

**Voces:** MEDIDAS CAUTELARES ~ PROYECTO DE LEY ~ SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO ~ ACTO ADMINISTRATIVO ~ CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INTERES PUBLICO ~ ENTIDAD AUTARQUICA ~ ESTADO ~ ENTE DESCENTRALIZADO ~ EMPRESA PUBLICA ~ SOCIEDAD DEL ESTADO ~ TRASLADO ~ ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL ~ ADMINISTRACION PUBLICA

**Título:** Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública

**Autores:** Cassagne, Ezequiel

**Publicado en:** LA LEY 27/07/2009, 1

En el mes de diciembre del año pasado, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación aprobó un proyecto de ley con el objeto de introducir en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dos nuevos artículos vinculados al instituto de las medidas cautelares.

Bajo el título "Estado Nacional, entes descentralizados o autárquicos, empresas o sociedades del sector público", el nuevo artículo 206 bis del proyecto prescribe que los jueces deberán necesariamente dar vista previa de toda pretensión cautelar contra la Administración por el plazo de tres días, vencido el cual resolverá la solicitud.

La otra innovación consiste en incorporar el artículo 206 ter, que prevé que cuando la medida precautoria persiga la suspensión de un acto administrativo, el juez podrá otorgarla siempre y cuando no se afecte gravemente el interés público y se acredite sumariamente que la ejecución del acto generaría perjuicios más graves que los que eventualmente genere la suspensión del mismo. El nuevo texto dispone, a su vez, que si se encontrare pendiente la instancia administrativa, el peticionante deberá acreditar haber requerido la suspensión del acto administrativo en dicha sede, y la misma le fuere rechazada o hayan transcurrido quince días sin haber obtenido una decisión al respecto.

Este último artículo prescribe, además, que la autoridad administrativa podrá, en cualquier caso, alegar fundadamente que la suspensión provoca un grave daño al interés público y, en tal caso, el juez podrá levantar la medida cautelar antes concedida.

Mediante este proyecto, que modifica el Código ritual, los legisladores firmantes buscan incorporar nuevas exigencias para el dictado por parte de los jueces de medidas cautelares contra el Estado, siendo la más cuestionable aquella que echa por tierra el carácter de "inaudita parte" que estas medidas por su propia naturaleza precisan para ser realmente efectivas.

No debe olvidarse que el instituto cautelar importa una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura, en forma provisoria, que el transcurso del tiempo que demanda la labor jurisdiccional 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 principio, el juez dicta una medida cautelar 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 para el momento en que aquella se encuentre trabada. 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.

Desde luego, si las circunstancias del caso lo requieren, los jueces pueden correr un breve traslado a la Administración a los efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del asunto, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución. El Código actual no prescribe nada al respecto y la justicia suele valorar cada caso en particular, con la debida prudencia que corresponde a la función que se ejerce. Distinto es exigirle a la justicia que siempre corra traslado de la petición cautelar a la Administración, como pretende este proyecto.

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.

Por ello, nuestro C.P.C.C.N. establece, en el artículo 230, que podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que el derecho fuere verosímil; 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; y la cautela no pudiese obtenerse por medio de otra medida precautoria.

También se estableció, en el artículo 232 de dicho Código, la procedencia de medidas cautelares genéricas – o sea, innominadas- a favor de 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. En tal supuesto, el pretensor puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar

provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. 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.

En tal entendimiento, obligar a los jueces a correrle traslado a la Administración antes del dictado de las medidas cautelares conculca el propio fundamento de éstas, es decir, la urgencia. Si bien el proyecto establece un breve traslado de tres días, lo cierto es que el otorgamiento de la medida cautelar sufrirá demoras innecesarias por mucho tiempo más, como consecuencia del procedimiento que depara todo traslado judicial (providencia que lo ordena, confección de cédulas, confronte, y diligenciamiento). Por otra parte, fácil es advertir los esfuerzos que el Estado hará para evitar la concesión de una medida cautelar, desde su posición privilegiada de poder.

En virtud de ello, en muchos casos, la concesión de una medida cautelar no puede estar jamás condicionada a la exigencia previa de un traslado, por la sencilla razón de que la urgencia no admitirá tal demora.

Lo mismo hay que decir sobre la obligatoriedad que exige el artículo 206 ter del proyecto de requerir en sede administrativa, cuando esa vía se encuentra pendiente, la suspensión de los efectos del acto, y esperar su rechazo o el transcurso de quince días. Una idea semejante 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.

Este requisito que se propone incorporar al C.P.C.C.N. configura un ritualismo inútil, toda vez que el Estado, en los hechos, difícilmente resuelve suspender un acto, con lo cual prolonga innecesariamente de esta manera la iniciación del proceso cautelar y, por ende, condiciona el acceso a la justicia.

Por último, el proyecto aprobado por la Comisión de Justicia prescribe la necesidad de que el dictado de una medida cautelar no afecte gravemente el interés público y que se acredite sumariamente que la ejecución del acto traería aparejado más perjuicios que su suspensión provisoria judicial.

Con relación al interés público, tantas veces mal invocado, los jueces deben siempre valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y, aun más, constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia. Sin embargo, el interés público que debe 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 que aparece "prima facie" ilegítima, mientras dure el proceso judicial.

Al propio tiempo, resulta obvio que ese interés público no podrá ser otro que el bien común de la comunidad, no el de una administración en particular. Sin perjuicio de ello, frente a una ilegalidad manifiesta no debiera ser procedente la invocación del interés público, porque precisamente el mismo debe respetar el principio de legalidad (artículo 19 C.N.).

Con respecto a la obligación de acreditar sumariamente la gravedad de la ejecución del acto administrativo, ello constituye otra exigencia innecesaria que, en los hechos, puede representar una traba al acceso a la justicia. Nuevamente estamos en presencia de un requisito que confunde el verdadero fundamento que toda medida cautelar posee: la protección del ciudadano cuando se acredita una urgencia que justifica el dictado de una decisión provisoria en el proceso, y se presenta en el caso una apariencia de buen derecho.

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 Estado. El proyecto que aquí se analiza no apunta a esa dirección. Frente a estos intentos legislativos desordenados, resulta preferible dejar en manos de los jueces la aplicación analógica del Código actual, esto es, la ponderación de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el interés público en la concesión de medidas cautelares contra la Administración Pública central y descentralizada.

Las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. En definitiva, el proyecto 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.

Este proyecto de ley no ha sido debatido aún en el seno de la Cámara de Diputados. Aguardamos confiados su rechazo, o simplemente que no continúe su trámite parlamentario.