

Título: La tutela cautelar otorgada en forma anticipada o autónoma

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY2000-F, 836

Cita: TR LALEY AR/DOC/11417/2001

En esta causa, la sala V de la cámara nacional de apelaciones en lo contencioso administrativo federal hizo lugar a la medida cautelar anticipada pretendida por la actora tendiente a que se suspendieran los efectos de una resolución de la superintendencia de seguros de la Nación.

En nuestro país, la medida cautelar típica reconoce su origen, en el orden nacional, en las prescripciones del código procesal civil y comercial de la Nación ( arts. 230 a 232, Cód procesal ) aplicable por analogía ante la falta de normas generales en el contencioso administrativo el cual, solamente ha regulado, en forma específica, la suspensión del acto administrativo, a partir de la sanción de la ley nacional de procedimiento administrativo (adla, XXXII-B, 1752) en el año 1972 (arts. 12).

Antes de esa fecha y por cierto en forma reiterada hasta la actualidad se aplicó y se continúa aplicando la normativa que regula la tutela cautelar civil que faculta al juez a decretar la prohibición de innovar, "inaudita parte", cuando concurren el "fumus bonis iuris" y el "periculum in mora" (art. 230, Cód. procesal).

Si bien, en general una parte de la doctrina procesalista influida por el título de la norma ha considerado que el art. 230 del Cód. Procesal, se refiere exclusivamente a la prohibición de innovar, existen autorizadas opiniones que han interpretado que el concepto legal incluye también a las medidas innovativas <sup>(1)</sup> y aunque ésta no haya sido la tendencia jurisprudencial mayoritaria observada por nuestros tribunales lo cierto es que dicha norma contempla tanto la posibilidad de la alteración como del mantenimiento del "statu quo".

En tal sentido, el fallo encuadra, en forma acertada, la pretensión como medida cautelar innovativa, considerado que se configuran los presupuestos de fundabilidad prescriptos en el art. 230 del Cód. procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).

Al respecto, hay dos conclusiones en la sentencia que merecen ser resaltadas en un comentario de esta índole. La primera, al referirse a la configuración del "periculum", pues aunque en alguna parte del fallo se lo asimila al perjuicio irreparable, lo cierto es que declara que los efectos de la resolución impugnada no pueden medirse en función de la mera reparación material, dado que, por su propia naturaleza, la subsistencia de tales efectos afecta directamente la operatividad comercial y financiera de la sociedad, al desaparecer del mercado los principales productos que, en materia de seguros de vida, ella está ofreciendo en el país.

En segundo lugar, que los presupuestos de fundabilidad deben considerarse cumplidos cuando se presentan de un modo manifiesto. Esta es la buena doctrina y el principio rector en la materia, sin que a nuestro criterio quepa sostener que se trata de una excepción a la regla de la estrictez, dado que el carácter excepcional que suele atribuirse a esta clase de medidas no surge de norma alguna. Basta con que se cumplan los requisitos de fundabilidad, en cuyo caso -la regla general prescribe el otorgamiento de la tutela- cautelar.

Pero esta es sólo una mínima discrepancia con una parte de la fundamentación que luce en este excelente fallo.

Resulta indudable, por lo demás, que las medidas innovativas anticipadas o autónomas están llamadas a desempeñar un papel trascendente en el contencioso administrativo haciendo realidad el pregonado equilibrio entre prerrogativa y garantía, el cual, sin una tutela judicial verdaderamente efectiva, carece de sentido seguir pregonando.

En suma, creemos que esta jurisprudencia, susceptible de extenderse a situaciones similares, viene afirmar la íntima conexión existente entre el proceso cautelar y la tutela judicial efectiva (en nuestra terminología constitucional la garantía de defensa) y contribuye decididamente al afianzamiento de la seguridad jurídica.

Especial para la ley de derechos reservados (ley 11.723).

(1) Cfr. PALACIO, Lino Enrique, la venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual", en el libro "Medidas cautelares", t. 1, p. 10º, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. En sentido similar: (GARCIA PULLES, Fernando, op. cit., p.21.