

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

por Ezequiel Cassagne

Sumario:

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL. A) Concepto. B) Naturaleza jurídica. C) Fundamento y caracteres. 1) Accesorias o instrumentales. 2) Provisionales. 3) Son *inaudita pars*. 4) Fungibles. D) Clasificaciones. E) Las medidas autosatisfactivas. F) Presupuestos para el otorgamiento de las medidas cautelares. 1) Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*). 2) Peligro en la demora (*periculum in mora*). 3) Prestación de una contracautela. 4) falta de identidad entre el objeto de la prestación cautelar y la acción de fondo. G) Consideraciones comunes. 1) Competencia. 2) Apelación de las resoluciones cautelares. II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN. A) Consideraciones generales. El interés público. B) La suspensión de los efectos del acto administrativo. C) La polémica en la doctrina respecto a los presupuestos requeridos para la suspensión judicial de los efectos del acto. D) Las medidas positivas contra la Administración. E) Las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración. F) Las medidas autónomas contra la Administración. G) Las medidas precautelares contra la Administración. H) La batalla por las medidas cautelares (o contra).

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

A) Concepto

PALACIO nos enseña 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”¹.

La sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que se deben recorrer hasta alcanzar una sentencia definitiva. 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.

¹ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.

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 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 irrealizable². 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, CALAMANDREI explica que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en si mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin³.

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

B) 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 una⁴.

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

² 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.

³ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.

⁴ PODETTI-GUERRERO LECONTE, "Tratado de las medidas cautelares, 2º 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*, nº 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.

procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

En nuestro país, la polémica se suscita entre autores como DI IORIO, que sostiene 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 proceso⁵.

La primera de las corrientes reconoce su influencia en CALAMANDREI, autor que entiende que no se debe hablar 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 separado⁶.

En realidad, como hemos expuesto el comienzo de este capítulo, este jurista sostiene que las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismo, son instrumentales, 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 MICHELI⁷.

En cambio, quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar reconocen las influencias de 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 provisional⁸.

Por otra parte, de la postura de PALACIO subyace 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

⁵ 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.

⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico...*, cit., p. 32.

⁷ 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.

⁸ Ver CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 413.

cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal”⁹.

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 derecho¹⁰.

Para SIMÓN PADRÓS, que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio, es necesario diferenciar el concepto de pretensión del del 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”¹¹.

Por último, también la doctrina se refiere a las decisiones de los magistrados que resuelven las pretensiones cautelares como “*sentencias cautelares*”, aunque con el 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 dichas decisiones como “*resoluciones cautelares*”.

C) 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,

⁹ PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T° VIII, cit., p. 17.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

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.

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 Nacional¹². Pero el peligro en la demora también implica que se vea involucrado, a su vez, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, que de todas formas se vincula estrechamente al principio antes señalado, y que apunta a resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad del objeto de la litis¹³.

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 jurisdiccional¹⁴.

Por otra parte, compartimos el criterio expuesto por CASSAGNE respecto a que las medidas cautelares persiguen como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva¹⁵, 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 Rica¹⁶. Sin embargo, no consideramos que este fundamento deba limitarse únicamente a las medidas cautelares contra la Administración, sino que se trata de 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

¹² 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.

¹³ GARCÍA PULLÉS, Fernando R, “Actividad cautelar en el proceso contra la Administración”, RAP, n° 203, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, p. 14.

¹⁴ Ver, al respecto, SIMÓN PADRÓS Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 63.

¹⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B, 1090.

¹⁶ 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...”

cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos”¹⁷.

Pues bien, las medidas cautelares presentan los siguientes caracteres:

1) Accesorias o instrumentales

Las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior¹⁸.

Es interesante la observación que efectúa CHIOVENDA, 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”¹⁹.

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)”²⁰.

Por tal motivo, la conclusión del proceso principal por perención de instancia producirá la caducidad de la medida cautelar decretada, sin que su admisión previa resulte vinculante para el nuevo magistrado. Lo mismo ocurre cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión²¹. En nuestro ordenamiento nacional, el proceso cautelar típico tramita por incidente y está siempre vinculado al proceso principal.

2) Provisionales

Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado²². 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 demandado²³ y de oficio, salvo que, en este último supuesto, la medida ya haya sido cumplida y notificada.

¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 237.

¹⁸ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico...*, cit., p. 40.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 282.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, p. 86.

²¹ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, cit., ps. 44-45.

²² Ver art. 202 del CPCC.

²³ Art. 203 del CPCC.

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 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.

3) 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.

Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requieren, se puede correr 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.

4) Fungibles

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

D) 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 se debe hacer 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”²⁴.

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 pudiese 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 *statu 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”²⁵.

²⁴ 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 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.

²⁵ PALACIO Lino, E. *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 181.

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)²⁶.

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 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.

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 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.

E) 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 administrativas²⁷.

²⁶ Ver de LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, p. 12.

²⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090.

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, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”²⁸.

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 PEYRANO, si bien todo lo cautelar es siempre urgente, no todo lo urgente es cautelar²⁹.

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.³⁰

F) Presupuestos 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:

1) 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

²⁸ PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 13.

²⁹ PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 10.

³⁰ 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.”

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 la 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”³¹.

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”³².

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 certeza³³.

2) 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”³⁴. 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,

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 341.

³² Fallos 318:107, 326:4963, 327:305, entre otros.

³³ Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 32.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNÁNDEZ Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628.

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”³⁵. 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.

Como hemos afirmado al comienzo de este capítulo, la sustanciación de los procesos judiciales demandan 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 nuestro Poder Judicial 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”³⁶.

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 pudiere 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”³⁷.

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 se pretende resguardar está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable. Como señala 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”³⁸. Respecto al concepto de irreparabilidad, señala este autor que debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse³⁹, en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 299.

³⁶ Art. 230 del CPCCN.

³⁷ Art. 232 del CPCCN.

³⁸ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 70.

³⁹ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, cit., p. 69.

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 dificultosa⁴⁰.

3) 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 solicitado⁴¹.

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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Cfr. art. 208 del CPCCN.

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 ejecución⁴².

4) 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.⁴³ Este criterio 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.

El problema de la aplicación de este criterio en la práctica es 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”.⁴⁴

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”⁴⁵.

⁴² PEYRANO, Jorge W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, 2º ed., Rosario, Zeus, p. 82.

⁴³ CCiv, Sala J, in re “Camacho Acosta, Mariano c. Grafo Graf SRL y otros”; CNCAF, Sala V, in re “Denegri, Hilda María. Ex Feria n. 29”, de fecha 26/3/97.

⁴⁴ “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros”, Fallos, 320:1633 (1997).

⁴⁵ Ver art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

G) Consideraciones comunes

1) 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. Aclaremos esto porque la práctica jurisdiccional arroja casos en los que se ha malinterpretado este precepto, en los cuales los jueces dictan medidas cautelares y luego giran 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 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.

2) 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 devolutivo⁴⁶.

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

⁴⁶ Cfr. Art. 198 del CPCCN.

últimas poseen una regulación especial, particular y propia que excluye aquel tratamiento”⁴⁷.

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 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.

Es dable traer a colación las palabras de ROBREDO, 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”⁴⁸.

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 definitiva⁴⁹. 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

⁴⁷ 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*, T° II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1603.

⁴⁸ ROBREDO, Alberto F, citado por SAGUÉS Néstor P., *Ley de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 384.

⁴⁹ “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.

su apertura, conforme la jurisprudencia que para estos casos ha establecido la Corte Suprema de la Nación⁵⁰.

II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

A) Consideraciones generales. El interés público

Sostiene 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”⁵¹.

Pero lo cierto es que no siempre en nuestro derecho se aceptó la procedencia de las 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 Nación⁵².

En la actualidad, esta situación no ha variado ya que hasta el momento han fracasado los intentos por dictar un código contencioso administrativo nacional. En tal sentido, teniendo en cuenta que las normas de otros ordenamientos se aplican en el derecho administrativo solo ante los vacíos legales, mediante la técnica de la analogía, al carecer el orden nacional de un código contencioso administrativo, se adopta el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto fuere pertinente, con las

⁵⁰ “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).

⁵¹ 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 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.

⁵² Para MAIRAL, en cambio, “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 CPCC”, en MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 800.

adaptaciones necesarias que requiere el régimen exorbitante propio del derecho administrativo.

Sin embargo, la jurisprudencia suele desplegar una gama innumerable de requisitos y principios para valorar la procedencia de los remedios cautelares. Así, la mayoría de las veces los magistrados evalúan que el dictado de una determinada medida cautelar no vulnere el interés público o, por ejemplo, requieren que se plantee la suspensión del acto administrativo en sede administrativa previo al pedido de suspensión en sede judicial.

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 justicia⁵³. Lo que sí se objeta es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en lo hechos meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de evitar analizar el caso concreto⁵⁴.

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, se debe ponderar 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”⁵⁵.

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 comunidad⁵⁶. De todas formas,

⁵³ Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 60.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 292.

⁵⁶ 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

nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público⁵⁷.

B) La suspensión judicial de los 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 judicial⁵⁸, utilizando la coacción en forma excepcional y conforme los límites del ordenamiento jurídico⁵⁹. Sin perjuicio de ello, el administrado puede solicitar en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto⁶⁰, aunque adviértase que la impugnación administrativa de los actos –y su pedido de suspensión, si fuere efectuado–, carece 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 señala MUÑOZ, la suspensión judicial de los actos administrativos estaba contemplada desde principio de siglo en la Provincia de Buenos Aires, en el primer

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 trepitado 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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Cfr. DIEZ, Manuel, M., *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 319.

⁵⁹ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, p. 21 y ss.

⁶⁰ Cfr. Art. 12 de la Ley 19.549.

Código de lo Contencioso Administrativo, denominado Código Varela⁶¹. 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 CPCCN⁶², 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”⁶³.

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 innovativa⁶⁴, 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, otros autores como PALACIO 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 derechos⁶⁵. 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.

⁶¹ MUÑOZ, Guillermo A. – GRECCO, Carlos M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 621.

⁶² Cfr. CNCAF, Sala II, “Treas 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.

⁶³ 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 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).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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 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.

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 peligro⁶⁶.

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 refute⁶⁷. 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.

Pues bien, 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 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, ya sea mientras tramita el procedimiento administrativo o una vez concluido.

C) 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, es 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 suscita 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, sea 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 cuestión⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 826.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ “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 CNCAF, en la causa “Rama, Norberto c. UBA”, de fecha 20/5/1986. Cfr. CNCAF, Sala III, in re “Tienda León Manuel S.A. c/ Estado Nacional – Fuerza

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 justicia⁶⁹.

Por otra parte, en el caso de las medidas judiciales tendientes a suspender los efectos de los actos administrativos, también se discute 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, sostienen 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 12 de la L.N.P.A., que regula la suspensión del acto administrativo en sede administrativa⁷⁰. 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 requisitos⁷¹. 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.

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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

Entre los que se oponen firmemente a esta idea se encuentran, entre otros, MAIRAL, TAWIL y GARCÍA PULLÉS, quienes sostienen la aplicación del C.P.C.C.N., entendiendo principalmente que el artículo 12 de la L.N.P.A. 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 magistrados⁷².

Por su parte, COMADIRA sostiene que si el pedido de protección cautelar se realiza 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, corresponderá 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 es 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 agotada⁷³.

GARCÍA PULLÉS critica esta postura, porque en su opinión, a la que adherimos, la evaluación de la decisión de la administración de suspender o no un 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 parte⁷⁴.

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 derecho⁷⁵. Este criterio neutraliza la incidencia que podría tener la aplicación de los requisitos que prescribe el

⁷² 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.

⁷³ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 265 y ss.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ “Arizu, Enrique e Hijos c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 307:2267 (1985); CNCAF, 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.

artículo 230 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 cautelar⁷⁶.

D) Las medidas positivas contra la Administración

A la tutela cautelar clásica de suspensión de los efectos del acto, que no alcanzaba supuesto de denegación de derechos, se le sumaron las medidas positivas -o innovativas⁷⁷-, 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”⁷⁸.

⁷⁶Al 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 555.

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 hacer⁷⁹. 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 dictado⁸⁰.

E) 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 ser una medida de no innovar, o una medida positiva que resguarde el derecho lesionado.

F) 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 lo encontramos 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 obliga, 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 establece la jurisprudencia, que sostiene 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

⁷⁹ SORIA, Daniel F., “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo” (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)”, ED 182-1126.

⁸⁰ “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).

esa segunda vía quedara expedita de alguno de los modos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo”⁸¹.

En nuestro medio, GARCÍA PULLÉS 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”⁸².

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 autónoma⁸³.

Una práctica procesal recurrente seguida por los litigantes indica que éstos inician una pretensión administrativa y, paralelamente, acuden a la justicia requiriendo una medida cautelar autónoma hasta que la Administración resuelva sus peticiones. A partir de ese momento la cautelar pierde vigencia, pero inmediatamente pueden iniciar el pleito con la extensión de esa cautela –o un nuevo pedido–, una vez que se encuentran en condiciones de habilitar la instancia judicial pues se ha 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.

G) 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

⁸¹ Cfr. CNCAF, 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.

⁸² GARCÍA PULLÉS, Fernando R, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 63.

⁸³ 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 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.”

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 solicitada⁸⁴.

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”⁸⁵.

H) 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 decisión⁸⁶.

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 jurisdiccionales⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, cit.

⁸⁵ GUGLIELMINO Osvaldo, “Medidas cautelares contra la Administración”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N° 13, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 80 y ss.

⁸⁶ LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, cit., p. 353.

⁸⁷ 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

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 de paralizar la gestión del país, con la consecuente posibilidad de generarse daños importantes a ese interés colectivo de impostergable realización⁸⁸. Recuérdese que las cautelares se otorgan inaudita parte, y en la mayoría de los casos mediando una caución juratoria. Estos problemas se advierten en materia de servicios públicos⁸⁹, donde muchas asociaciones se presentan sin acreditar representación alguna –no hay ley que las regule- y logran medidas cautelares que paralizan obras de gran envergadura. Asimismo, otro ejemplo se observa en la Ciudad de Buenos Aires, donde ocurre en forma reiterada el problema de la paralización de construcciones debido a la interpretación que los jueces desarrollan, en el marco cautelar, de las normas de planeamiento urbano y edificación.

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde el interés público es evidente y adquiere una importancia relevante, se debiera correr 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 lo fortalece, no existiendo norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que algunos autores lo denominen la bilateralización de las medidas cautelares, u otros prefieran referirse a un simple pedido de informes, lo cierto es que serán procedentes y necesarios en la medida que se den las circunstancias que así lo ameriten y, por supuesto, siempre que la urgencia lo permita.

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

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 CNCAF dispuso la inconstitucionalidad de este precepto, in re “Grimberg Marcelo Pablo c/ PEN Dto. 1570/01 s/ Amparo”, de fecha 25/6/02.

⁸⁸ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 259.

⁸⁹ Para TAWIL “la complejidad técnica que en general caracteriza a la prestación de servicios públicos, la trascendencia económica de los intereses en juego y el dinamismo que caracteriza a estas actividades -susceptibles de repercutir en forma inmediata en millones de usuarios y agentes económicos- han otorgado a la tutela cautelar una importancia prácticamente decisiva en esta materia, difícilmente susceptible de ser trasladada a la decisión final a adoptarse –tres o cuatro años después- en ocasión de dictarse la sentencia definitiva del proceso judicial. Basta advertir, por ejemplo, la trascendencia que revisten las decisiones adoptadas en materia tarifaria así como en relación al alcance de los derechos o privilegios conferidos para la prestación de los servicios.” (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. 1360).

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.”⁹⁰ 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 de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.