, ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. No obstante ello, hasta el dictado de esta ley, eran los jueces los que en cada caso concreto debían ponderar si era necesario el referido emplazamiento, dado que la técnica de la justicia provisional inmediata requiere de un análisis agudo y particular de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de cada caso.

Ahora, en cambio, se sienta una regla general perniciosa que exige la obligatoriedad del traslado previo, que podría generar injusticias en los casos concretos. Y si bien la nueva normativa prevé que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez podrá dictar una medida interina, lo cierto es que la ponderación de las circunstancias graves generará un sinnúmero de planteos, que pondrán en juego la legitimidad de las cautelas, a la par que se darán etapas de protección cautelar –hasta la contestación del referido informe-, seguidas por otras de desamparo –hasta que el juez decida la cautelar-, y nuevamente otras etapas de resguardo provisional –si se decide hacer lugar al planteo cautelar-.

Evidentemente, la medida interina no puede perder eficacia con la simple contestación del traslado por parte del Estado, ni por haber operado el plazo para hacerlo. Es un contrasentido permitir este tipo de medidas interinas con una fecha de vencimiento. Lo razonable hubiera sido que se mantenga la vigencia de las medidas interinas hasta tanto el juez o tribunal, a partir del conocimiento de la contestación del Estado, decida la admisibilidad de la medida cautelar requerida.

⁸⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en lo que el Estado es parte”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 71.

⁸⁸ Art. 4 de la ley 26.854. Ya hemos tenido oportunidad de comentar un proyecto de ley del año 2008 que pretendía obligar a los jueces a correrle en todos los casos traslado a la Administración antes del dictado de las medidas cautelares contra el Estado, y establecía otras exigencias inadecuadas que conculcaban el propio fundamento de éstas, es decir, la urgencia. Ver CASSAGNE, Ezequiel, Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública, La Ley 27/07/2009.

Han sido varios los tribunales que han declarado la inconstitucionalidad del plazo acotado de vigencia de la medida interina⁸⁹, y otros directamente entienden que las medidas interinas rigen hasta el dictado de la medida cautelar propiamente dicha⁹⁰.

Tampoco debe pensarse que tratándose de un breve traslado, no es susceptible de ocasionar daños a los particulares. Resulta cierto que la ley establece un breve traslado de cinco días, pero no es menos cierto que el otorgamiento de la medida cautelar sufrirá más demoras, como consecuencia del procedimiento de todo traslado judicial (providencia que lo ordena, confección de cédulas, confronte, y diligenciamiento). El peligro en la demora de una resolución temprana en el proceso en muchos casos no admitirá la posibilidad de promover traslado alguno, y los jueces deberán o declarar inconstitucional este precepto, o ampararse sin más a la permisión antes descrita. La tutela inmediata no permite dilaciones, si quiere ser efectiva.

Finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder. En este entendimiento, una ley que permite la posibilidad de que la Administración Pública interfiera en las facultades jurisdiccionales del Poder Judicial, y de esta manera desnaturalizar los derechos de los particulares, en este caso, el de la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestra Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica, se aleja del fin mismo del Estado que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia.

Como hemos explicado con anterioridad, una regla esencial de las medidas cautelares es que éstas se dicten “*in audita parte*”, dada la urgencia presente en este tipo de pretensiones.

Por tal motivo, los jueces deberán dictarlas sin intervención del Estado si de esta forma garantizan su eficacia. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el conocimiento previo por parte del Estado de un pedido cautelar puede permitirle a la Administración materializar un daño, o por ejemplo, ejecutar determinado acto o conducta que se buscaba impedir, y a partir de ello incluso tornar al referida pretensión cautelar a estudio del juez en abstracta. Un sinsentido, por cierto, al permitirle en muchos casos consumir los hechos que intentan evitarse con la traba de la medida y, lo que también resulta perjudicial para el administrado, permitirle al Estado conocer de antemano los contenidos de las demandas entabladas.

En este tiempo, varios tribunales han declarado directamente la inconstitucionalidad de del informe previo exigido por la norma. Así, se ha resuelto que “El art. 4 de la Ley 26.854 en cuanto establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, es

⁸⁹ Ver Juzgado de Primera Instancia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, in re “LAN ARGENTINA SA C/ORSNA S/INC. DE MEDIDA CAUTELAR2, de fecha 4 de septiembre de 2013.

⁹⁰ Cfr. CNACAF, Sala V, in re “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015. Ver también CNACAF, Sala I, in re “Banco de Valores SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/recurso directo de organismo externo”, de fecha 5 de diciembre de 2014.

inconstitucional, pues desnaturaliza el trámite inaudita parte propio de aquella medida, el cual se vincula con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso”⁹¹.

Con igual alcance, por ejemplo, se ha expedido el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de Primera Instancia N° 10, que declaró la inconstitucionalidad de la exigencia del traslado previo para que la Administración presente el informe previsto en la ley N° 26.854”⁹². En igual sentido se pronunció el Juzgado Federal N° 1 de Neuquén⁹³, y el Juzgado Federal de San Nicolás N°1⁹⁴. Lo mismo han decidido, entre muchos otros, los juzgados nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2⁹⁵ y N° 6⁹⁶. Lo propio han hecho los juzgados federales de La Plata N° 2⁹⁷ y N°4⁹⁸. Sin embargo este no es el criterio sostenido por la Cámara Contencioso Administrativo Federal. En efecto, un caso interesante se ha dado en una causa que tramita en la Sala V de dicha Cámara, donde si bien en el voto de la mayoría conformado por los Dres. Guillermo Treacy y Jorge Alemany se exigió el informe previo, el Dr. Pablo Gallegos Fedriani, en una lúcida disidencia, sostuvo que “se advierte que la nueva normativa -al requerir el informe previo al dictado de la medida cautelar- desconoce un principio inherente, que hace a la naturaleza propia de la figura cautelar, cual es que deben ser decretadas “inaudita parte”, porque su función es garantizar la efectividad del derecho y resultaría un contrasentido que el procedimiento para disponerlas pudiera constituir la fuente de información que imposibilitaría justamente el objeto a que se tiende. Ello es así, porque una de las finalidades del instituto cautelar es que no exigen el contradictorio previo a su resolución, porque de otra manera se correría el riesgo de que importaran sólo una ficción. El contradictorio se posterga para el momento en que la parte que las padece solicita su cesación. Por lo tanto, considero que el informe previo a que hace referencia el artículo 4° citado, aparte de desnaturalizar el instituto de la medida cautelar, coloca al Estado Nacional en una situación de ventaja frente a los particulares, al permitirle tomar conocimiento anticipado de los fundamentos de la contraparte; y ello lesiona el principio de igualdad y debido proceso legal, consagrados

⁹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, “*American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo*”, 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014.

⁹² In re “SERA JUSTICIA –Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26.855 s/ Proceso de Conocimiento”, de fecha 4/06/2013.

⁹³ Véase la causa “Spinelli Ana María c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad”.

⁹⁴ Juzgado Federal de San Nicolás N° 1, in re “Colegio de Abogados de San Nicolás y otro c/PEN s/Acción meramente declarativa”, de fecha 31/05/2013.

⁹⁵ Ver “Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”, de fecha 5/06/2013; “Rizzo Jorge Gabriel y otro c/EN – PEN- Ley 26.855”, de fecha 6/06/2013; y “Cabral, Luis María c/ EN-Consejo de la Magistratura s/proceso de conocimiento”, Expte N° 33666 / 2015, resolución de fecha 1/07/2015.

⁹⁶ Cfr. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6, in re “Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento”, resolución de fecha 7/06/2013; “Pitte Fletcher Denis c/EN – PEN s/Amparo Ley 16.986”, de fecha 6/06/2013 y “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de Conocimiento”, de fecha 5/06/2013.

⁹⁷ Cfr. Juzgado Federal de La Plata N° 2, in re “Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa”, de fecha 11/06/2013.

⁹⁸ Cfr. Juzgado Federal de La Plata N° 4, in re “GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad”, de fecha 5/06/2013.

en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional”⁹⁹.

En rigor, de acreditarse los requisitos de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, el juez tiene elementos suficientes para dictar una medida cautelar. No debe olvidarse que se trata de una decisión esencialmente provisional, que no causa instancia y que puede ser revocada o modificada en cualquier etapa del proceso. En tal entendimiento, no se encuentra afectada la garantía de la defensa en juicio del Estado, pues éste puede defenderse ampliamente al pedir la reconsideración de la medida, apelarla, pedir su sustitución o modificación, o bien solicitar su levantamiento si tiene elementos nuevos que aportar que no han sido considerados por el juez o tribunal.

Sin embargo, la Ley 26.854 convierte a la medida cautelar en un proceso contradictorio, al establecer como trámite necesario para el otorgamiento de medidas cautelares el traslado del escrito inicial a la autoridad administrativa demandada por el término de cinco días.

No obstante que pueda advertirse que el título del artículo es “Informe” y que allí se indica que el juez procederá a requerir a la autoridad pública demandada que “produzca un informe” que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud, lo cierto es que se trata de un verdadero traslado, en la medida que se faculta al Estado a expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar solicitada y acompañar constancias documentales que considere pertinentes, conjuntamente con la presentación del informe. Asimismo, una práctica aún más controvertida, que no exige la ley, se presenta cuando los jueces, a partir del informe producido por el Estado, consideran que la Administración ya es parte del proceso cautelar, y en tal entendimiento, le corren traslado de toda otra pretensión que requiera el administrado, desvirtuándose de esta forma el proceso cautelar, que se bilateraliza en todos sus aspectos. Un ejemplo curioso de ello sucede cuando el juez deniega una medida cautelar, y el administrado en ejercicio de su derecho de defensa, apela la misma. El trámite debiera ser inaudita parte, aun habiendo el Estado presentado su informe. Sin embargo, son muchos los casos en que los jueces no saben cómo actuar frente a esta nueva ley, y exigen el traslado al Estado de dichas apelaciones, como de cualquier pedido o presentación que realiza el administrado dentro del proceso cautelar.

A partir del análisis realizado, resulta interesante concluir este tema reiterando a modo de ejemplo lo expresado por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata en cuanto a que “la tramitación inaudita parte y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCCN.). De otro modo los

⁹⁹ In re “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015, publicado en JA 2015-III. Por su parte, la Sala I de dicho fuero acepta la legitimidad del informe previo. Ver al respecto causas “Fernández Clarisa Lorena y otros c/ EN— M° Defensa—resol 59/96 178/13 s/ amparo ley 16.986”, del 10 de septiembre de 2013, “Rugby Equipment SA c/ EN-AFIP-SCI s/ proceso de conocimiento”, de fecha 7 de noviembre de 2013”, y “Banco de Valores SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/recurso directo de organismo externo”, de fecha 5 de diciembre de 2014.

medios de aseguramiento tornaríanse en ineficaces, en tanto avisado el afectado del propósito precautorio se encontraría en condiciones de frustrarlo”¹⁰⁰.

d) La vigencia temporal de las medidas cautelares

La ley 26.854 establece, bajo pena de nulidad, un plazo de vigencia a las medidas cautelares, incluso más exiguo de lo que uno podría haber previsto: tres meses en los procesos sumarísimos y en los amparos, y seis meses en los procesos ordinarios¹⁰¹, previéndose que al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable, siendo de especial consideración para la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida.

Asimismo, la norma prevé que “si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo”. Precisamente, este segundo párrafo del art. 8 de la ley indica que “cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa”. Va de suyo que, en cualquier caso, siempre la medida cautelar debe subsistir durante la tramitación de la vía administrativa, en la medida que hasta su conclusión, el administrado no tiene habilitada la instancia judicial.

Para comprender las implicancias que tiene fijarle un plazo a las cautelares, en esos términos tan exiguos, es importante reiterar que el instituto cautelar persigue una resolución temprana en el proceso que asegure, en forma provisoria, que el transcurso del tiempo del mismo no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz.

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable¹⁰². Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar se encuentra vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar

¹⁰⁰ Cam. Apel. Civ. Fed. La Plata, sala IV, *in re* “Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata”, JA 1993-II-128.

¹⁰¹ Art. 5 de la ley 26.854.

¹⁰² GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Control judicial de la Administración. Medidas cautelares”, en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.

los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Por ello, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los jueces pueden conceder medidas cautelares en toda clase de juicios, siempre que el derecho fuere verosímil y existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Sin embargo, esta ley atenta contra el instituto cautelar en sí mismo, en la medida en que postula la fijación de plazos de vigencia para el mantenimiento de las medidas cautelares contra el Estado, frustrando así su razón de ser, esto es, la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore.

La fijación de un plazo de seis meses de vigencia a las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento implica desconocer la finalidad del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional.

Como hemos sostenido en otras oportunidades¹⁰³, es impensado fijar en términos generales un “plazo razonable” para las medidas cautelares, que prescinda del peligro en la demora que motiva cada dictado. Es más, si en un caso concreto pudiera establecerse un plazo, la concesión realizada de dicha medida cautelar generaría dudas porque el peligro tendría que justificarse únicamente para cierto plazo de tiempo. ¿Y luego? O desaparece el peligro y la urgencia, lo que lleva a pensar si ciertamente existió o, lo que es peor aún, el ciudadano simplemente queda desprotegido y se frustra definitivamente su derecho¹⁰⁴.

No debe pasarse por alto que las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro a todo Estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces. Como antes hemos indicado, es importante resaltar que las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público¹⁰⁵.

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es, ¿hasta cuándo puede mantenerse vigente una medida cautelar? Si bien la respuesta la encontraremos en cada caso concreto, lo cierto es que puede establecerse un criterio general, que no podría ser otro que reconocer la vigencia de las medidas precautorias siempre que se mantengan las

¹⁰³ Ver CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, *La Ley*, 10/05/2011.

¹⁰⁴ Así lo hemos dicho también en CASSAGNE, Ezequiel, El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854, *La Ley*, Suplemento especial, Medidas cautelares y el Estado como parte. *Ley 26.854*, Mayo, 2013.

¹⁰⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, *LL*, 2001-B, 1090.

circunstancias que originaron su dictado, o sea, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, aún habiéndose modificado las causas.

Las medidas cautelares son accesorias, provisionales, inaudita parte y fungibles. Su carácter provisional permite que subsistan mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento puede disponerse su levantamiento. Es más, esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior, las medidas cautelares deberán garantizar el buen fin de ese proceso y, siempre que se mantenga el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, deberán regir hasta la sentencia firme. Su limitación temporal es, en estos casos, una restricción inconstitucional, violatoria de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, y pone en riesgo, incluso, el cumplimiento de la sentencia de fondo. Es que, “debido a que entre la iniciación del proceso (y aun antes del mismo) y el eventual otorgamiento de la pretensión perseguida transcurre un tiempo en el cual la misma puede resultar de dificultosa o imposible concreción, para evitar este efecto y sostener la posibilidad de realizar el objeto del proceso se han regulado las medidas cautelares”¹⁰⁶.

Kielmanovich explica que “las medidas cautelares se caracterizan, a su turno, por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad –verificándose su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias– o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron (rebus sic stantibus), pudiendo entonces así solicitarse su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración”¹⁰⁷. Este temperamento es receptado por el Código Procesal Civil y Comercial nacional, cuyo artículo 202 prescribe que “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron”.

Resulta interesante observar que en el Mensaje de Elevación N° 377 del proyecto de la ley 26.854 se sostuvo, de manera incorrecta, que el deber de los jueces o tribunales de establecer un plazo de duración a las medidas cautelares se funda en el carácter provisional que tienen las medidas cautelares. Por el contrario, el carácter provisional de las medidas cautelares da lugar a que puedan ser modificadas, sustituidas o levantadas si cambian las circunstancias de hecho que la justificaron o, desde otro ángulo, que deban mantenerse (hasta que se dicte la sentencia definitiva) en la medida en que no se alteren las circunstancias que la justificaron (cláusula rebus sic stantibus)¹⁰⁸.

¹⁰⁶ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. IV: Sistemas cautelares (Medidas cautelares. Tutela anticipada), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág.86.

¹⁰⁷ KIELMANOVICH, Jorge L. *Medidas Cautelares*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 43.

¹⁰⁸ Ver el pasaje citado de KIELMANOVICH y el artículo 202 del CPCCN. En el mismo sentido CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la administración”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007) al referirnos al carácter provisional afirmamos que “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en sus momento para su dictado”.

Los jueces que no declaren inconstitucional la vigencia temporal impuesta por la ley 16.854, tendrán que fijar un plazo máximo de seis meses para cada medida. Si bien la norma permite la prórroga, a petición de parte y previa valoración del juez, por otros seis meses más, nada dice si esa prórroga debe ser dada por única vez, o si cada seis meses el administrado podrá requerir su extensión. La única interpretación posible, al menos coherente con las garantías constitucionales, es que la prórroga podrá requerirse consecutivamente cada seis meses, de lo contrario estaríamos ante la prohibición absoluta de la tutela cautelar por el mero transcurso del tiempo.

Y así ha sucedido en todos los casos desde la sanción de la ley, que ya lleva más de dos años de vigencia. En muchos de estos casos los pedidos de prórroga han tenido que hacerse en cuatro oportunidades, lo que genera un dispendio jurisdiccional enorme, y una gran distracción de los recursos del Estado. Piénsese que al momento de requerirse una nueva prórroga, el expediente quizás pueda no encontrarse en el juzgado de primera instancia, ante quien debe efectuarse el pedido. El administrado en estos casos debe velar por una rápida remisión del expediente, lo que conlleva numerosos trámites y exigencias. El expediente puede encontrarse en la Corte Suprema, o en la Procuración General de la Nación, lo que dificulta aún más su búsqueda y remisión.

Ahora bien, como hemos indicado al referirnos al contexto de la ley 26.854, algunos jueces de la Corte Suprema venían propiciando la idea del plazo de duración razonable de las medidas cautelares. Y la respuesta del Poder Ejecutivo, convalidada por el Congreso, fue la de fijar el término máximo de seis meses. Si bien nuestra opinión se orienta a rechazar de plano la fijación de un plazo genérico de duración de estas medidas, cabe preguntarnos si el plazo de seis meses resulta ser razonable.

Para Linares Quintana, “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”¹⁰⁹. Por su parte, Bidart Campos advierte que “no cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar al razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad”¹¹⁰.

Sagüés distingue tres exámenes de control razonabilidad que pueden realizarse a las normas y a los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una

¹⁰⁹ LINARES QUINTANA, SEGUNDO, V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 559, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

¹¹⁰ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, p. 200/201, Buenos Aires, 1972.

apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta valorar su sentido de justicia¹¹¹.

Pues bien, resulta bastante claro que esta nueva norma ha reprobado el primero de los tests. Ya hemos aludido a la inconstitucionalidad de la misma, en particular a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante a esta altura destacar un tema no menor respecto a la fijación de plazos a las medidas cautelares. Se ha dicho que no puede resultar inconveniente alguno, ni afectación a la tutela judicial efectiva, el hecho de fijarles plazo a las medidas cautelares pues dicho plazo puede ser prorrogado las veces que sea necesario a lo largo del proceso judicial. Esta opinión, que parece en principio atendible, carece sin embargo de un debido análisis de los procesos contra el Estado, sus pretensiones, y los derechos en juego. Se trata, en rigor, de una afirmación genérica que no evalúa todas las implicancias que rodean las protecciones cautelares, en la medida que en numerosos casos el otorgamiento de medidas cautelares sujetas a plazos frustraría el derecho que pretende protegerse. Ciertamente, no todos los derechos son iguales. Y ciertamente no todos los hechos resultan similares.

Para entender la afectación a la tutela judicial efectiva que se daría en innumerables casos, acudiremos a ciertos ejemplos. Es indudable que la mayoría de los negocios actuales son complejos, y requieren de inversión y financiación para su mantenimiento, y para su crecimiento. Cualquier negocio en marcha, cualquier fondo de comercio o empresa, requiere asistencia financiera u económica constante. También requiere credibilidad, confianza y estabilidad. En tal escenario, imaginemos cualquier conducta estatal que ostente arbitrariedad manifiesta y que afecte de manera significativa ese negocio o empresa. Desde la clausura de un negocio, la caducidad de una licencia, la restricción de la libertad de comercio, la aplicación de una multa desproporcionada, la prohibición de celebrar determinados actos jurídicos, confiscación de bienes, etc. En estos casos, aunque fueran extremadamente y ostensiblemente arbitrarios, el afectado sólo podrá obtener en la justicia una medida cautelar por un plazo máximo de seis meses, eso sí, prorrogables por otros seis meses más a criterio del juez, y así sucesivamente. En este marco de protección cautelar por etapas, el afectado no podrá desarrollar sus negocios con normalidad, pues tendrá siempre una Espada de Damocles que cada seis meses comenzará a agitarse sobre su empresa o negocio. Es evidente que ello no pasará inadvertido entre sus clientes, proveedores, financistas, accionistas y todo aquel que tenga interés en esa empresa o negocio, siendo que el afectado tendrá que explicarles a todos ellos que su supervivencia o buena marcha del negocio está garantizada únicamente por el plazo de seis meses, y luego se verá.

No es difícil imaginar que un negocio que se encuentra al acecho de una conducta estatal arbitraria, y que sólo obtenga una protección judicial por el plazo, en principio, de seis meses, carece de la estabilidad necesaria, y de seguridad jurídica, que le permita desarrollar con normalidad su actividad. Una empresa o negocio en tal situación directamente se encontrará fuera del mercado. No podrá obtener préstamos, ni efectuar

¹¹¹ SAGÜÉS, Néstor, P., *Elementos de Derecho Constitucional*, ps. 700/701, 2ed, Astrea, Buenos Aires, 1997.

negocios a mediano ni a largo plazo, pues tendrá una evaluación de riesgo negativa por parte del mercado que sea, al que no podrá –ni debe- ocultar su situación. Y menos aún aquellas empresas que prestan servicios en los que predomina la confianza de sus clientes en la solidez de las mismas, como por ejemplo entidades financieras o empresas aseguradoras, quienes directamente no encontrarán protección posible con el dictado de cautelares con plazos de seis meses.

Estas reflexiones, que parten de la observación de la realidad normada, no implican en modo alguno desconocer el carácter provisorio de las medidas cautelares. Sin embargo, tampoco puede soslayarse el hecho de que no es lo mismo obtener una medida cautelar hasta la sentencia firme en un proceso judicial, que obtenerla por el plazo de seis meses. Basta imaginar la calificación de un pedido crediticio, o la calificación que deba realizarse de cualquier negocio propuesto por una empresa cuya actividad, por ejemplo, esté protegida durante todo un proceso judicial, o sólo esté protegida por plazos determinados. La garantía de la protección cautelar hasta la sentencia definitiva permite a cualquier persona analizar si los presupuestos que habilitaron su procedencia fueron contundentes, de manera tal de proyectarlos hasta el fin del proceso, con la relatividad propia de todo proceso jurisdiccional. En los supuestos de medidas cautelares por plazos ciertos, el problema radica en la inestabilidad que dicha situación genera, pues habilita al análisis continuo y permanente de la medida cautelar, que en muchos casos no se ve exenta del riesgo derivado de cambios de magistrados, presiones sectoriales o gubernamentales.

Ahora bien, con relación al análisis de razonabilidad técnica, es dable precisar que la lentitud del proceso judicial no debe beneficiar a ninguna de las partes. Ni a aquél que obtiene una medida cautelar, ni a aquél que se ve perjudicado por su dictado. En todo caso, existe un código de rito que establece plazos de caducidad para garantizar la conducta procesal de las partes, y cada parte se encuentra en condiciones, frente a la inercia de la otra, de impulsar el proceso. Al propio tiempo, los jueces podrán en cada caso concreto analizar el comportamiento procesal de las partes, e incluso pueden condenar a pagar daños y perjuicios si el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtener una medida cautelar.

En rigor, es un error que el Estado centre su preocupación en el plazo de vigencia de las medidas cautelares. Por el contrario, el problema resulta ser el tiempo que depara cada proceso. Y en nuestro país, muchas causas suelen durar más de diez años, sobre todo si se genera una etapa probatoria importante. Los esfuerzos debieron orientarse a acortar los plazos de los procesos, mediante la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, y así generar una mayor eficiencia. En cambio, a partir de esta nueva ley se pretende impedir y obstaculizar el funcionamiento de las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva. Ni siquiera se advierte que, en muchos casos, ni las medidas precautorias alcanzan a proteger el derecho de las partes frente a la eternidad de los procesos. Por otra parte, si sólo se hubiera tratado de proteger a la parte perjudicada por una medida cautelar, en su momento propusimos una alternativa interesante, que implicaba la modificación del código procesal por ley formal, y que consistía en establecer un plazo reducido de caducidad del proceso de fondo para aquella parte que hubiera obtenido una

medida precautoria. Por ejemplo, reducir para estos casos la caducidad del proceso ordinario de seis meses a tres¹¹².

Es evidente, a nuestro criterio, la irrazonabilidad técnica de la ley 26.854, así como también su irrazonabilidad axiológica. Veamos cómo operaría en los casos concretos, para realmente comprender su sentido de justicia. No debe olvidarse que es también tarea del jurista, del legislador, del magistrado y del funcionario, comprobar los efectos de los sistemas que rigen las relaciones jurídicas. En tal sentido, ya hicimos referencia a la prolongación desconsiderada de los procesos judiciales, durante los cuales es necesario, en algunos casos, contar con una tutela anticipada para evitar la frustración, durante ese transcurso de tiempo, del derecho que se reclama. Ahora bien, es oportuno destacar que en los procesos contra el Estado, el Congreso dispuso una exigencia innecesaria, oculta en una ley de emergencia económica, que establece que en todos esos juicios se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia. Dicha normativa también estipula que la Procuración tendrá en esos casos un plazo de veinte días a partir de la notificación para tomar la intervención que ella considere pertinente, vencido el cual se reanudarán los términos procesales¹¹³. La misma ley prevé que recién a partir del vencimiento de dicho término, se procederá a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal¹¹⁴.

En este escenario, el particular que obtiene una medida cautelar por el término máximo que esta nueva ley autoriza –esto es, seis meses-, y luego inicia el proceso ordinario dentro de los diez días hábiles judiciales que le permite el ordenamiento, se enfrenta a todo un procedimiento engorroso que dura en los hechos aproximadamente dos meses –ciertamente, la Procuración del Tesoro de la Nación nunca se expide sobre los juicios, y deja correr el plazo de 20 días- para estar recién en condiciones de correrle traslado de la demanda al Estado Nacional. Vale decir, al plazo de seis meses uno debería restarle aproximadamente dos meses, en el cual el impulso del expediente se entretiene en cuestiones que no permiten su eficaz avance. A ello hay que agregarle luego el plazo excepcional que el Estado cuenta a los fines de contestar demanda, que es de sesenta días hábiles judiciales, en contraposición con el plazo que tiene cualquier particular, que es de quince días¹¹⁵.

En tal entendimiento, la nueva ley que regula las cautelares exigirá, incluso en casos de probada celeridad, la petición de prórrogas del plazo de vigencia de las medidas cautelares aún antes de las respectivas contestaciones de demanda por parte del Estado Nacional. Por cierto, una exigencia a todas luces irrazonable, que demuestra una ignorancia absoluta de los procesos contra el Estado o, lo que es peor, un desprecio al administrado.

¹¹² Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, La Ley, 10/05/2011.

¹¹³ Arts. 6 y 8 de la ley 25.344.

¹¹⁴ Art. 8 de la ley 25.344.

¹¹⁵ Ver art. 338 del CPCCN.

Tampoco se nos escapa el hecho de que el Estado -al igual que lo que ocurre a raíz de la obligada bilateralización de las medida cautelares-, dispondrá todos sus esfuerzos para evitar, en este caso, la prórroga de las mismas, desde su posición privilegiada de poder.

Otra cuestión no menos curiosa de la aplicación del plazo de seis o tres meses a las medidas cautelares en los procesos contra el Estado resulta ser el hecho de que en la mayoría de los casos los recursos de apelación que debe interponer el Estado, u otros planteos que deba resolver un tribunal superior (las Cámaras por ejemplo), devienen abstractos dado que difícilmente son resueltos antes de los seis meses o tres meses, según fuera el caso. Y al tiempo que no son resueltos en ese escueto periodo, el particular se ve obligado a realizar el pedido de prórroga de la medida cautelar ante el tribunal que dictó la medida, explicando la subsistencia del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, que podrá en ambos casos siempre reforzar si tiene elementos o hechos nuevos para acreditar. También podrá, si así lo considera pertinente, explicar la conducta procesal que ha tenido en ese período. Ahora bien, todo ello generará una nueva decisión judicial sobre la vigencia de la medida cautelar que, al producirse, tornará abstractos los planteos aún sin resolver efectuados por el Estado contra la primera decisión cautelar, que no estaría ya rigiendo dada su vigencia acotada al plazo exigido por ley. Y así sucesivamente, lo que demuestra la absoluta irrazonabilidad práctica de la disposición normativa referida.

Este plazo de seis meses es incluso irrazonable a la luz de lo dispuesto por la Corte Suprema en la causa Clarín antes aludida. En dicha causa, el 22 de mayo de 2012 la Corte confirmó el plazo de treinta y seis meses de vigencia de dicha cautelar establecido por la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, ponderando que “no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza debatida”¹¹⁶.

En ese mismo pronunciamiento, en el que se fija un plazo de tres años de vigencia para una medida cautelar en particular, el Alto Tribunal ordenó que dicho plazo contara desde el dictado de la medida cautelar, pues a su criterio la actora -Grupo Clarín- había demorado casi un año la notificación de la demanda, lo cual a juicio de la Corte, “resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito”.

Si bien, como hemos dicho, no compartimos el criterio de fijar un plazo razonable que no coincida con la finalización del proceso de fondo, es interesante observar que la Corte fijó, en un caso donde estimó que la conducta procesal de la actora no había sido del todo proactiva, un plazo seis veces superior al plazo máximo que por medio de la nueva ley de cautelares pretende imponérsele arbitrariamente a los jueces.

Asimismo, en la causa “Clarín”, la Corte ha analizado -para bien o para mal- el caso concreto y luego ha establecido el plazo de duración de dicha medida cautelar, ponderando la naturaleza de la materia debatida, el tipo de proceso y la prueba ofrecida. La ley 26.854, por el contrario, fija un plazo general que prescinde de las circunstancias concretas de cada caso en particular. De ahí deriva, también, su irrazonabilidad.

¹¹⁶ Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, de fecha 22/05/2012.

Ahora bien, como era evidente, en la causa “Clarín”, la Cámara Civil y Comercial Federal de la Nación tuvo que expedirse nuevamente sobre el plazo de vigencia de dicha medida cautelar, dado que la parte actora, al vencimiento del plazo fijado por la Corte – el ya famoso “7D”, término que refiere al siete de diciembre de 2012, fecha en el que se cumplían los tres años de vigencia de la medida cautelar- requirió se prorrogue la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en la causa de fondo. En dicha oportunidad, el Tribunal, luego de analizar la conducta procesal de la parte actora y el avance del juicio, admitió, de manera acertada, el requerimiento formulado y por ende prorrogar la medida cautelar hasta la sentencia definitiva, “a fin de no alterar significativamente las circunstancias y asegurar la utilidad, oportunidad y eficacia del fallo que habrá de recaer en los autos principales”¹¹⁷.

Finalmente, la Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento jurisdiccional. Para así decidir, el Alto Tribunal entendió que la decisión de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de una sentencia de fondo es fruto de una solución posible, siendo además un dato relevante “el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso”¹¹⁸.

Esta ha sido, a nuestro criterio, una solución que si bien ha servido a la Corte para salir del *dilemma* que el mismo tribunal había creado, contiene elementos distorsivos del instituto cautelar, en la medida que vincula la subsistencia y la eficacia de las medidas cautelares a una duración corta de los procesos, no siendo posible para el administrado en la mayoría de los casos evitar la prolongación de los mismos. Como hemos dicho, la medidas cautelares deben asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, y la lentitud del proceso judicial no puede, en modo alguno, perjudicar a la parte que reclama una tutela judicial efectiva. En rigor, la propia lentitud de la justicia es, en sí misma, una afectación grave de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁹.

No obstante el panorama desalentador que ha introducido la ley 26.854, lo cierto es que muchos tribunales han dejado de fijarles plazo a las medidas cautelares contra el Estado, como es el caso no menor de la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido, el Alto Tribunal ha decidido, luego de sancionada la ley de medidas cautelares, numerosos planteos donde ha convalidado la vigencia de las medidas cautelares hasta la sentencia definitiva firme que recaiga en el proceso judicial, para lo cual no ha fijado plazo alguno de vigencia¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr. CNACCF, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, de fecha 6/12/2012.

¹¹⁸ Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, de fecha 27/12/2012.

¹¹⁹ Cfr. CIDH, in re “Caso Furlan y familiares Vs. Argentina”, sentencia de fecha 31/08/2012.

¹²⁰ Ver al respecto sentencia de la CSJN dictada en la causa “Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA) y otros c/ EN –dto. 746/03- AFIP s/medida cautelar (autónoma)”, de fecha 28/10/2014. Véase también “Harriet y Donnely S.A. c/Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, de fecha 24/02/2015; “Petrobrás Argentina S.A. c/Neuquén, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ Incidente Medida Cautelar”, del 7/07/2015; y “Minera Tritón Argentina SA c/ Provincia de Santa Cruz s/medida cautelar, de fecha 30/06/2015. Si bien en estos últimos tres casos citados, las partes demandadas no eran

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma, en el caso “American Airlines”, donde sostuvo que “el artº 5 de la ley 26.854 al fijar un plazo de vigencia de seis meses de la medida cautelar –prorrogable por otros seis meses cuando fuese indispensable y no hubiere, en principio, una actitud dilatoria de la parte favorecida- es incongruente con el carácter instrumental del instituto precautorio, el cual tiene por objeto asegurar –sobre la base de un derecho verosímil- el cumplimiento de una eventual sentencia favorable. Las medidas cautelares son el instrumento para que una providencia jurisdiccional definitiva pueda llegar a tiempo, es decir, son la garantía de la garantía (Cfr. J. Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, 1956, t. IV, pág. 21, con cita de Carnelutti”¹²¹.

En este mismo precedente, el Tribunal sostuvo con que “la norma no es razonable pues el legislador ha establecido el término máximo de un año para la vigencia de la medida cautelar, con prescindencia de la duración objetiva del proceso principal, que puede variar por múltiples factores según la complejidad de cada caso, independientemente del mayor o menor impulso que pueda darle la beneficiaria de la medida, entre los cuales no se puede descartar la demora judicial. De ese modo, la norma sancionada por el Poder Legislativo es susceptible de limitar irremediamente la vigencia temporal de la protección cautelar otorgada ante un acto u omisión de las autoridades públicas, colocando al administrado ante el Estado Nacional en una situación de indefensión, pues se lo priva de la tutela judicial efectiva y oportuna que es garantía constitucional”¹²².

Sin perjuicio de compartir la declaración de inconstitucional efectuada, es dable aclarar que si bien la norma no tiene una redacción feliz, la prórroga de la medida cautelar puede otorgarse sucesivamente, y no por única vez. De lo contrario estaríamos ante una prohibición absoluta de obtener una protección cautelar luego de transcurrido un año del proceso, lo que es impensable.

Un caso interesante se ha dado en el marco del conflicto suscitado entre la empresa de aviación comercial Lan Argentina y el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) con relación al hangar que ocupa dicha empresa en el Aeroparque Jorge Newbery. En esta causa, la empresa obtuvo una medida cautelar de no innovar frente al acto administrativo que disponía la finalización del acuerdo de concesión del hangar. Se otorgó primero una tutela protectoria interina en agosto de 2013, luego se le otorgó una medida cautelar por el plazo de seis meses, que a su vez tuvo que ser prorrogada por otros seis meses en fecha 21 de marzo de 2014. Al vencimiento de ésta última, la jueza de primera instancia finalmente declaró la inconstitucionalidad del art. 5º inc. 1º y 3º de la Ley 26.854, y decidió extender la vigencia temporal de la medida cautelar hasta que se dicte sentencia en el proceso principal.

el Estado Nacional, y por ende no era aplicable la ley 26.854, lo cierto es que la Corte no les fijó plazo alguno a dichas medidas cautelares, que regirán hasta la sentencia definitiva.

¹²¹ CNACCF, Sala III, in re “*American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo*”, 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014).

¹²² Idem anterior.

Para así decidir, la juez sostuvo que “no parece congruente con el principio de idoneidad –expresamente reconocido en el Mensaje que el PEN elevara al Congreso respecto de la ley 26.854- establecer un plazo acotado de vigencia de las medidas, con independencia del proceso principal y su sentencia”¹²³.

No obstante ello, la Cámara, al resolver el recurso de apelación planteado por el organismo público, dispuso prorrogar por otros seis meses más la medida cautelar, revocando parcialmente la sentencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley 26.854, toda vez que la interpretación literal del artículo “conduce a sostener que la norma no prohíbe expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez. Siendo así, no se advierte que, en el particular supuesto de autos, el dispositivo legal resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, habida cuenta que, su aplicación no impide que, de mantenerse las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada, tal como ocurre en el caso, pueda prorrogarse su vigencia”¹²⁴.

De esta manera, la Cámara convalidó la ley 26.854 en tanto fija un plazo a las medidas cautelares, y la empresa deberá cada seis meses requerir una nueva medida cautelar, que por cierto será analizada por las tres instancias judiciales posibles, a lo largo de todo el proceso. En tal entendimiento, cuya posición no compartimos por las razones expuestas en este capítulo, si el proceso dura diez años, algo común en la actuales circunstancias que atraviesa nuestra administración de justicia, la actora tendrá que pedir más de 20 prórrogas consecutivas de medidas cautelares, lo que implicará un dispendio jurisdiccional innecesario que tornará aún más lenta la justicia, si se suma a todos los casos análogos que deberán pasar por la misma situación. Esto nos lleva a pensar si una de las consecuencias de la aplicación de esta normativa no es otra que lentificar la administración de justicia en el país.

Finalmente, es interesante traer a colación otros precedentes en los cuales se ha declarado la inconstitucionalidad del plazo mismo, donde se ha afirmado que “el establecimiento de un plazo (3 o 6 meses, según sea el proceso sumarísimo u ordinario) implica desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios procesales y constitucionales”¹²⁵, o que “sin perjuicio del reconocimiento de la facultad de la autoridad judicial de limitar razonablemente, y según las circunstancias del caso, la extensión de la vigencia de las medidas preventivas, la nueva norma que se intenta aplicar selectivamente a las medidas cautelares contra el Estado Nacional tampoco guarda armonía con la naturaleza evidentemente provisional que tienen esas medidas, lo que permite su levantamiento en cualquier instancia del proceso (artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”¹²⁶.

¹²³ Véase Juzgado de Primera Instancia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, in re “LAN ARGENTINA SA C/ORSNA S/INC. DE MEDIDA CAUTELAR”, de fecha 18 de septiembre de 2014.

¹²⁴ CNACAF, Sala II, in re “Lan Argentina sa c/Orsna s/inc. de medida cautelar”, de fecha 16 de diciembre de 2014.

¹²⁵ Cfr. Juzgado Federal de La Plata N° 4, in re “GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad”, de fecha 5/06/2013.

¹²⁶ Cfr. Juzgado Federal de La Plata N° 2, in re “Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa”, de fecha 11/06/2013. Por otra parte, en la causa, de

Por lo expuesto en este capítulo, consideramos que resulta irrazonable e inconstitucional fijarle un plazo genérico a las medidas cautelares, con total deprecio y prescindencia de las circunstancias de cada caso concreto¹²⁷.

e) La no afectación del interés público

La ley de medidas cautelares establece, para la gran mayoría de las medidas allí indicadas, la exigencia de que éstas no afecten el interés público¹²⁸.

Ya hemos explicado que no se nos escapa que los jueces antes de esta ley debían valorar el interés público al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, en la medida que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia¹²⁹. Lo que sí resulta objetable es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos, como suele hacer el Estado, meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de eludir el control judicial suficiente en el caso concreto¹³⁰.

Ahora bien, ¿cuál sería ese interés público en un caso determinado? Ciertamente, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o

la CNCCAF, Sala V, “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015, el voto disidente del Dr. Gallegos Fedriani ha sido contundente en cuanto afirma que “La determinación de un plazo de vigencia de las medidas cautelares otorgadas, implica a mi criterio desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios constitucionales antes citados. En efecto, es sabido que una de las características principales de las medidas cautelares es que son provisionales y que, por tal razón, las mismas en caso de ser ordenadas tienen eficacia hasta la finalización del pleito y/o hasta que sean modificadas o levantadas por modificación o cesación de las circunstancias que le dieron origen. Por supuesto que dentro de ese marco de análisis deberá evaluarse la conducta de las partes, a los fines de entorpecer o dilatar el pronunciamiento de fondo, pero, en todo caso, ello encuadraría en un supuesto de mala fe procesal, y ante lo cual el juez cuenta con herramientas para evitarlo y/o sancionarlo. Fijarles un plazo de vigencia implicaría un contrasentido, pues sería tanto como suponer que luego de vencido ese plazo -aunque la causa se encuentre en pleno trámite- los hechos que la motivaron habrían perdido virtualidad y ya no incidirían en el resultado del pleito. Todo ello, en mi opinión constituiría una incongruencia con la naturaleza del instituto cautelar, y privaría a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces”.

¹²⁷ Coinciden POZO GOWLAND y ZUBIAURRE, quienes sostienen que “no parece razonable el establecimiento con carácter general de un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares, por dos motivos: (i) por cuanto el plazo máximo en ningún caso debería ser preestablecido ni generalizado, sino que debe definirse en función de las circunstancias concretas de cada caso, y (ii) por cuanto el plazo de 6 meses (o de un año como máximo) resulta sumamente exiguo”, en “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 110.

¹²⁸ Arts. 13, 14 y 15 de la ley 26.854.

¹²⁹ Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T° I, 10° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2011, p. 21 y 748/9.

¹³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ afirma que “a la hora de decidir sobre la medida cautelar –de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia- ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 2048.

reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, debe ponderarse si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla.

Asimismo, son sumamente interesantes las reflexiones que realiza Sacristán en oportunidad de analizar el concepto de interés público contenido en la ley de medidas cautelares. En efecto, la autora sostiene, en una posición que compartimos, que “si la noción de interés público es muy amplia, la ley 26.854 devendría inconstitucional porque ninguna medida cautelar se podría dictar contra una acción u omisión estatal. Recordemos que se exige que, al otorgarse la medida, haya no afectación del interés público. Si todo lo estatal es interés público, las solicitudes de medidas cautelares perderían razón de ser: devendrían improponibles”¹³¹.

En definitiva, los jueces deberán ponderar la situación concreta que se les presenta, y decidir si el interés público invocado por el Estado es mayor al interés público de proteger un derecho vulnerado que se encuentra en grave peligro de desnaturalizarse, a raíz de una conducta estatal presumiblemente ilegítima que generará además, de no evitarse, mayores daños y perjuicios¹³².

f) Los efectos suspensivos de la apelación de la suspensión de leyes, decretos delegados, o de necesidad y urgencia

La ley 26.854 establece que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de sectores vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental¹³³.

Como se adelanta en el capítulo mismo de este apartado, la norma impone efectos suspensivos a las cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados. Esta aclaración no es menor, pues una interpretación errada podría conducir a malinterpretar la norma y aplicarla también a todo acto de alcance general, como ser los reglamentos de ejecución o los autónomos¹³⁴. Sin embargo, basta leer la literalidad de la misma para advertir que su aplicación se limita a disposiciones legales, o sea, a leyes, y a reglamentos con igual rango, esto es, a reglamentos con rango de ley. Y en este punto vale la pena aclarar que los reglamentos con rango de ley en nuestro ordenamiento son dos, a saber: los decretos de necesidad y urgencia, y los decretos delegados.

¹³¹ SACRISTAN, Estela, “El Concepto de interés público en la ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, ps. 151/152

¹³² En igual sentido, ver VERBIC, Francisco, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, p. 163.

¹³³ Art. 13, apartado 3, de la ley 26.854.

¹³⁴ En sentido similar véase “Asociación de Editores de Diarios de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN-PEN s/proceso de conocimiento”, pronunciamiento de fecha de 19 de agosto de 2015 dictado por el Jgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. N° 2.

En tal entendimiento, los decretos de necesidad y urgencia se encuentran reconocidos en el art. 99, inciso 3, de nuestra Constitución nacional, donde se establece con total claridad que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministro”¹³⁵.

Al propio tiempo, los decretos delegados han sido reconocidos en el artículo 76 de nuestra Carta Magna, que dispone que “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La Corte Suprema ha reconocido que las disposiciones de carácter legislativo que puede, de manera excepcional, dictar el Poder Ejecutivo son los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados. En efecto, en la causa “Colegio de Abogados”, el Alto Tribunal señaló que “con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir “disposiciones de carácter legislativo”, sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan “decretos de necesidad y urgencia” o “decretos que ejercen facultades delegadas” (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente)”¹³⁶.

No obstante lo expuesto sobre el alcance del apartado tercero del artículo 13 de la ley 26.854, lo cierto es que esta norma al disponer que la apelación contra la medida que disponga la suspensión de los efectos de una ley (o reglamento con rango de ley) sea concedida con efecto suspensivo, torna ilusoria toda posibilidad de tutela urgente, lo cual conspira contra el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva, dañándose de forma irreversible en muchos casos el derecho de defensa de los administrados.

¿Qué utilidad puede tener una medida cautelar cuya vigencia será suspendida a raíz de la mera interposición de un recurso de apelación? Ninguna. De esta forma, se impide la tutela inmediata de los derechos, lo que dará lugar a la frustración de los mismos en los

¹³⁵ Esta norma también exige que “El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

¹³⁶ CSJN Fallos 331:2406.

casos en que el peligro acreditado no permita la dilación que genera el trámite ante segunda instancia. Una disposición de esta naturaleza es claramente inconstitucional, pues atenta contra el principio de la tutela jurisdiccional efectiva.

Como hemos explicado antes, una regulación análoga a la citada, como es el artículo 15 de la Ley 16.986, ha sido declarada inconstitucional en numerosos precedentes, y ha sido motivo de fuerte crítica por parte de la doctrina especializada.

En cuanto al art. 13 de la ley 26.854, el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 ha indicado que “el art.13, inc.3, párrafo segundo, de la ley 26.854, al otorgar efecto suspensivo al recurso de apelación interpuesto contra la resolución que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, es inconstitucional porque perturba y hasta neutraliza la función del juez como órgano de control de constitucionalidad, protector de los derechos de los ciudadanos ante eventuales arbitrariedades del poder, con clara agresión a los principios fundamentales de separación y/o distribución de poderes”¹³⁷.

En igual sentido, la doctrina sostiene que el art. 13.3 de la ley 26.854 es inconstitucional, afectando numerosos derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional, pues al establecer “que la apelación por parte del Estado de una medida cautelar que suspenda los efectos de un acto estatal tendrá efectos suspensivos (...) a pesar de que se detectó la existencia de un gravamen irreparable por parte de Estado, el mismo se sigue produciendo hasta tanto sea resuelto por la respectiva Cámara de Apelación. La misma estructura procesal que utilizó con el decreto-ley 16.986, cuando para aniquilar el radio de protección de la acción de amparo contra actos de autoridad estatal creada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Siri”, estableció en el art. 15 el efecto suspensivo de las apelaciones”¹³⁸.

g) La exigencia de una contracautela material

El art. 10 de la ley de medida cautelares dispone que las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar, no siendo admisible la caución juratoria¹³⁹.

Al respecto, es importante comprender que en la teoría y práctica cautelar, la caución juratoria está pensada para los casos en los cuales la verosimilitud del derecho se encuentra altamente acreditada, en la medida que cuando más verosímil se presenta –y es- el derecho invocado, menor es la posibilidad de causar un daño irreparable.

¹³⁷ Véase Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 10. “Será Justicia – Inc Med- c. EN –PEN- LEY 26855 s/proceso de conocimiento”, 04/06/2013, La Ley Online.

¹³⁸ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en lo que el Estado es parte”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 72.

¹³⁹ Art. 10 de la ley 26.854. Salvo para los supuestos contemplados en el art. 2º, inc. 2 de la ley, esto es, cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

Por otra parte, la modalidad exigida en cada proceso para satisfacer la contracautela exigida a raíz del otorgamiento de una medida cautelar ha sido siempre una facultad propia de los jueces, que deben ponderar los hechos y el derecho presentados. Pretender erradicar de forma genérica la alternativa de satisfacer la contracautela mediante una caución juratoria es a todas luces irrazonable e inconstitucional, y así ha sido decidido en numerosos precedentes¹⁴⁰.

Al respecto, vale la pena traer a colación la afirmación efectuada por el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, quien ha señalado que la norma es inconstitucional en tanto no permite al Juez disponer la caución juratoria a pesar de que en el caso se configuren las razones para imponerla (fuerte verosimilitud del derecho invocado e inexistencia de daño patrimonial resultante de la medida precautoria solicitada)¹⁴¹. En rigor, el tribunal llegó a la siguiente conclusión, que compartimos: "...la lineal aplicación del precepto objetado implicaría aquí violar la forma republicana de gobierno y el principio de separación de poderes (arts. 1 y 29 CN); con directa intromisión en las atribuciones jurisdiccionales, que para 'conocer y decidir' (la CN no dice sólo 'conocer', agrega 'decidir') consagra el art. 116 de la CN (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V, XVIII, XXIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 12) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 24 y 25); doc. CSJ 'Fallos' 53:431; doc. Sala II 'Proda Juan Carlos' del 4/4/02; Sala IV 'Samit' incte Med Caut del 27/8/09; Sala V "Frigorífico Morrone" 19/9/01; entre muchos otros; doc. Juzgado 10 in re 'Ravasi M.N. s/ medida cautelar (Aut)' del 12/10/01".

Otro análisis que compartimos es el que expuso el Dr. Gallegos Fedriani en un voto disidente en la causa "Cambio García Ramaglio c. Banco Central de la República Argentina", donde tuvo oportunidad de destacar que "la contracautela es una garantía establecida a favor del afectado por la medida y para cuya procedencia es necesario analizar los hechos traídos a conocimiento del juzgador, pues se refiere a una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el juez en cada caso en particular. También, se ha dicho que la contracautela se funda en el principio de igualdad y reemplaza en cierta medida a la bilateralidad y controversia (cf. Morello G.L.Sosa R Belizonce, Cod. Proces. Civil y Comerc. Coment., Tomo II.C, pág. 495). En tales condiciones, la previsión legal contenida en el artículo 10 de la Ley N° 26.854, avanza sobre las

¹⁴⁰ Ver Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 in re "Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento", de fecha 5/06/2013, y "Rizzo Jorge Gabriel y otro c/EN – PEN- Ley 26.855", de fecha 6/06/2013; Juzgado Federal de San Nicolás N° 1, in re "Colegio de Abogados de San Nicolás y otro c/PEN s/Acción meramente declarativa", de fecha 31/05/2013; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, in re "SERA JUSTICIA –Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26.855 s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 4/06/2013; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6, in re "Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento", resolución de fecha 7/06/2013, "Pitte Fletcher Denis c/EN –PEN s/Amparo Ley 16.986", de fecha 6/06/2013 y "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 5/06/2013; Juzgado Federal de La Plata N° 4, in re "GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad", de fecha 5/06/2013; y Juzgado Federal de La Plata N° 2, in re "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa", de fecha 11/06/2013.

¹⁴¹Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, in re "LAN Argentina SA c/ ORSNA s/ medida cautelar (autónoma)", causa 36337/13, sentencia del 27/9/13.

facultades propias del juez, a quién le corresponde estimar el tipo de contracautela adecuada para el caso concreto, colocando, a su vez, a las partes en estado de desigualdad en favor del Estado Nacional, ya que lo posiciona en una situación de mayor privilegio en contra de los particulares. Por lo tanto, considero que el artículo 10 de la Ley N° 26.854, en cuanto limita de modo irrazonable los casos de procedencia de la caución juratoria, afectando el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso legal, ambos derechos con jerarquía constitucional (artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional), en supuestos en que no se trata de una cuestión patrimonial, corresponde que sea declarado inconstitucional”¹⁴².

h) No coincidencia entre el objeto cautelar y el principal

Esta cuestión es analizada en el capítulo 1.6.4 de este trabajo. No obstante ello, es importante reiterar que siendo un polémico requisito que había sido introducido por la jurisprudencia, lo cierto es que la ley 26.854 lo incorporó positivamente en el caso de las medidas cautelares contra el Estado. En efecto, el art. 3º, inc. 4º de la ley establece que “las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”.

Al respecto, ya hemos dicho que difícilmente una medida cautelar coincida con el objeto de una demanda, toda vez que las medidas precautorias son pretensiones provisorias y las pretensiones de fondo son, en cambio, definitivas. Esta distinción de por sí elimina la coincidencia que prohíbe la ley. No obstante ello, es interesante destacar un precedente, en el que se declaró la inconstitucionalidad de este precepto de la ley, sosteniéndose que esta norma “ha pretendido transformar un principio procesal en un valladar de derecho sustantivo, que veda al juez la posibilidad de analizar si en el caso concreto la aplicación dogmática de aquél supone desprotección del justiciable que ha concurrido ante los estrados de su Tribunal, precisamente, en busca de esa protección ... la aplicación lisa y llana del mencionado principio, sin contemplar excepción alguna, implica también una limitación al juzgador que, en muchos casos –como en el supuesto bajo estudio- podría desembocar en el dictado de una medida cautelar inidónea para garantizar de modo suficiente el eventual dictado de una sentencia favorable, con evidente afectación de la tutela judicial efectiva”¹⁴³.

En los casos en que la medida cautelar coincidiera con el objeto del proceso, estaríamos en realidad ante una medida auto satisfactiva, que como hemos indicado, no pueden ser consideradas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno. Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. Gozaíni, que entiende que el art. 3º, inc. 4º de la ley 26.854 apunta a prohibir en realidad a las medidas autosatisfactivas, sostiene que “estas medidas de inmediata satisfacción que suelen dictarse inaudita parte, conculcan la contradicción y bilateralidad propia de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio; pero no son inconstitucionales ni pueden ser injustas cuando en el

¹⁴² In re “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina” s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015, publicado en JA 2015-III.

¹⁴³ Cfr. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, in re “Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”, de fecha 5/06/2013. Ver también sentencia de fecha 7/06/2013, del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6, in re “Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento”.

marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, y resuelve dando soluciones prácticas y efectivas”¹⁴⁴.

B) *La suspensión de los efectos de un acto estatal*

a) La clásica medida de suspensión de efectos del acto administrativo

La clásica medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo constituyó el primer avance del derecho procesal administrativo en esta materia, la que luego se terminó extendiendo también a los reglamentos. Es la tutela cautelar típica del contencioso administrativo.

Entre las prerrogativas de la Administración, que emanan de su régimen exorbitante, se encuentra la ejecutoriedad de sus actos, en virtud del cual ésta puede ejecutar directamente sus actos administrativos sin necesidad de recurrir a la vía judicial¹⁴⁵, utilizando la coacción en forma excepcional y conforme los límites del ordenamiento jurídico¹⁴⁶. Sin perjuicio de ello, el administrado puede solicitar en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto¹⁴⁷, aunque la impugnación administrativa de los actos y su pedido de suspensión, si fueren efectuados, carecen de efectos suspensivos, salvo que una norma establezca lo contrario. Será la Administración quien decida su procedencia, o sea, si decide ejecutar o no ese acto, valorando el interés público que persigue.

Como bien señalaba MUÑOZ, la suspensión judicial de los actos administrativos estaba contemplada desde principio de siglo en la Provincia de Buenos Aires, en el primer Código de lo Contencioso Administrativo, denominado Código Varela¹⁴⁸. En el orden federal, en cambio, la jurisprudencia tuvo que recurrir, por la técnica de la analogía, a la medida de no innovar contemplada en el CPCCN¹⁴⁹, que establece que: “Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”¹⁵⁰.

¹⁴⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, *La Ley*, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 78.

¹⁴⁵ Cfr. DIEZ, Manuel, M., *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 319.

¹⁴⁶ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, p. 21 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. Art. 12 de la Ley 19.549.

¹⁴⁸ MUÑOZ, Guillermo A. – GRECCO, Carlos M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 621.

¹⁴⁹ Cfr. CNACAF, Sala II, “Tebas SA”, de fecha 20/09/88, JA, 1988-IV, 189; Sala IV, “Azucarera Argentina S.A. Ingenio Corona”, de fecha 1/11/84, LL 1985-A, 46.

¹⁵⁰ Art. 230 del CPCCN. Por su parte, es interesante resaltar que los legisladores nacionales han establecido, para las consecuencias de la emergencia pública y la reforma cambiaria ocurrida en enero de 2002, que: “En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectadas por las disposiciones contenidas en la ley 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el art. 230, CPCCN cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o

Ahora bien, para un sector de la doctrina, la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo que ha comenzado a producir sus efectos importaría, no ya la clásica medida de no innovar, sino una medida innovativa¹⁵¹, toda vez que se busca restablecer una situación modificando la existente, o sea, suspendiendo los efectos que está produciendo un acto administrativo. Pero como hemos comentado en párrafos anteriores, autores como PALACIO y LUQUI sostienen que siempre estaríamos en presencia de una medida de no innovar, pues en estos casos se trataría de la prohibición de innovar la situación anterior al acto administrativo que conculca los derechos¹⁵². En otros términos, esta interpretación propone la idea de que se estaría no innovando la situación preexistente al acto, que fue alterada, razón por la cual es necesario modificar la situación fáctica, suspendiendo los efectos de ese acto que alteró la situación.

Para otros autores, si bien el título del artículo 230 antes citado, se refiere a la medida cautelar de no innovar, también comprende la medida innovativa, toda vez que el inciso 2º de dicho precepto expresamente contempla la necesidad de modificar la situación cuyo mantenimiento genera un peligro¹⁵³.

Pues bien, esta tutela judicial clásica del derecho procesal administrativo requiere una importante y prudente valoración de la verosimilitud del derecho que el particular invoca, toda vez que los actos administrativos se presumen legítimos. Este principio de presunción de legitimidad es, como el título lo contempla, una presunción, la cual, por ende, no es definitiva y admite prueba en contrario que la refute¹⁵⁴. En tal caso, será menester acreditar en sede judicial la verosimilitud del derecho de tal forma que haga caer esa impresión de legitimidad, transformándola paradójicamente en una presunción de ilegitimidad.

alterare, en su caso, la situación de hecho o de derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz.” (Art. 1 de la Ley 25.587).

¹⁵¹ PEYRANO, Jorge W., “Nueva afirmación de la doctrina judicial de la cautelar innovativa”, LL 1986-C, 344. COMADIRA entiende que “habitualmente, la suspensión de efectos del acto, como derivación de una medida de no innovar dispuesta en el marco del artículo 230 del CPCCN, es concebida como medida innovativa en tanto tendría como objeto innovar en el mundo jurídico neutralizando, precisamente, el acto inicialmente innovador.”, en COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos...*, cit., p. 247. Esta pareciera ser la postura que inspiró la ley 26.854, dado que allí se regulan de manera separada la suspensión de los efectos de un acto estatal –art. 13- y la medida de no innovar –art. 15-, aunque sin mayores consecuencias prácticas pues las exigencias que se establecen en ambos casos son idénticas.

¹⁵² Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 181; CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090. En igual sentido, LUQUI afirma que “una medida es de no innovar tanto si prohíbe que la Administración ejecute el acto cuanto si le ordena suspender la ejecución y retrotraer las cosas a la situación anterior de su dictado, ya que en ambos casos estará impidiendo que tenga efecto una decisión administrativa, es decir, suspende los efectos del acto”, en LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 380.

¹⁵³ Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 826.

¹⁵⁴ Según MARIENHOFF, “la presunción de legitimidad consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales (...) quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de los actos administrativos debe alegar y probar lo pertinente (...) la presunción de legitimidad que acompaña al acto administrativo no es una presunción absoluta, sino una mera presunción simple: puede ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte al orden público...”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, ps. 338/339.

Finalmente, es importante aclarar que como toda otra medida cautelar, entre los modos de obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo, el afectado podrá alcanzarlo como objeto de una petición cautelar en el marco de un juicio ordinario o sumarísimo, o de una acción de amparo -en este último caso si se dan también los presupuestos de dicho remedio excepcional-, o como objeto de una cautelar autónoma, sea mientras tramita el procedimiento administrativo o una vez concluido.

b) La polémica en la doctrina respecto a los presupuestos requeridos para la suspensión judicial de los efectos del acto

Ante la falta de un código en la materia que establezca reglas claras, era lógico que se encuentren tanto en la doctrina como en la jurisprudencia opiniones dispares con relación a la suspensión cautelar de los efectos de los actos administrativos.

Así, se suscitó una polémica respecto a la necesidad o no de solicitar la suspensión del acto en sede administrativa en forma previa a la petición en sede judicial, en los casos que se pretenda el remedio precautorio jurisdiccional por medio de una medida cautelar autónoma o en virtud de un requerimiento cautelar incorporado a un proceso principal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha otorgado en su oportunidad una cautelar autónoma sujeto al pedido de suspensión en sede administrativa del acto en cuestión¹⁵⁵.

Para Cassagne, Aberastury (h), Gambier y Zubiaur, en cambio, esta exigencia configura un requisito inútil, pues la administración nunca resuelve suspender un acto, y lo grave es que, además, la exigencia expuesta conculca el principio de defensa en juicio y el de la tutela judicial efectiva, en la medida que prolonga y condiciona innecesariamente la iniciación del proceso cautelar y, por ende, el acceso a la justicia¹⁵⁶.

Por otra parte, en el caso de las medidas judiciales tendientes a suspender los efectos de los actos administrativos, también se discutió en nuestra doctrina si los jueces deben aplicar los presupuestos de admisibilidad regulados en el ordenamiento procedimental administrativo, o utilizar en forma analógica las normas procesales civiles y comerciales antes referidas.

En tal sentido, un sector de la doctrina, como Barra y Hutchinson, sostuvieron que para valorar la admisibilidad de las peticiones precautorias que requieren la suspensión de los efectos de los actos administrativos, los jueces deben aplicar los requisitos del artículo

¹⁵⁵ “Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina”, Fallos 307:178 (1985) y en LL 1985-E, 141. Esta postura también ha sido sostenida por la Sala IV de la CNACAF, en la causa “Rama, Norberto c. UBA”, de fecha 20/5/1986. Cfr. CNACAF, Sala III, in re “Tienda León Manuel S.A. c/ Estado Nacional – Fuerza Aérea”, LL 1996-D, 127. En igual sentido, ver HUTCHINSON Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional.” ED, 124-679.

¹⁵⁶ CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 149; ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa; GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549”, LL 1993-D, 706.

12 de la L.N.P.A., que regula la suspensión del acto administrativo en sede administrativa¹⁵⁷. Estos presupuestos son: a) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público y; c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

Al respecto, cabe advertir que para la procedencia de la suspensión en sede administrativa basta que se configure uno solo de estos requisitos¹⁵⁸. Aquí radica la gran diferencia entre ambos regímenes, y este criterio sería trasladado por dicha doctrina al proceso cautelar. A su vez, recientes ordenamientos como el Código Contencioso Administrativo de la Ciudad prevén estos mismos presupuestos.

Entre los que se opusieron firmemente en su momento a esta idea se encuentran, entre otros, Mairal, Tawil y García Pullés, quienes sostenían la aplicación del CPCCN., entendiendo principalmente que el artículo 12 de la LNPA se dirige a la propia Administración, que en definitiva es la emisora del acto y se pretende sea la que lo suspenda, y no a los magistrados¹⁵⁹.

Por su parte, Comadira postulaba que si el pedido de protección cautelar se realizaba ante la denegatoria expresa o el silencio administrativo, operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía, correspondía aplicar las previsiones del artículo 12 de la ley, toda vez que se trataría del ejercicio jurisdiccional sobre una cláusula prevista para la Administración cuando la petición ha sido denegada o respondida con el silencio por parte de ésta. Por el contrario, si la pretensión cautelar era introducida luego de agotada la vía administrativa sin haberse planteado en dicha sede, correspondería la aplicación de las previsiones del artículo 230 del CPCCN, toda vez que en este caso el magistrado se encontraría frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada¹⁶⁰.

García Pullés criticó esta postura, porque en su opinión, a la que en su oportunidad adherimos¹⁶¹, la evaluación de la decisión de la administración de suspender o no un

¹⁵⁷ Cfr. BARRA, Rodolfo C., “Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar”, ED, 107-419. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del CPCCN en todo lo atinente a las disposiciones propias del proceso cautelar; HUTCHINSON Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional.” ED, 124-679; Ver también, GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares contra la administración...”, cit.

¹⁵⁸ GARCÍA PULLÉS explica respecto del art. 12 de la LNPA que “este precepto fija supuestos alternativos, que no son compatibles con la previsión del art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que exige la acreditación conjunta de la verosimilitud del derecho, una especial versión del peligro en la demora y aun acreditar que la finalidad buscada no puede lograrse por ningún otro recurso cautelar.”, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 820.

¹⁵⁹ Véase MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, cit., p. 799 y ss.; TAWIL, Guido S., “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 1363. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 829 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 265 y ss.

¹⁶¹ Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, *Las Medidas Cautelares contra la Administración*, en AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, t. II, 2da ed., La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2011. Pág. 376.

acto en sede judicial es materia que hace al fondo del proceso, que debe ser decidida en la sentencia definitiva y, por ende, no puede ser analizada en el marco de un proceso cautelar, dictado inaudita parte¹⁶².

De todas formas, la jurisprudencia ha atenuado los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, sosteniendo que a mayor verosimilitud se requiere menor peligro, y viceversa, cuando exista el peligro de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad se requiere una menor verosimilitud del derecho¹⁶³. Este criterio neutraliza la incidencia que podría tener la aplicación de los requisitos que prescribe el artículo 230 del CPCCN frente a los supuestos contemplados en el artículo 12 de la LNPA, aunque es dable resaltar que el verdadero punto de inflexión para la procedencia o no de una medida cautelar debe ser el peligro en la demora, dado que en ese peligro reside el interés de todo el instituto cautelar¹⁶⁴.

A continuación veremos los requisitos fijados por la ley 26.854, y cómo ha recogido la posición que exigía la obligatoriedad del planteo previo de suspensión del acto en sede administrativa.

c) Requisitos de la ley 26.854 para la procedencia de la suspensión de un acto estatal

El artículo 13 de la ley 26.854 establece los requisitos exigidos para la procedencia de la suspensión de un acto estatal, que según la propia normativa comprende a la ley, un reglamento, un acto general o un acto administrativo de alcance particular.

En primer lugar se exige que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Al momento de analizar las medidas cautelares genéricas que contempla nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, hemos explicado que este concepto de irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. Al respecto, cabe reiterar las reflexiones efectuadas por Gallegos Fedriani, quien considera que el concepto de irreparabilidad,

¹⁶² Este autor concluye que “la postulación de la aplicación del art. 12 de la ley 19.549 por parte del órgano jurisdiccional queda encerrada en un laberinto borgiano. Porque si su ejercicio es una consecuencia de la facultad de revisión jurisdiccional, parece evidente que como tal debe ser objeto de una pretensión inserta en una demanda y sujeta al desarrollo de todos los recaudos típicos de la apertura y desarrollo del contencioso, que sólo podría decidirse en la sentencia definitiva, extremo que genera graves dudas acerca de su utilidad”, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 825.

¹⁶³ “Arizu, Enrique e Hijos c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 307:2267 (1985); CNACAF, Sala I, in re “Font Ricardo Mario c/ Estado Nacional s/ Amparo”, 5/6/86 y “Roman Marítima S.A. c/ Administración General de Puertos s/Nulidad de Acto Administrativo”, 3/7/86; Sala II, in re “Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c/BCRA s/ Nulidad”, 9/4/92, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N°2, in re “Santa Juana SCA c/ Gobierno Nacional”, JA 1988-II, p. 301.

¹⁶⁴ Al respecto, GARCÍA PULLÉS, en una postura que compartimos, advierte que “este razonamiento es inexacto, pues la existencia de la mayor verosimilitud del derecho no habilita al dictado de ninguna medida cautelar si no existe el peligro en la demora. La urgencia es el presupuesto esencial, de modo que la seguridad del derecho en modo alguno puede suplantarla a los efectos de anticipar el resultado de una sentencia de mérito.”, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 808.

debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse¹⁶⁵, en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero. En tal sentido, será suficiente que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación *in natura* sea imposible o en los hechos muy dificultosa¹⁶⁶.

A continuación se exige también la verosimilitud del derecho invocado, y la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves. Respecto de estos dos requisitos, no se advierte la diferencia de los mismos. En rigor, la verosimilitud del derecho que invoca un administrado a los efectos de requerir la suspensión de un acto estatal ilegítimo, que lesiona sus derechos, no es otra cosa que la verosimilitud de tal ilegitimidad. Y el control que el juez realice de la legitimidad, por cierto, comprenderá la legalidad como la razonabilidad. Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad, como la razonabilidad o justicia de los mismos¹⁶⁷, siendo necesario, entonces, el análisis jurídico de ambos presupuestos. En rigor, el análisis de la razonabilidad de los actos estatales que deben efectuar los jueces, resulta sumamente importante frente a las potestades discrecionales de la Administración o de cara a los famosos “conceptos jurídicos indeterminados”¹⁶⁸. A tal fin, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. En tal entendimiento, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado¹⁶⁹. En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho¹⁷⁰.

Precisamente, siendo que las alternativas deben ser justas, el juez debe analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien –como sostiene MUÑOZ MACHADO– “la actuación

¹⁶⁵ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, cit., p. 69.

¹⁶⁶ Cfr. SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 172. Según MAIRAL, “existe gravamen irreparable cuando: la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; o la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero” y si el perjuicio es puramente patrimonial “cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente reparatoria: así, una medida que afecte la reputación o clientela de una empresa o la fama de sus principales productos o vulnere su secreto técnico o comercial; cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena, por ejemplo, ante la no reparabilidad de los perjuicios mediatos cuando la existencia e importancia sea verosímil; cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; cuando la previsible magnitud del perjuicio acarree verosímelmente la insolvencia del recurrente”, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 818 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 119.

¹⁶⁸ Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, *El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo*, en *Procedimiento Administrativo*, AAVV, T. I, La Ley, p. 681 y ss.

¹⁶⁹ Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 444.

¹⁷⁰ Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 449 y ss.

discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente”¹⁷¹, lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque además está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios –injustos e irrazonables¹⁷².

La Corte Suprema Argentina ha reiterado, en un pronunciamiento reciente, que “la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”¹⁷³.

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de la Constitución Argentina establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de los que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de esa Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que

¹⁷¹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, T. I, Thompson Civitas, 1 ed., Madrid, 2004, pág. 519. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente”, en BALBÍN, Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, pág. 806.

¹⁷² Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final-, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 221.

¹⁷³ CSJN, en “Silva Tamayo Gustavo Eduardo c/ EN – Sindicatura General de la Nación – Resol. 58/03 459/03 s/ empleo público”. sentencia del 27/12/2011. Ver también *Fallos*: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (*Fallos*: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última in re “Perfil c/Estado Nacional s/ amparo”, CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos¹⁷⁴. Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de dicha Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Al propio tiempo, el artículo establece el requisito de que no se vea afectado el interés público -cuestión que ya hemos analizado-, y de que la medida cautelar no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Esta última condición es por sí misma inconstitucional y así deberá ser declarada por los jueces, en el marco del respeto al principio de la tutela judicial efectiva. De hecho, muchas decisiones cautelares necesariamente tendrán un efecto jurídico irreversible, siendo además un parámetro tan amplio que puede abarcar a la totalidad de las medidas cautelares otorgadas contra el Estado Nacional. En rigor, toda medida cautelar tiene ciertas consecuencias jurídicas irreversibles y otras no.

Asimismo, como bien señalan Pozo Gowland y Zubiaurre, esta última exigencia “resulta también cuestionable, en tanto se impone al administrado la carga de la prueba de un hecho negativo. Hubiera sido esperable que la norma pusiera en cabeza de la Administración la acreditación de este extremo, en oportunidad de presentar el informe exigido por el art. 4º de la ley 26.854, o en cualquier otro momento, de conformidad con lo previsto por el art. 6º de dicha ley”¹⁷⁵.

Finalmente, la norma establece que cuando el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto de alcance general o particular, mientras se encuentre pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido resuelta¹⁷⁶. Como hemos advertido en oportunidad de comentar la polémica que se había generado antes del dictado de esta ley respecto de este tema, esta exigencia configura un requisito inútil, pues la administración nunca resuelve suspender un acto, y lo grave es que, además, la exigencia expuesta conculca el principio de defensa en juicio y el de la tutela judicial efectiva, en la medida que prolonga y condiciona innecesariamente la iniciación del proceso cautelar y, por ende, el acceso a la justicia, que en muchos casos no admite demora alguna, mucho menos innecesaria¹⁷⁷.

C) Las medidas positivas contra la Administración

¹⁷⁴ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, págs. 198 y 201.

¹⁷⁵ Cfr. POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 117.

¹⁷⁶ Ver art. 13, inciso 2.

¹⁷⁷ Ver CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 149; ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa; GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549”, LL 1993-D, 706.

A la tutela cautelar clásica de suspensión de los efectos del acto, que no alcanzaba al supuesto de denegación de derechos, se le sumaron las medidas positivas -o innovativas¹⁷⁸-, que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del procedimiento ordinario, lo que la administración le niega al ciudadano. Al no estar expresamente contempladas en el CPCCN, pertenecen al campo de las medidas innominadas que los magistrados pueden dictar conforme la autorización genérica que consagra el codificador en el artículo 232 de dicho cuerpo normativo, las cuales constituyen herramientas útiles frente a la inactividad de la Administración, o en el supuesto de denegación de derechos, en el caso de que el pedido de no innovar no sirva para proteger precautoriamente el derecho en cuestión.

En efecto, señala González-Varas que “si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión prestacional en caso de inactividad (a fin de obligar a la Administración a realizar una actuación o hacer cesar una vía de hecho), procede la medida cautelar positiva, ya que lo que interesa al sujeto es que la Administración cautelarmente realice una actuación, por ejemplo que actúe contra un sujeto que realiza una actividad molesta paralizando la actividad”¹⁷⁹.

Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, pudiendo ser obligaciones de dar o de hacer¹⁸⁰. Este tipo de medidas deja de lado la interpretación ortodoxa del principio de la división de poderes, por una interpretación más flexible acorde a la realidad de los tiempos actuales. En este escenario, teniendo en cuenta que la decisión jurisdiccional que las concede, en lugar de mantener el estado de hecho o de derecho preexistente, modifica dicha situación en beneficio del particular, se observa un criterio restrictivo en la apreciación de los presupuestos necesarios para su dictado¹⁸¹.

¹⁷⁸ Sin embargo, para autores como GALLEGOS FEDRIANI, las medidas cautelares positivas y las medidas cautelares innovativas se diferencian entre sí, en la medida que “al peticionar una innovativa –o de no innovar retroactiva-, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud; es decir, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración. Por el contrario, si se persigue la obtención de una medida cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de la que gozaba antes como después del acto que lo perjudicó”, en GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., “Control judicial de la Administración. Medidas cautelares”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 762. En cambio, para LUQUI, opinión que compartimos, las medidas positivas son equivalentes a las medidas innovativas. Este autor entiende que “las medidas cautelares se consideran innovativas en los casos que imponen al sujeto pasivo una conducta nueva, pero no cuando retrotraen la situación al estado en que se hallaba antes de dictarse el acto administrativo (...) es mejor reservar la calificación de medidas cautelares innovativas para las medidas positivas, las que dictan los jueces cuando imponen una conducta nueva a la Administración o el cumplimiento de una prestación, las cuales son generalmente resistidas”, Cfr. LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, cit., p. 380.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 555.

¹⁸⁰ SORIA, Daniel F., “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo” (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial), ED 182-1126.

¹⁸¹ “Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina”, *Fallos*, 316:1833 (1993); “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros”, *Fallos* 320:1633 (1997) y “Banco de la Ciudad de Buenos Aires –en autos “Kiper”- s/ solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)”, *Fallos* 324:4520 (2001).

La nueva ley de medidas cautelares contra el Estado prevé expresamente las medidas positivas. En efecto, el artículo 14 de dicha ley establece las exigencias que deben observarse para las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada. Esta norma dispone, además de las exigencias generales impuestas para las otras medidas cautelares que regula, la necesidad de que exista una inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada, y la fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública exista.

Vale la pena efectuar una valoración de la primera de las exigencias, dado que el segundo requisito señalado es similar al requisito genérico de la verosimilitud en el derecho, expresado ahora con otra terminología, que consideramos inadecuada pues no vemos una razón valedera para cambiar constantemente de términos cuando en realidad se trata del mismo presupuesto, rebautizado en este caso como “fuerte posibilidad de que el derecho exista”.

Pero con relación a la primera de las exigencias aludidas, vemos con preocupación que se haya incluido como requisito la inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto y específico a cargo de la demandada, pues este concepto puede ser malinterpretado y generar la idea de que sólo podrá requerirse una medida positiva si el objeto de la pretensión radica en imponer a la Administración el cumplimiento de una obligación expresamente exigida por la normativa.

Es que como bien señala Gozaíni, las medidas positivas, en rigor, “obligan a la Administración a hacer cuando su inactividad produce daños irreparables, o cuando por vías de hecho produce mayores perjuicios a la sociedad aunque tenga beneficios individuales”¹⁸². Este alcance supera, ciertamente, la exigencia ahora introducida por la ley del deber concreto y específico.

D) Las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración

Conforme lo dispone en forma expresa el artículo 9° de la Ley 19.549, “la Administración se abstendrá de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales...”.

Pues bien, frente a hechos de la Administración que vulneren los derechos de los administrados, éstos podrán acudir a la justicia y solicitar la protección cautelar que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, podrá provenir de una medida de no innovar, o de una medida positiva que resguarde el derecho lesionado.

La ley de medidas cautelares contra al Estado, al regular la medida de no innovar de manera separada a la medida de suspensión de los efectos de un acto estatal, expresamente indica que la misma es procedente frente a la ejecución de una conducta material que ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior¹⁸³. Los

¹⁸² Ver GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 87.

¹⁸³ Ver art. 15 de la ley 26.854.

requisitos que exige en estos casos son idénticos a los presupuestos requeridos para el caso de las medidas cautelares que suspenden los efectos de un acto estatal.

E) *Las medidas autónomas contra la Administración*

En el derecho procesal administrativo adquieren un importante protagonismo las medidas cautelares autónomas, distintas de aquellas medidas autosatisfactivas que hemos desarrollado *ut supra*. Este tipo de medidas, en cambio, se solicitan generalmente cuando el particular está tramitando el procedimiento administrativo y todavía no se encuentra en condiciones de acceder, en principio, a la instancia judicial.

Su fundamento procesal se encontraba en el artículo 195 del CPCCN, en cuanto dispone que las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes de deducida la demanda. Esta medida se presenta como autónoma e instrumental, y el particular se obligaba, en el orden nacional, a promover la demanda dentro de los diez días de que se haya agotado la instancia, toda vez que a partir de ese agotamiento de vía el administrado se encuentra en condiciones de habilitar la instancia judicial. Así lo estableció la jurisprudencia, al indicar que “el plazo a que se refiere el art. 207 del CPCCN comenzaría a correr o se reanudaría a partir del momento en el que, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones citadas de la ley 19.549 –artículo 23 y 25- quedará expedita la vía judicial ... tal plazo, debe considerarse suspendido a partir de la promoción de las actuaciones que harían viable una posterior acción judicial, y reanudando en el momento en el que esa segunda vía quedara expedita de alguno de los modos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo”¹⁸⁴.

En nuestro medio, la doctrina sostiene que las medidas cautelares autónomas constituyen “una herramienta adecuada para establecer un límite a las prerrogativas que el ordenamiento concede a la Administración para hacer posible la consecución de sus fines, recordándole que su ejercicio, como medio, está tan sujeto a la legalidad como los propios fines y que aquellas potestades no constituyen un *bill* de indemnidad contra el control judicial efectivo y oportuno, marcando el límite de la relación entre autotutela ejecutiva y principio de legalidad. Debe atribuirse esta condición a las “cautelares autónomas”, pues son las que se enfrentan particularmente con las potestades exorbitantes que se han descripto más arriba, mientras la cuestión todavía se halla en el seno de la Administración y sujeta a su decisión”¹⁸⁵.

A su vez, el administrado también puede interponer una medida autónoma una vez concluido el procedimiento administrativo, siempre que la urgencia amerite su presentación en forma autónoma a un proceso, el cual deberá incoarse a los diez días de presentada la petición autónoma¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cfr. CNACAF, Sala IV, in re “Hisisa Argentina SAICIF c/ BCRA s/ juicio de conocimiento”, de fecha 24/8/94, ED 166-533. Cfr. ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa.

¹⁸⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando R, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 63.

¹⁸⁶ En el orden nacional, el artículo 207 prevé que “se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que su hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes a su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien

Una práctica procesal recurrente consiste en iniciar una pretensión administrativa y, paralelamente, acudir a la justicia requiriendo una medida cautelar autónoma hasta que la Administración resuelva dicha petición. A partir de ese momento la protección cautelar pierde vigencia, pero inmediatamente puede iniciarse el pleito con la extensión de esa cautela –o un nuevo pedido–, una vez que se encuentre en condiciones de habilitar la instancia judicial al haberse agotado la vía administrativa. Esta alternativa puede implicar que al agotarse la vía administrativa, la cautela obtenida caduque en ese momento, razón por la cual no se contaría con los diez días antes mencionados que poseen las cautelares autónomas comunes.

La ley 26.856, específica de cautelares contra el Estado, tuvo que contemplar esta particularidad propia que presenta el sistema de agotamiento de vía dispuesto por la ley 19.549. A tal fin, la ley establece que cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa¹⁸⁷. También dispone que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiesen ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba.

En principio, la solución parece acertada, pues prevé que la medida cautelar no caduca al momento mismo de producirse el agotamiento de la vía administrativa. Ahora bien, cabe realizar dos observaciones a la norma.

La primera de ellas consiste en no compartir la solución de que el agotamiento de la vía administrativa por acto expreso de la Administración tenga que producir a los diez días la caducidad automática de la medida cautelar. Es una sanción que no se condice con la finalidad del instituto cautelar, y menos aún puede tener algún fundamento en el hecho de que la Administración finalmente se expida como consecuencia de sistema de agotamiento de vía administrativa, que de por sí ya es, a nuestro criterio, inconstitucional¹⁸⁸. ¿Por qué debe caducar? No hay explicación posible, menos si se tiene en cuenta que la Administración pudo cuestionar –y podrá volver a hacerlo– la procedencia y vigencia de la medida cautelar en el proceso judicial autónomo. Es más, esta caducidad pierde sentido teniendo en cuenta que el Juez ya tuvo oportunidad de escuchar a la Administración al exigírsele el informe previo, razón por la cual el acto que ponga fin a la vía administrativa puede no tener virtualidad alguna, más que la procedimental o, lo que es peor aún, constituir la consolidación de la arbitrariedad o ilegitimidad. Y en estos casos, sorprendentemente, se produce la caducidad automática.

Una solución razonable en estos supuestos sería otorgarle a la Administración la facultad de presentar en forma inmediata el acto en cuestión, obligando en forma

hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurriesen los requisitos de su procedencia.”

¹⁸⁷ Art. 8º, inciso 1º de la ley 26.854.

¹⁸⁸ Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo, en Procedimiento Administrativo, AAVV, T. I, La Ley, p. 681 y ss.

expresa al juez a pronunciarse, en un plazo prudente, sobre el mantenimiento de la medida provisoria. De manera tal que la cautelar se mantenga vigente hasta que el juez examine la incidencia que tiene el acto dictado por la Administración respecto de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora acreditado. No debe olvidarse que frente al acto administrativo que agota dicha instancia, el administrado tiene un plazo de caducidad de noventa días hábiles judiciales para iniciar la acción judicial¹⁸⁹. En tal entendimiento, si el administrado no inicia en ese término la respectiva demanda, caducará su derecho, y por ende, es también razonable que allí si caduque automáticamente la medida cautelar obtenida.

La otra observación no menor radica en advertir que la norma comentada impone la caducidad automática de la medida cautelar a los diez de la notificación “del acto que agotase la vía administrativa”. Ahora bien, existen en el ordenamiento administrativo una serie de recursos facultativos que el administrado puede interponer ante la administración una vez dictado el acto que agota la vía administrativa, como ser el caso del recurso de alzada contra actos definitivos emanados del órganos superior de un ente autárquico –incluidas las universidades nacionales–, reconocido en el art. 94 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto 1759/72, el recurso de revisión que prevé el art- 22 de la Ley 19.549, o el recurso de reconsideración contra decisiones definitivas que contempla el art. 100 del reglamento antes referido. En estos casos en que el administrado legítimamente continúa en el trámite del procedimiento administrativo, no debería en modo alguno caducarle automáticamente la medida cautelar obtenida en la justicia. Una solución así sería a todas luces irrazonable y atentaría no sólo contra la tutela judicial efectiva, sino que se estaría vulnerando en estos supuestos concretos el debido procedimiento adjetivo, dado que si el particular opta por continuar con el procedimiento administrativo se vería privado de la protección cautelar.

F) Las medidas precautelares contra la Administración

Una práctica reconocida en el fuero contencioso administrativo federal ha dado nacimiento a la medida precautelar, que implica la suspensión provisoria de los efectos de un acto cuestionado hasta que la administración remita las actuaciones administrativas al juzgado, toda vez que el peticionante no ha podido realizar la vista de ellas y por ende no ha podido adjuntar las copias certificadas a la presentación judicial, o debido a que el magistrado requiere ver el expediente en su totalidad. En ciertas ocasiones, suele también pedírsele a la Administración que produzca un informe sobre la situación, en un plazo muy exiguo. Luego, inmediatamente, el juez debe decidir la cautela solicitada¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Véase art. 25 de la Ley 19.549. En igual sentido se ha advertido que la fijación de un plazo especial de caducidad de diez días para la interposición de la demanda (...) altera injustificadamente el plazo previsto en el art. 25 de la LNPA para la interposición de la impugnación judicial del acto administrativo”, en POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 106.

¹⁹⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, op cit.

Respecto de este tipo de medidas, Guglielmino apunta que “cuando son dirigidas contra la Administración, dada la incapacidad jurídica y moral de insolventarse de ésta, el juez tiene como alternativa, previo a la cautela, la posibilidad de requerir a aquélla que en un breve plazo produzca un informe sumario sobre el planteo del administrado, acompañado, en su caso, de las actuaciones administrativas que eventualmente hayan precedido la actividad estatal. Por supuesto, si ese traslado pudiera implicar que el daño se produzca por lo intenso del peligro en la demora, el juez debe agregar a aquel traslado la orden a la Administración de que se abstenga de llevar a cabo un comportamiento que implique la abstracción del objeto que se pretende tutelar, hasta tanto resuelva la medida solicitada, una vez producido el informe en cuestión”¹⁹¹.

La ley 26.854 ha dado una connotación definida de estas medidas precautelares, las que cobran un sentido más importante frente a la nueva exigencia del informe previo a la decisión cautelar. En rigor, para morigerar los efectos irreparables que pueden derivarse de la exigencia al juez de requerir un informe previo a la autoridad pública demandada antes de analizar y poder dictar una medida cautelar, la referida ley dispone que sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción¹⁹². Hemos realizado el análisis de los alcances de esta medida interina en el capítulo correspondiente al informe previo, al cual nos remitimos.

III.- LAS CAUTELARES REQUERIDAS POR EL ESTADO

Sorprendentemente, y a contrario de toda lógica y fundamento jurídico, la ley 26.854 regula las medidas cautelares pedidas por el Estado de una manera totalmente distinta a las medidas cautelares al alcance de los administrados.

Es aquí donde se advierte la incongruencia y la afectación a la igualdad procesal que debe regir en estos casos. Basta leer rápidamente el art. 16 de la ley para observar que al Estado se lo ha dotado de un inmenso privilegio en materia de medidas cautelares, que no se condice con las innumerables exigencias previstas para los ciudadanos comunes, muchas de ellas inconstitucionales. En rigor, al Estado sólo se le exige peligro en la demora y verosimilitud en el derecho, y la exigencia de que el objeto de su pretensión cautelar no coincida con su pretensión principal. O sea, para el Estado sí se aplican los presupuestos clásicos de la teoría general de las medidas cautelares -aunque como no podía ser de otra manera bajo un ropaje terminológico distinto-, que se venían aplicando por siempre a los administrados.

La desigualdad es ilimitada. Al Estado no se le exige informe previo, ni ninguna de las cuantiosas exigencias previstas para los particulares. Se trata de un “tratamiento

¹⁹¹ GUGLIELMINO Osvaldo, “Medidas cautelares contra la Administración”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N° 13, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 80 y ss.

¹⁹² Art. 4°, inciso 1°, apartado 3°.

desigualitario que se brinda al justiciable frente al propio Estado, en violación a las previsiones del art. 16 de la Ley Fundamental”¹⁹³.

IV.- LA BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES (O CONTRA)

Señala Luqui que si bien en una época los requerimientos cautelares eran rechazados por los jueces sobre la base de la solvencia estatal y la presunción de legitimidad de los actos administrativos, después las cosas cambiaron. Explica el autor que los magistrados actuales conceden medidas cautelares contra la Administración con mucha ligereza, sobre todo en una primera instancia, en la medida de que, ante la menor duda, se conceden con la seguridad de que existe una cámara de apelaciones que luego podrá rever y estudiar esa decisión¹⁹⁴.

Desde la Administración, mediante el dictado de numerosos decretos, y desde el Congreso mediante la sanción de leyes, se ha tratado de impedir la proliferación de medidas cautelares en casos concretos, como lo ocurrido con el denominado “corralito financiero” y la congelación de los depósitos bancarios (Decretos 905/02, 1316/02, Ley 25.587), disposiciones que, en esa parte pertinente, fueron declaradas inconstitucionales en más de una oportunidad por distintos fueros jurisdiccionales¹⁹⁵.

Como hemos dicho en otra oportunidad, es importante reconocer que nos debemos un código procesal contencioso administrativo que establezca reglas adjetivas claras, no sólo sobre el instituto cautelar, sino sobre todos los procesos contra el Estado¹⁹⁶. En ese marco se podría haber tratado este tema, y no como se ha hecho, dictándose una ley sumamente restrictiva e inconstitucional sobre el régimen de medidas cautelares contra la Administración, como lo es la ley 26.854.

Una ley como la 26.854 sería impensada hoy en día, por ejemplo, en cualquier país de Europa, dado que, como bien nos indica Fernández Torres, “el enfoque de la tutela cautelar con el principio general del derecho europeo de la tutela judicial efectiva, así

¹⁹³ ROJAS, Jorge, El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, p. 131.

¹⁹⁴ LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, cit., p. 353.

¹⁹⁵ El artículo 12 del Decreto 214/02 estableció la suspensión de 180 días en la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares que tengan incidencia sobre las disposiciones que imposibilitaron el retiro de los depósitos bancarios. Los tribunales del fuero Contencioso Administrativo Federal inmediatamente declararon la inconstitucionalidad de dicha disposición. Véase, como ejemplo, la sentencia del Juzgado N° 10, secretaría 19, in re “Castillo, Pablo Christian c/M° de Economía – Resolución 9/02 s/Amparo”, de fecha 11/2/02. A su vez, por medio de la Ley 25.587 el Congreso reguló el instituto cautelar en los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado Nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguro o mutuales de ayuda económica en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley 25.561 y sus complementarias y reglamentos. Entre los recaudos que dicha ley fijó para la procedencia de las medidas en cuestión, el que quizás más resistencia produjo fue el que estableció que “serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó.” La Sala II de la CNACAF dispuso la inconstitucionalidad de este precepto, in re “Grimberg Marcelo Pablo c/ PEN Dto. 1570/01 s/ Amparo”, de fecha 25/6/02.

¹⁹⁶ Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, “Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública”, La Ley 27/07/2009.

como con el derecho a un proceso equitativo del art. 6º.1, Convenio Europeo de Derechos Humanos, la consagran al máximo nivel. Ello entraña varias consecuencias que son sencillamente capitales. Por un lado, impide que cualquier legislador, ya sea supranacional o ya nacional, recorte o limite la tutela cautelar y, más aún, la prive de contenido”¹⁹⁷.

Esta ley ha sido concebida en el marco de una extrema tensión entre el Poder ejecutivo de turno y distintos medios de comunicación. De hecho, la génesis de la aplicación de un plazo a las medidas cautelares se dio en dos causas donde el Estado Nacional es demandado, referidas a la ley de medios audiovisuales, y otras leyes vinculadas. Esta ley es fruto también de una concepción autoritaria que no tolera la administración de justicia, y que ha decidido no sólo continuar con los constantes agravios que ciertos funcionarios públicos o formadores de opinión efectuaron contra los jueces que dictan medidas cautelares contra la Administración, mediante la utilización de frases desafortunadas tales como “*justicia delivery*”, “*justicia express*”, “*jueces cautelares*” o “*justicia cautelar*”, sino ahora contar con una legislación cautelar que, aun sabiéndose inconstitucional, generará graves problemas a los administrados.

Es en este escenario donde los distintos estamentos de la sociedad deben contribuir al fortalecimiento de las instituciones republicanas, como la justicia, y más precisamente en este caso, el instituto cautelar que la preserva. Seguimos confiando que muchas de las disposiciones de esta ley seguirán siendo declaradas inconstitucionales por los tribunales competentes. Se encuentran en juego, nada menos, los principios de la tutela judicial efectiva y el de división de poderes.

En definitiva, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si deben otorgar las medidas cautelares requeridas, a pesar de esta normativa inconstitucional, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con “resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales (...) Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible”¹⁹⁸. Si bien estas reflexiones del profesor García de Enterría han sido concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad actual de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que el dictado de medidas cautelares contra la administración por parte de los jueces debe realizarse en el marco de un prudente y detenido análisis del interés público comprometido, en la medida que se corre el riesgo

¹⁹⁷ FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, 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, Abeledo Perrot, 2013, p. 1368.

¹⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.

en algunos casos de afectar la administración ordinaria del país, con la consecuente posibilidad de generarse daños importantes a ese interés colectivo de impostergable realización¹⁹⁹.

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde la cuestión es compleja, y se presenta un interés público mayor, los jueces deben considerar conveniente correrle un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída. Este emplazamiento, que debe ser facultativo de los jueces y en modo alguno obligatorio, no atropella el instituto cautelar sino que lo fortalece, no existiendo norma que lo prohíba.

De todas formas, admitiendo o no la utilización del emplazamiento para ciertos supuestos, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si se dan los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares requeridas, que en este trabajo hemos expuesto, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con “resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales –más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando-. Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible”²⁰⁰. Si bien estas reflexiones del gran maestro García de Enterría fueron concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

¹⁹⁹ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 259.

²⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.

