

Título: Las medidas cautelares en el contencioso administrativo

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY2001-B, 1090 - LLP 2002, 132

Cita: TR LALEY AR/DOC/18466/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. Fundamento de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo: la tutela judicial efectiva. - III. Distintas clases de medidas cautelares. - IV. Las medidas cautelares típicas: prohibición de innovar y medida innovativa. - V. La suspensión del acto administrativo. - VI Las medidas de contenido positivo. la medida cautelar genérica del artículo 232 del Código Procesal. - VII. Las medidas autónomas y autosatisfactivas. - VIII. Cuestiones comunes que se plantean en el ámbito de los procesos cautelares. - IX. La contracautela. - X. Reflexiones finales.

I.Introducción

Toda persona puede encontrarse ante la situación de tener que accionar judicialmente a fin de obtener la tutela inmediata de sus derechos, lesionados por un acto administrativo, reglamento o ley, y aún por la inactividad material de la Administración en concederle o reconocerle su derecho, o bien, por el dictado de un acto o de un comportamiento material ilegítimo que lesiona su patrimonio, su libertad o cualquier otro derecho o interés digno de protección jurídica.

De cara a esa situación y sobre una técnica montada en la aplicación de las reglas que rigen el proceso cautelar en el orden civil, el derecho procesal administrativo comenzó tipificando la clásica medida de suspensión de los efectos del acto administrativo y terminó extendiéndola también a los reglamentos. Esta medida suspensiva, con los matices propios que establecen los distintos ordenamientos comparados, ha sido durante mucho tiempo, la tutela cautelar típica del contencioso-administrativo, prescripta en aquellos países hispano-americanos cuyos sistemas, en general, se nutren de fuentes provenientes principalmente de los derechos español, francés e italiano.

Era evidente que, al circunscribirse la pretensión cautelar a la medida suspensiva quedaban fuera del campo de la protección nada menos que los actos administrativos que denegaban los derechos básicos de las personas, los cuales precisan, muchas veces, contar con una tutela judicial inmediata cuando, conforme a la naturaleza de los derechos lesionados, la única forma de asegurar su efectividad se alcanza a través de medidas positivas (1) que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del proceso ordinario, lo que la Administración le niega al ciudadano en forma arbitraria o manifiestamente ilegítima.

Contemporáneamente, el clásico proceso cautelar no puede soportar ya la presión de los judiciales provocada por la generalizada lentitud de los juicios, que sólo se resuelven al cabo de muchos años de trajar por los tribunales, con olvido de aquella sentencia popular que dice que la justicia tardía no es justicia (2).

A su vez, la demora en la tramitación de los procesos ha impulsado la apertura de formas de tutela judicial anticipada y de urgencia que, si bien aparecen como consecuencia de la lentitud procesal responden a causas más profundas, en el sentido de que cualquiera sean las mejoras que permitan corregir la actual situación (incluso la sobrecarga de expedientes) igualmente tienen su razón de ser con independencia de los defectos que viene padeciendo el accionar del poder judicial.

Se trata, como más adelante veremos, de la irrupción de nuevos frentes que se han abierto en la lucha, por la realización de la tutela judicial efectiva, en que se encuentra empeñada gran parte de la doctrina y jurisprudencia europeas. Se habla ahora de las llamadas medidas autosatisfactivas (3), de la tutela anticipatoria (4) y de la necesidad de reformular la teoría de las medidas cautelares (5).

Así, mientras el reconocimiento de las medidas cautelares positivas deja de lado la interpretación más cerril del principio de la división de poderes potenciando el papel del juez en la realización de la justicia material, las medidas autosatisfactivas vienen a poner en crisis las relaciones de dependencia y el consecuente carácter instrumental o subsidiario propio de las típicas medidas cautelares del ordenamiento procesal civil. Por su parte, la denominada tutela anticipatoria, como ha advertido Cassese, ha terminado por desplazar el clásico juicio cautelar, al anticipar en éste el juicio de fondo (6).

Este nuevo panorama que exhibe tanto el derecho procesal civil como el contencioso-administrativo, conduce a interrogarnos si algo no se ha roto del antiguo molde al que estaba ceñida la tutela cautelar y si el fenómeno cuya extensión ya se vislumbra, reclama una mera adaptación de la teoría tradicional sobre las medidas cautelares o bien una distinta modulación que, sin destruir la unidad del proceso cautelar, permita hacer jugar las diversidades de una tutela de urgencia, a través de la búsqueda del fondo común que anida en todas ellas.

Si aún así subsistieran las dificultades técnicas (tanto prácticas como teóricas) para introducir las nuevas

figuras en el modelo de la tutela cautelar habría entonces llegado el momento de preguntarse si no sería mejor encarar la construcción dogmática de cada figura en forma separada y autónoma, respecto de la categoría clásica.

Con todo, quedan muchos otros puntos de ese panorama sin resolver en forma compatible con el principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, si bien la jurisprudencia ha sido siempre, en nuestro país, la principal avanzada que ha quebrado la tendencia que sostenía una rigurosa defensa de los poderes de la Administración y del Parlamento frente a los del juez, se da la paradoja que estos poderes, en materia cautelar, se han interpretado y aún hoy continúan interpretándose en forma restrictiva (en contra de la persona que reclama la tutela judicial efectiva) sin que exista principio o norma alguna que proclame semejante regla.

Cuestiones tales como la excepción de interés público para impedir el dictado de la medida cautelar, la exigencia de requerir que se plantee previamente el pedido de suspensión de los efectos del acto en sede administrativa junto a la apreciación rigurosa de los requisitos que justifican su procedencia, aún en casos de inactividad material o de vías de hecho, hasta negar la potestad al juez para condenar a la Administración al dictado de medidas positivas, han puesto en crisis no solamente la clásica ecuación entre prerrogativa y garantía sino, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

En nuestro medio existe la creencia de que el proceso judicial más apto para obtener la protección de los derechos constitucionales es el juicio de amparo, sin reparar en que este proceso sumarísimo se abre exclusivamente frente a una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, es decir, cuando se cuenta con una fuerte apariencia de buen derecho que surja en forma patente y notoria del propio acto, sin necesidad de mayor debate y prueba.

Sin descartar la utilización del amparo cuando se dan los requisitos que permitan promoverlo es evidente que este proceso resulta inadecuado para resolver situaciones que demandan una medida cautelar autosatisfactiva o de urgencia.

Supongamos, por un momento, que un ciudadano recibe una orden administrativa ilegal para incorporarse a las fuerzas civiles y militares que combaten un incendio forestal sin que dicha orden exhiba una ilegalidad manifiesta.

En tal caso, como el amparo no resulta la vía apta para satisfacer su pretensión y cualquier otro proceso tampoco le permite arribar a este resultado, la real posibilidad para la protección efectiva de su derecho consiste en obtener judicialmente la suspensión del acto administrativo a través del proceso cautelar o la concesión de una medida cautelar positiva (7).

En cualquier caso, la tutela cautelar se otorgaría en forma previa y autónoma, aplicando el criterio según el cual procede la suspensión del acto administrativo, cuando los daños que provoca su ejecución sean graves (8) y mayores que los que genera el mantenimiento de la suspensión mientras tramita el proceso.

II. Fundamento de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo: la tutela judicial efectiva

Si bien la medida cautelar clásica nació en los ordenamientos procesales civiles el transplante de las técnicas del derecho procesal civil al contencioso-administrativo no se produjo siempre de la misma manera pues mientras, algunos ordenamientos como nuestros códigos provinciales en lo contencioso-administrativo, tipificaron la suspensión de los efectos del acto administrativo, otros sistemas acudieron a la aplicación analógica, de la normativa del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyas prescripciones ampliaron el universo de las medidas cautelares contra la Administración, sobre la base de los clásicos requisitos procesales ("fumus boni iuris" y "periculum in mora").

Esta fue, precisamente, la orientación seguida en el orden nacional que se adelantó, en muchos años (9), a la tendencia de muchos sistemas europeos (inclusive el español) reconociéndose a partir de mediados del siglo XX, que los jueces disponían de plena potestad jurisdiccional para dictar medidas cautelares tanto negativas (la clásica suspensión de los efectos del acto administrativo) como positivas.

Ahora bien, las medidas cautelares en el proceso civil persiguen un fundamento que, en alguna medida y en lo sustancial, difiere del que tienen en el contencioso-administrativo. De un lado, no puede negarse que, al igual que lo que acontece en el proceso civil, la medida cautelar traduce una garantía jurisdiccional (10) que tiende a mantener la igualdad de las partes en el proceso con el objeto de resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad de las cosas objeto de la litis (11).

En ambos sistemas también resulta evidente que la tutela cautelar procura asegurar los derechos de los litigantes haciéndolos efectivos y evitando su frustración anticipada (antes de la sentencia). Pero, hay que advertir que en el contencioso-administrativo 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

(12).

En tal sentido, el principio de la tutela judicial efectiva, que se encuentra en la base de nuestro ordenamiento (13) y el de otros países (14), constituye el fundamento de esta clase de medidas que más que apuntar a la inmodificabilidad de la cuestión litigiosa y a la eficacia de la sentencia vienen a garantizar la legitimidad del obrar administrativo y a evitar daños a los particulares en sus relaciones con la Administración, asegurando sus derechos mientras se sustancia el proceso principal y, aún, con independencia de este último.

Por estas razones, las normas del ordenamiento procesal civil se aplican solo ante los vacíos legales, y, en cualquier caso, mediante la técnica de la analogía (15) y no de la subsidiariedad, lo cual torna incompatible exigir para la suspensión del acto administrativo prescripta en el art. 12 de la L.N.P.A. (Adla, XXXIX-C, 2339 -t. a.-, los requisitos de fundabilidad exigidos por ordenamiento procesal civil (art. 230I, Cód. Procesal).

A su vez, no se puede desconocer la íntima conexión que existe entre la efectividad de los derechos y la configuración de la urgencia como requisito común de la tutela cautelar tanto en el proceso civil como en el contencioso-administrativo que ha hecho que el "periculum in mora" se erija en uno de los requisitos de fundabilidad que abre el cauce al otorgamiento de una medida cautelar.

Sin embargo, el problema fundamental que plantea la construcción dogmática de la tutela cautelar en el proceso administrativo pasa por un concepto jurídico indeterminado como es el "fumus boni iuris" en el que se pone a prueba, en algunos supuestos, la tensión entre la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo (que, en nuestro derecho, no es equivalente al privilegio de autotutela que se afirma en el derecho español) y el ejercicio de la tutela cautelar garantística que permite restablecer rápidamente la legalidad de un modo efectivo. Algo similar ocurre con la aplicación y obligatoriedad de reglamentos.

Y esa tensión se resuelve, en algunos casos, de reunirse los requisitos de fundabilidad, mediante una medida cautelar que satisface la pretensión de que, en forma provisoria, restablezca la situación existente con anterioridad al dictado del acto administrativo.

Pues aun cuando tal restablecimiento fuera provisorio (como ocurre en los supuestos de la tutela cautelar típica) la subsistencia de una acción administrativa ilegítima, mientras tramita el proceso principal, afectaría la efectividad de los derechos e intereses de la persona, que le serían reconocidos tardíamente, después de un largo proceso, a través de una sentencia que carecería de utilidad práctica.

Por otro lado, numerosos ejemplos de la vida real reafirman la necesidad jurídica de hacer efectivos los derechos antes o con independencia de la sentencia de fondo. Tal es lo que ocurrió en el caso de un deportista que fue ilegítimamente excluido de participar en la selección nacional que disputaba una competencia internacional, a raíz de una arbitraria decisión del director técnico. En tal caso, si no hubiera obtenido una medida cautelar que restableciera en tiempo oportuno su derecho a participar en el torneo, de nada le hubiera valido obtener una sentencia de mérito que declarase la ilegitimidad de la exclusión y las compensaciones económicas del caso, pues la sustancia de su derecho era la de disputar efectivamente los partidos de dicho torneo internacional, lo cual sólo podía llevarse a cabo mediante una medida cautelar dispuesta por un juez "inaudita parte".

III. Distintas clases de medidas cautelares

Las categorías jurídicas suelen nacer de un proceso de destilación de una construcción dogmática que pone el acento en la unidad de ciertas semejanzas que aparecen en las cosas y en las ideas que operan sobre la realidad.

En el mundo del derecho las categorías jurídicas integran la parte dogmática del derecho administrativo y sin limitarse a un puro nominalismo desprovisto de sentido contribuyen al conocimiento del derecho convirtiéndose en las herramientas que utilizan los legisladores y los jueces para deslindar instituciones y aplicar un determinado régimen jurídico en forma homogénea a la respectiva categoría e interpretar los supuestos de duda o de vacío legal, lo cual contribuye, sin duda, a la seguridad jurídica.

Ahora bien, cuando no son el producto de un abuso conceptualista, ellas subsisten en la dogmática jurídica en la medida en que reportan utilidad para la realización de los fines prácticos que persigue el derecho, a través de su recepción constante y reiterada por parte de la comunidad jurídica guiada básicamente por la jurisprudencia y la doctrina.

De ello se desprende que toda categoría jurídica corre siempre el riesgo de perecer o transformarse, pues para alcanzar una vigencia efectiva precisa amoldarse a la realidad y ser útil como instrumento de realización del derecho.

En tal sentido, algunos juristas se preguntan ahora si no resulta necesario reformular la tutela cautelar clásica e incluir en una categoría más genérica bajo la denominación de tutela de urgencia (16) incluyendo en esta

última las llamadas medidas autosatisfactivas.

A nuestro juicio, la unidad que exhibe el proceso cautelar no se resiente por el hecho de incorporar nuevas formas de tutela. En tal sentido, no obstante la transformación que se viene operando en los ordenamientos procesales comparados, la urgencia continúa siendo un presupuesto común de la tutela cautelar siendo también advertible que las diversidades propias de cada clase de medida son reconducibles a un mismo procedimiento, aun cuando difieran los requisitos exigidos para decretar su procedencia.

Con esas salvedades, abordamos a continuación las diferentes clases de medidas cautelares.

IV. Las medidas cautelares típicas: prohibición de innovar y medida innovativa

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 que, como veremos más adelante, solamente ha regulado, en forma específica, la suspensión del acto administrativo a partir de la sanción de la L.N.P.A. en el año 1972 (art. 12).

Antes de esa fecha y por cierto en forma reiterada hasta la actualidad se aplicó y 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 boni iuris" y el "periculum in mora" (art. 230, Cód. Procesal).

Si bien, en general una parte de la doctrina procesalista influida más 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 [\(17\)](#) y aunque esta no haya sido la tendencia jurisprudencial observada por nuestros tribunales lo cierto es que dicha norma contempla tanto la posibilidad de la alteración como del mantenimiento del "statu quo".

Por su parte, además de la prohibición de contratar, legislada en el art. 231 del Cód. Procesal, el ordenamiento procesal civil contempla las llamadas medidas cautelares genéricas que han permitido dictar a los jueces medidas urgentes, de contenido positivo, contra la Administración, cuando el particular pudiere sufrir "un perjuicio inminente e irreparable" (art. 232, Cód. Procesal).

El proceso cautelar típico tramita por incidente y está vinculado al proceso principal el cual, en caso de no promoverse en el plazo de diez (10) días siguientes al de su traba (art. 207, Cód. Procesal), provoca la caducidad de la medida cautelar.

Pero tanto en el supuesto de la prohibición de innovar como en el de las medidas innovativas de contenido positivo, la idea que subyace en la construcción procesal consiste en que la primera procede para mantener la igualdad de las partes en el proceso e impedir que la modificación de la situación de hecho o de derecho "pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible" [\(18\)](#) mientras la medida de urgencia, en aplicación de esa misma finalidad se decreta "para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia" [\(19\)](#).

Va de suyo que en la relativización de esta "provisionalidad" que, como fue señalado en su momento por la doctrina [\(20\)](#), constituía uno de los rasgos comunes de las medidas cautelares típicas, se encuentra el punto más álgido de la crisis que ha padecido el sistema cautelar clásico que enfrenta -como se verá más adelante- el reconocimiento de las llamadas medidas autosatisfactivas.

Otro de los aspectos de la concepción tradicional que resulta cuestionado radica en la posibilidad de prejuzgar sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá que dictar el juez, lo que ha conducido a exigir que el objeto de la pretensión cautelar sea distinto al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

La experiencia nos indica no sólo que resulta muchas veces imposible, o al menos difícil, impedir que los jueces prejuzguen al dictar una medida cautelar sino lo que es más grave aún, que los litigantes suelen inventar una pretensión principal distinta, sobre la que carecen realmente de interés, con tal de obtener la tutela cautelar que satisfaga sus pretensiones en forma inmediata y efectiva.

Frente a dicha problemática, la tutela judicial efectiva exigirá sin duda en el futuro que el derecho procesal supere tanto las fórmulas que impiden prejuzgar sobre la pretensión de fondo como las que prohíben tramitar un proceso cautelar cuya pretensión sea idéntica a la del principal, admitiendo dos fases de un mismo proceso, una provisoria y urgente y otra definitiva, sin perjuicio de que la tutela cautelar puede también proceder, en ciertas circunstancias de máxima urgencia, con independencia del proceso principal y aún sin necesidad de que éste se promueva.

Un ordenamiento de avanzada en esta materia, como es, el Código Contencioso y Tributario Administrativo

de la Ciudad de Buenos Aires, admite la procedencia de las medidas cautelares "aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida"[\(21\)](#).

V. La suspensión del acto administrativo

En el contencioso-administrativo clásico, representado en Argentina por los Códigos provinciales, la única medida cautelar que se regulaba era la suspensión del acto administrativo, es decir, la suspensión de su cumplimiento o ejecutoriedad [\(22\)](#).

No obstante, la ausencia de un Código en el orden nacional condujo tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, a recepcionar, por analogía, la llamada figura de la "prohibición de innovar", legislada en el ordenamiento procesal civil, cuya utilización en los procesos cautelares permitió obtener la suspensión de los actos administrativos como lo confirman los numerosos fallos de los tribunales dictados, sobre todo después de la década iniciada en 1960. Por lo demás, resulta obvio que esta medida se transforma en innovativa si recayera sobre un acto administrativo que comenzó a producir sus efectos al tiempo de dictarse por el juez la medida precautoria.

Con posterioridad y a partir del tratamiento que hicimos de la cuestión dentro de la teoría del acto administrativo [\(23\)](#) un sector de la doctrina [\(24\)](#) impulsó la aplicación de la fórmula contenida en el art. 12 de la L.N.P.A. al contencioso-administrativo, sosteniendo que el régimen de la suspensión de los efectos del acto posee su regulación propia en dicha ley, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil.

En esa línea se ha dicho que "si bien la norma transcripta se refiere a la suspensión que tiene lugar en la órbita administrativa no existe impedimento para decretarla, en iguales condiciones, en sede judicial"[\(25\)](#).

Las condiciones que prevé el art. 12 de la L.N.P.A. para tornar procedente la medida de suspensión son tres, a saber: a) que se alegue fundadamente una nulidad absoluta, lo que se ha interpretado, en armonía con la posición que venimos manteniendo [\(26\)](#), en el sentido de que la nulidad debe surgir notoriamente del propio acto, es decir, que se trate de una nulidad manifiesta [\(27\)](#); b) existencia de motivos de interés público, y c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

A la vista de ese marco legal se ha interpretado que basta la ocurrencia de uno solo de tales requisitos para que el juez quede habilitado a dictar la suspensión de los efectos del acto administrativo [\(28\)](#) sin que quepa adicionar los requisitos genéricos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).

Al respecto, si la jurisprudencia ha atenuado la exigencia conjunta del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora" conforme al criterio que sostiene que "a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe la evidencia de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del 'fumus boni iuris' se puede atenuar"[\(29\)](#), ese criterio neutraliza la incidencia que podría tener la aplicación de los requisitos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal [\(30\)](#) al supuesto previsto en el art. 12 de la L.N.P.A.

Un dato de la experiencia judicial revela que la sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió la suspensión de un acto administrativo de la D.G.I. que en forma arbitraria (con falta de fundamentos razonables) denegó una compensación, con fundamento en el art. 12, parte 2ª de la L.N.P.A. [\(31\)](#).

Por lo demás, una práctica jurisprudencial reiterada ha venido reconociendo en el contencioso-administrativo federal la posibilidad de dictar una medida precautelar o subcautelar que consiste en la suspensión preventiva de los efectos de un acto administrativo mientras el juez analiza y decide acerca de la procedencia de la pretensión cautelar la cual suele concederse cuando el tribunal considerase necesario requerir un informe previo a la demandada, tal como lo prescribe el art. 23 inc. 1º del Cód. Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Adla, LVII-E, 6207).

De otra parte, cuadra apuntar que el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires ha legislado, como medida cautelar específica, la suspensión de la ejecución del acto administrativo en los siguientes términos:

"Las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos:

1. Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público.

2. si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera

como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.

La autoridad administrativa correspondiente, puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resuelve el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declara a cargo de la autoridad administrativa peticionante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda o recurso (32)."

La tendencia a regular en forma separada la medida cautelar de suspensión del acto administrativo ha sido también seguida en el Código de la Provincia de Buenos Aires (33), si bien con requisitos diferentes en cuanto al "fumus" pues mientras por una parte (1) mantiene el requisito de la verosimilitud del derecho en vez de la ilegalidad manifiesta lo que si bien puede ampliar las posibilidades de la pretensión cautelar en realidad resulta sobre abundante, dado que ya se encuentra contemplado en la fórmula genérica del artículo 22, ap. 1, inc. a) por la otra (2) exige que el tribunal evalúe si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles (34).

VI. Las medidas de contenido positivo. La medida cautelar genérica del artículo 232 del Código Procesal

Al superarse arcaicas concepciones que, con fundamento en el principio de división de poderes, negaban a los jueces la facultad de dictar medidas cautelares positivas contra la Administración (y aún sentencias definitivas que superaran el estrecho marco impuesto por el dogma revisor) se abrió un amplio cauce para el reconocimiento de la potestad judicial de decretar, en los procesos cautelares, medidas de contenido positivo.

Como el universo de situaciones en las que es necesario acudir a la tutela cautelar excede el margen de la medida de suspensión prevista en el art. 12 de la L.N.P.A. (35) la jurisprudencia ha terminado utilizando la figura de la medida cautelar genérica prevista en el art. 232 del Cód. Procesal (36).

Y si bien esta norma requiere que se configure la situación de peligro inminente e irreparable, creemos que, por analogía, también resultará procedente la medida cautelar -particularmente la positiva- en caso de concurrir el requisito de ilegalidad específico que prevé el art. 12 de la L.N.P.A., es decir, la alegación fundada de una nulidad absoluta, que en tales casos, juega como un requisito inherente a la apariencia de buen derecho ("fumus").

Cabe señalar que las medidas positivas, que son una especie dentro de las innovativas, no obstante haberse considerado erróneamente de interpretación restrictiva y de carácter excepcional (37) vienen dictándose por los tribunales desde tiempo atrás, no siendo una novedad para el contencioso administrativo argentino. En tal sentido, el Código Procesal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires las contempla expresamente (art. 22 inc. 3º) así como también las ha previsto el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (38).

Como ha anotado Soria, se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, ya sea que estos consistan en obligaciones de dar o de hacer (39) procediendo tanto en ejercicio de la potestad reglada como de la discrecional (40), aun cuando su procedencia resulta más nítida en la actividad reglada. Lo que el juez tiene que apreciar más que la naturaleza reglada o discrecional de la respectiva actividad es el derecho del administrado a la tutela cautelar y los requisitos de fundabilidad de ésta.

VII. Las medidas autónomas y autosatisfactivas

La última novedad que exhibe actualmente el derecho procesal argentino radica en la llamada medida autosatisfactiva, que un sector de la doctrina incluye dentro de la categoría más genérica de la tutela de urgencia (41), cuya aplicación ha comenzado a propiciarse en el campo del contencioso-administrativo (42).

Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión (43).

Entre los casos más comunes registrados por la jurisprudencia, que explica por sí mismo esta clase de tutela judicial, se encuentra la medida que ordena a la Administración a concederle al particular vista de las actuaciones administrativas, ya sea en caso de silencio o de una denegatoria arbitraria. Si el administrado opta por la vía de la tutela autosatisfactiva la decisión del juez otorgando la vista en un proceso cautelar o de urgencia agota su pretensión de un modo único y definitivo situación que también puede darse en otros casos (44).

Como puede advertirse, estas medidas no son instrumentales o accesorias respecto de proceso principal alguno y, por tanto, son autónomas.

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares autónomas (en el sentido de que pueden promoverse antes de la promoción de un proceso principal) que no sean autosatisfactivas como lo

ha venido admitiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales. En tales supuestos, la medida cautelar se presenta como autónoma e instrumental, al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley.

En esta tesitura, la jurisprudencia ha decretado la procedencia de una medida de suspensión de los efectos de un acto administrativo mientras tramita el recurso jerárquico interpuesto contra dicho acto, si bien supeditando su otorgamiento al previo pedido de suspensión en sede administrativa (45).

En nuestra opinión, concordante con un sector de la doctrina (46), esta última exigencia configura un requisito inútil (pues la Administración prácticamente nunca resuelve suspender el acto) que conculca, además, el principio de la tutela judicial efectiva al prolongar innecesariamente la iniciación del proceso cautelar con mengua de los derechos de las personas que tendrán que soportar, mientras tanto, la ejecución de un acto administrativo manifiestamente ilegal.

No se nos escapa que el principal cuestionamiento que puede enfrentar la recepción de la medida autosatisfactiva radica en la indefensión del demandado dado que, en nuestro ordenamiento, ellas se decretan "inaudita parte", por aplicación analógica de las reglas que rigen la tutela cautelar.

No obstante, aun cuando la medida autosatisfactiva podría tramitarse en dos fases del proceso (una provisional y otra definitiva) la indefensión podría superarse mediante la concesión de un breve traslado a la otra parte, antes de la resolución definitiva o la comparencia, también en plazo breve, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar (47).

1. Requisitos de fundabilidad

En aquellos casos en que la jurisprudencia ha hecho lugar a pretensiones cautelares autónomas, sean o no autosatisfactivas, ha fundado la respectiva medida en las prescripciones del art. 230 del Cód. Procesal, es decir que se requiere: a) verosimilitud del derecho, y b) peligro en la demora agregando, en algunos precedentes, la exigencia de que el otorgamiento de la tutela judicial no afecte el interés público, tema del que nos ocupamos más adelante.

De este modo, no se ha distinguido debidamente a nuestro juicio el tipo específico que, en cuanto a la suspensión de la ejecución o efectos del acto administrativo, prevé el art. 12 de la L.N.P.A. al cual no le ha extraído aún la utilidad que puede prestar para la realización de la tutela judicial efectiva.

En cambio, como se indicó, esta situación se encuentra expresamente contemplada en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (48).

VIII. Cuestiones comunes que se plantean en el ámbito de los procesos cautelares

1. La excepción de interés público para negar la procedencia de una medida cautelar

Un amplio sector de la jurisprudencia viene sosteniendo en reiterados pronunciamientos (49) que para el otorgamiento de la tutela cautelar resulta necesario resguardar el interés público comprometido en el acto administrativo sobre el que recae la medida.

Este requisito, que no se funda en norma alguna, ha sido como una muleta procesal creada por los jueces para apoyar el rechazo de medidas cautelares y favorecer a la Administración.

Si el derecho del particular resulta verosímil y si ha demostrado, llegado el caso, la configuración de una nulidad absoluta y manifiesta, no puede haber interés público que se oponga al restablecimiento efectivo y rápido de la legalidad administrativa.

En cualquier supuesto, aunque la jurisprudencia continuase aferrada a la exigencia de este requisito su excepcionalidad se impone a la luz de razonables pautas interpretativas:

a) La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte;

b) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse -como se ha señalado- de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no puede fundarse en un interés público de tipo genérico;

c) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos;

d) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y

e) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al

demandante de la suspensión.

2. El requisito concerniente a la irreparabilidad del perjuicio

Para la procedencia de las llamadas medidas cautelares genéricas el ordenamiento procesal civil (art. 232, Cód. Procesal) consagra el requisito de la alegación de un perjuicio inminente o irreparable, el cual no resulta prescripto para las medidas cautelares específicamente regladas como la "prohibición de innovar" (art. 230, Cód. Procesal) y la suspensión de los efectos del acto administrativo (art. 12, L.N.P.A.).

En cuanto a la demostración de la irreparabilidad del daño ella debe ceñirse al daño en sí mismo y no a la posibilidad de indemnizarlo -por lo demás siempre compleja y muchas veces limitada, tratándose del Estado- descartando la aplicación de la arcaica e injusta tesis según la cual la solvencia estatal garantiza la reparabilidad de los daños (50). De todas maneras, como el art. 232 del Cód. Procesal se refiere alternativamente al perjuicio inminente no resulta necesario, en tales casos, acreditar la irreparabilidad de los perjuicios. Con todo, antes que utilizar el concepto de daño inminente, resulta más adecuada a la finalidad cautelar el empleo de la fórmula "perjuicio inminente" en el Código Procesal Administrativo para la Provincia de Buenos Aires.

3. Medidas precautorias en supuestos de inactividad administrativa y vías de hecho

Nuestros ordenamientos provinciales que regulan el proceso contencioso-administrativo no regulan sobre las medidas cautelares en supuestos de inactividad material de la Administración y comportamientos de ésta constitutivos de vías de hecho (51), a diferencia de la ley española (52).

3.1. Inactividad material

El deslinde entre la inactividad formal y la material iniciado en su momento por Nieto (53) generó un movimiento doctrinario tendiente a superar la orientación de la jurisprudencia que se basaba en la compleja técnica de convertir la inactividad material en formal.

De ese modo, al desconectarla de los actos positivos cuyo dictado cabe exigir a la Administración, por las personas debidamente legitimadas, la inactividad material, en caso de no arbitrarse una vía procesal adecuada, puede llegar a conculcar la efectividad de la tutela judicial.

Por nuestra parte, creemos que la fórmula prevista en el art. 17 del Cód. Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (inspirada en el anteproyecto de la ley española de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa) no resulta apta dado que, como apunta González Pérez al criticar análogo precepto en esta última ley, si la norma exige que se deduzca una reclamación previa y esperar tres meses y "si no hay reacción ante la reclamación, estamos sometiendo al mismo régimen general pretensión frente a la inactividad material que frente a la inactividad formal" (54).

No obstante, como el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (55) prevé medidas cautelares positivas "con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada" consideramos que de darse los presupuestos respecto del "fumus" y del "periculum in mora" que prescribe, en forma específica, dicho ordenamiento (56) la medida cautelar sería procedente frente a la inactividad material.

3.2. Vías de hecho de la Administración

Como es sabido para fiscalizar jurisdiccionalmente las actuaciones materiales de la Administración que no llegaban a configurar actos administrativos y que en forma ilegal lesionaban los derechos de propiedad y libertades fundamentales de las personas la vía de hecho (57) fue una de las construcciones de que se sirvió el Consejo de Estado francés para hacer posible que el control de esos comportamientos irregulares se extendiera a la jurisdicción civil superando así la concepción más absoluta acerca de la independencia de la jurisdicción administrativa.

De allí esta institución pasó a otros derechos como el español siendo recepcionada esta figura por primera vez, en el orden nacional, en la L.N.P.A. (58).

Pero fuera de su régimen sustantivo y de lo concerniente a los mecanismos tendientes a su cesación a través del proceso que corresponde aplicar en cada caso conforme a los diferentes ordenamientos que arriban a una sentencia definitiva que satisfaga la pretensión principal, lo cierto es que cabe admitir, en principio, la pretensión cautelar dirigida a obtener el cese inmediato de una vía de hecho de la Administración.

La ley española establece para la apertura de la admisibilidad del contencioso-administrativo la carga procesal de formular un requerimiento intimando a la Administración a que disponga su cesación, la cual si no fuera atendida o formulada en el plazo de tres días permite deducir directamente recurso contencioso-administrativo (59).

Esta formulación de la ley española que González Pérez (60) ha juzgado superior a la que regula la inactividad material, en virtud de la brevedad de los plazos para ocurrir a la justicia, no ha sido, sin embargo, la seguida por el Código Procesal Contencioso de la Provincia de Buenos Aires, que de un modo más favorable a la tutela judicial efectiva prescribe que las pretensiones contra las vías de hecho podrán deducirse directamente en sede judicial, "sin que sea menester deducir un reclamo previo en sede administrativa" (61).

Mientras en la ley española las medidas cautelares contra las vías de hecho de la Administración, al igual que contra la inactividad material, han sido objeto de una regulación específica en el art. 136, ellas pueden pedirse incluso antes de iniciado el proceso sin que sea necesario acreditar el "periculum in mora" y un menor rigor en cuanto al "fumus". En este último sentido, la medida no se concede si se aprecia con evidencia que no se dan los requisitos establecidos en los arts. 29 y 30 (no configuración de la inactividad material o de la vía de hecho, en su caso) o bien, que se ocasione una perturbación grave a los intereses generales o de un tercero.

Ahora bien, como en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires no se contempla regulación específica alguna para las medidas cautelares contra las vías de hecho (y la inactividad material) de la Administración, corresponde hacer aplicación de las reglas generales sobre el "fumus" y el "periculum in mora", aplicándolas con menor rigurosidad para respetar el principio de la tutela judicial efectiva que reclama que la cesación inmediata de una vía de hecho puede lograrse a través de una medida cautelar, aún antes de la promoción del proceso principal.

A idéntica conclusión cabe arribar en el orden nacional con la salvedad de que los requisitos de fundabilidad del "fumus" se encuentren perfilados en el art. 9º de la L.N.P.A. que prescribe el deber de la Administración de abstenerse:

(a) de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; y

(b) de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.

4. Medidas cautelares que recaen sobre liquidaciones tributarias y sus procesos de ejecución

En materia de actos de gestión tributaria que imponen obligaciones de pagar cantidades líquidas la doctrina jurisprudencial que ha comenzado a prevalecer en España admite que en la vía jurisdiccional se decreta la suspensión de la ejecución de los respectivos actos administrativos a condición de que el pago quede suficientemente garantizado (62).

En tales casos, el Tribunal Supremo español ha accedido a disponer la suspensión de la ejecutoriedad de los actos de gestión tributaria optando por interpretar el art. 122.2 de la Ley Jurisdiccional en la inteligencia de que el pago de las cuotas controvertidas por el contribuyente puede acarrearle perjuicios de difícil reparación (63) interpretando dicha suspensión en el sentido más favorable a éste sin que los fines públicos sufran menoscabo.

Resulta ilustrativo cómo, en línea con el principio de la tutela judicial efectiva el Tribunal Supremo señaló partiendo del principio procesal de derecho según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón" se afirma que:

"Este principio general está directamente relacionado con lo que se viene denominado 'aparición de buen derecho', que ha de ser aplicado, ya que esa es su finalidad, para impedir que puedan seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo al poder público parapetarse en él, cuando en el supuesto de hecho concreto lo que se advierte 'prima facie', es una aparición de buen derecho, lo que impone la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón de su concreta individualidad ... (64)".

No otra doctrina es la que ha sido sustentada recientemente entre nosotros en dos fallos de fuero en lo contencioso-administrativo federal.

En el primer caso, la pretensión cautelar de la actora consistió en requerir el dictado de una medida cautelar autónoma a fin de que la Administración Federal de Impuestos - Dirección General Impositiva se abstuviese de iniciar demandas de ejecución fiscal o de trabar medidas cautelares en relación a una presunta deuda impositiva.

El juez decretó la medida cautelar sobre la base de que se encontraban reunidos los extremos del art.230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), sosteniendo que si en el proceso de ejecución fiscal sólo se analizan los requisitos extrínsecos del título ejecutivo, la desestimación de la medida cautelar importaría una denegación de justicia, teniendo en cuenta que la Administración omitió resolver los recursos administrativos promovidos (en los que se planteó la cuestión de fondo que no puede dirimirse en el proceso de ejecución) así como tampoco resolvió el pedido de suspensión de los efectos del acto formulado por la actora

(65).

En el segundo fallo, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar autónoma tendiente a que la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de perseguir por vía ejecutivo el cobro de una liquidación tributaria por el importe de compensaciones relativas al recupero del impuesto al valor agregado por operaciones de exportación, estando pendiente un recurso administrativo deducido por el contribuyente.

Para otorgar la tutela cautelar, con fundamento en el art. 230 del Cód. Procesal la sentencia que acordó la medida cautelar solicitada sostuvo que se estaba ante un caso en el cual una empresa "que asegura tener un crédito fiscal y que pide le sea compensado con un crédito fiscal, y la Administración sin agotar el análisis jurídico que culmine el procedimiento administrativo tributario y le permita ejercer en su sede y de modo completo el derecho de defensa, pretende promover un cobro compulsivo (66)".

Creemos que dicha jurisprudencia, susceptible de extenderse a situaciones similares, viene a afirmar la íntima conexión que existe entre el proceso cautelar y la tutela judicial efectiva (en nuestra terminología constitucional, la garantía de defensa) y, sobre todo, contribuye al afianzamiento de la seguridad jurídica.

IX. La contracautela

Al par de los requisitos de fundabilidad de la pretensión cautelar el ordenamiento procesal civil prescribe que "la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208 (67)" o sea cuando se disponga el levantamiento de la medida por cualquier razón demostrativa de que el pretensor abusó o se excedió en el derecho que la ley le concede para obtener la medida cautelar (68).

Esta caución, cuyo monto y calidad la ley discierne al juez "de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso (69)" debe ser exigida por el juez en todos los casos sin que, en principio, pueda sustituirse por una caución juratoria, a excepción de la hipótesis de máxima verosimilitud del derecho contempladas en el ordenamiento procesal (70), por ejemplo, un embargo preventivo cuando el requeriente hubiera obtenido una sentencia favorable.

No hay que olvidar que tras muchas de estas supuestas entidades de bien público y frente a la falta de regulación de las acciones de clase, se esconden intereses de toda laya, incluso políticos, hasta "personas solventes que actúan en la sombra en los supuestos de acción pública (71)", por lo que eximir de la contracautela en situaciones de insolvencia de los actores implica consagrar un privilegio inadmisibles y una flagrante injusticia.

Distinta es la situación en que se encuentra el Defensor del Pueblo en virtud de que por tratarse de un órgano estatal le es aplicable la exención de la contracautela establecida en el art. 200 inc. 1° del Cód. Procesal precepto que se funda en la antigua concepción de la solvencia del Estado (que en la realidad se encuentra desvirtuada totalmente) y que de suyo, entraña una severa violación a la igualdad de las partes en el proceso.

X. Reflexiones finales

En el panorama actual que exhibe el contencioso-administrativo no se puede dejar de percibir la extraordinaria trascendencia que han venido cobrando las medidas cautelares a raíz de la extremada dilación de los procesos judiciales y de la necesidad de cortar de cuajo la amplia gama de arbitrariedades que exhibe el accionar de la Administración así como de obtener el pronto restablecimiento de los derechos conculcados a través de medidas positivas.

Del clásico proceso cautelar del contencioso-administrativo limitado a la suspensión de los actos administrativos y caracterizado, asimismo, por su carácter instrumental o subsidiario del proceso principal se ha pasado a un cuadro que admite la articulación de las más diversas pretensiones en los procesos cautelares y de urgencia, tendientes a obtener la satisfacción inmediata de dichas pretensiones a través de medidas incluso positivas y hasta mediante procesos autónomos que anticipan la efectividad de la tutela judicial.

En esa línea, las medidas autosatisfactivas anticipadas se van abriendo paso en la jurisprudencia y en la doctrina, a pesar de la fundada crítica que viene efectuando un destacado sector de nuestra doctrina (72) a la luz de los principios que rigen la tutela cautelar clásica en el Código Procesal.

Con independencia de si resulta imperiosa o no la regulación legislativa de esta clase de medidas, no podemos menos que compartir la opinión de Palacio en el sentido de que la tutela judicial anticipada sustancialmente similar a la que puede surgir de una sentencia definitiva puede alcanzarse en la actualidad a través de la aplicación de los arts. 230 y 232 del Cód. Procesal (73).

De superarse el dogma del prejuzgamiento que frenaba injustamente la procedencia de las medidas

cautelares éstas irán cobrando un nuevo impulso en el contencioso-administrativo para realizar en plenitud la tutela judicial efectiva y que con arreglo a este principio rector es que deben resolverse todas las cuestiones de interpretación que se plantean, incluso la articulación de las normas que regulan las medidas cautelares en el proceso civil con los principios del contencioso-administrativo.

Porque cuando la Administración viola los derechos de las personas y éstas se encuentran ante la necesidad de obtener su rápido restablecimiento lo que importa es que ello se pueda lograr en forma inmediata y efectiva por la justicia, sin importar si se trata o no de un proceso instrumental, o de uno autónomo y menos aún, sin hacer hincapié en la denominación de la medida aunque es evidente que todas las que hemos descripto guardan afinidad con la figura de la medida cautelar clásica regulada en el proceso civil, con las salvedades propias del contencioso-administrativo.

En definitiva, como ha dicho García de Enterría, siendo el incremento de los procesos contencioso-administrativos una nota común en todos los Estados occidentales y no un fenómeno ocasional, "la tendencia hacia una extensa justicia administrativa se enraiza en lo más profundo de las sociedades democráticas y es ella misma una de las expresiones más seguras del propio principio democrático, en cuanto se inserta en el núcleo del gobierno por la ley y no por los caprichos de los hombres (74)".

En tal sentido, el proceso cautelar, de urgencia o como se lo denomine, está llamado hoy día a desempeñar un papel fundamental en el contencioso-administrativo pues de él depende que se haga realidad el pregonado equilibrio entre prerrogativa y garantía que, sin una tutela judicial verdaderamente eficaz que proteja a los ciudadanos de la arbitrariedad que suele acompañar al ejercicio del poder, carece de sentido seguir pregonando.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Vid por todos: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares", 2ª ed., p. 225 y sigtes., Madrid, 1995.

(2) En muchas partes del mundo esto es así lo cual no es, desde luego, un consuelo, pero permite acaso corregir malas prácticas forenses y prevenimos contra el abuso legislativo. En Inglaterra se dice "Justice delayed is justice denied".

(3) Véase: CARRIZO, Andrea P. y LOVAGNINI, Mariel A., "Procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del Derecho Administrativo", en la obra colectiva "Medidas autosatisfactivas", dirigida por Jorge W. Peyrano, p. 627, Santa Fe, 1999.

(4) MORELLO, Mario Augusto, "La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario", ED, 169-1631.

(5) PEYRANO, Jorge, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", JA, 1997-II-926.

(6) CASSESE, Sabino, "Le basi del Diritto Amministrativo", p. 454, Milán, 1995.

(7) En la jurisprudencia italiana el Tribunal Administrativo Regional del Lazio (Sezione Prima-bis) ordenó en un caso al Instituto Superior de Sanidad la compra gratuita de un fármaco para un paciente oncológico (Cfr. Or. 9 de marzo de 1998 n. 580) tal como se recoge en: SORACE, Doménico; MARZUOLI, Carlo; ORSI BATTAGLINI, Andrea y CORPACI, Alfredo: "Materiali del Diritto Amministrativo", 3ª ed., Cedam, Padova, 2000.

(8) Vid: MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, ps. 660-661, Buenos Aires, 1990 y nuestro "Derecho Administrativo", t. II, p. 242, 6ª ed., Buenos Aires, 1998. Nuestro criterio fue recepcionado expresamente en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 189, inc. 2) al abordar la suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo.

(9) GRAU, Armando E., "No innovar contra la Administración Pública (Medida de)", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", XX, Buenos Aires, 1965, p. 273, recordando el caso promovido por Juan José Soto solicitando se deje sin efecto una orden de traslado dispuesta por el Poder Ejecutivo durante la vigencia del estado de sitio "mientras se resolviera sobre la constitucionalidad de la medida". Ese pedido fue finalmente rechazado por la Corte Suprema como lo recuerda el pronunciamiento de Fallos: 3:411.

(10) Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública", en RAP N° 203, p. 14, Buenos Aires, 1995.

(11) Cfr. COLOMBO, Carlos J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado", t. 1, ps. 382-383, Buenos Aires, 1975.

(12) Con todo hay que advertir que, en el derecho argentino, la ejecución coactiva del acto por la Administración constituye la excepción al principio de que ella debe ser dispuesta por los jueces cuando recae sobre los bienes o las personas (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 6ª ed., t. II, ps. 241-242, Buenos Aires, 1998).

(13) Art. 8º inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica y art. 2º incs. 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y

Políticos (Nueva York, 1966), directamente aplicables conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107).

(14) Art. 24 de la Constitución Española.

(15) Véase nuestro "Derecho Administrativo", t. I, p. 175.

(16) PEYRANO, Jorge W., "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", LA LEY, 1996-A, 999 y siguientes.

(17) Cfr.: PALACIO, Lino Enrique, "La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual", en libro "Medidas Cautelares", t. 1, p. 105, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. En sentido similar: GARCÍA PULLÉS, Fernando, op. cit., p. 21.

(18) Art. 230 inc. 2, Cód. Procesal.

(19) Art. 232, "in fine", Cód. Procesal.

(20) PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", t. VIII, ps. 48-50, Buenos Aires, 1985; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa", Ed. Civitas, p. 34 y sigtes., Madrid, 1991.

(21) Código cit., ley 189, art. 177, "in fine" (Adla, LIX-D, 4517)

(22) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", 2ª y 3ª ed., Madrid, 1994-1998; D'ARGENIO, Inés, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires", ED, 156-217; VALLEFÍN, Carlos, "La suspensión judicial de los actos administrativos en el proceso administrativo provincial", JA, 1992-I-904.

(23) Véase nuestro: "Acto Administrativo", p. 343 y sigtes., Buenos Aires, 1981.

(24) Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", ED, 107-419 y sigtes.; 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; HALPERIN, David A., "Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar", en Revista de Derecho Administrativo N° 1, p. 131 y sigtes., Buenos Aires, mayo-agosto, 1989; DE LAZZARI, Eduardo N., "Medidas cautelares", t. II, p. 245, La Plata, 2000.

(25) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., "Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549", LA LEY, 1993-D, 706.

(26) Véase nuestro: "Derecho Administrativo", cit., t. II, p. 245.

(27) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549", t. I, p. 270.

(28) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., op. cit., p. 706.

(29) De todas formas, como se requiere siempre una mínima acreditación de la verosimilitud del derecho (Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Las medidas cautelares contra la Administración Nacional (Principios jurisprudenciales)", LA LEY, 1996-B, 1055. Véase: CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, Font, Ricardo M. c. Estado nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/amparo, 5/6/86. En igual sentido, CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, Banco Juncal Coop. Ltda. c. Banco Central, 23/7/85; Roman Marítima S.A. c. Administración General de Puertos s/nulidad de acto administrativo, 3/7/86; CNFed. Contencioso-administrativo, sala II, Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c. Banco Central s/nulidad, 9/4/92; Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2, Santa Juana S.C.A. c. Gobierno nacional, JA, 1988-II-301.

(30) Cfr.: HALPERIN, David A., op. cit., ps. 137-138.

(31) "In re" Exxon Chemical Argentina S.A. c. Dirección General Impositiva, LA LEY, 1998-C, 345, con comentario de Pedro Zambrano. En ese caso, el tribunal consideró suficiente para fundar la suspensión del acto administrativo la invocación de solo uno de los requisitos del art. 12 de la L.N.P.A.: la alegación fundada de una nulidad absoluta (que en el caso se configuró arbitrariedad por falta de fundamentación razonable).

(32) Art. 189 del Cód. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

(33) Art. 25, ap. 1.

(34) Art. 25, ap. 1.

(35) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., op. cit., p. 692.

(36) Hay que tener en cuenta, como se ha visto, las posibilidades que brinda el art. 230 del Cód. Procesal para dictar medidas innovativas.

(37) Véase entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el caso "Camacho Acosta", LA LEY, 1997-E, 653.

(38) Ley 189, art. 177.

(39) SORIA, Fernando, "La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)", ED, 182-1126.

(40) En sentido similar, aunque menos terminante: SORIA, Fernando, op. cit., p. 1126; en contra: COMADIDRA, Julio R., "Algunas reflexiones en torno a las medidas cautelares positivas", ED, 178-788.

- (41) Cfr.: PEYRANO, Jorge W., op. cit., JA, 1997-II-940.
- (42) CARRIZO, Andrea P. y LOVAGNINI, Mariel A., op. cit., p. 627 y siguientes.
- (43) PEYRANO, Jorge W., op. cit., JA, 1997-II-929.
- (44) Vid. El caso "Barrosa, Gladys A. c. Telecom Argentina S.A., en el que la sala I de la CNFed. Contencioso Administrativo dispuso ordenar a la prestadora a que se abstenga de interrumpir el servicio telefónico, publicado en LA LEY, 1992-C, 150.
- (45) Esta doctrina fue sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Hughes Tool", LA LEY, 1985-C, 141; ver también sala III, CNFed. Contencioso Administrativo, los casos "Romero", LA LEY, 1985-C, 140-146 y "Tienda León", LA LEY, 1996-D, 127, entre otros.
- (46) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., op. cit., ps. 704-705. El Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe, en forma expresa, que "para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo no será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa" (art. 25, ap. 2).
- (47) Tal como lo prescribe el art. 135 de la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo de España al regular las medidas provisionales.
- (48) Ley 189, art. 189.
- (49) Fallos: 303:625; 307:2267 y jurisprudencia de la CNFed. Contencioso Administrativo.
- (50) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, p. 660, Buenos Aires, 1990; COMADIRA, Julio R., "Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto", LA LEY, 1994-C, 713.
- (51) Tampoco en los diferentes proyectos de Código Procesal en lo Contencioso-Administrativo de la Nación.
- (52) Art. 136 de la ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998).
- (53) Véase: NIETO, Alejandro, "La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en R.A.P. N° 37, p. 63 y sigtes., y MUÑOZ, Guillermo A., "La inactividad de la Administración", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla, t. II, p. 1106 y sigtes., Madrid, 1992. Según NIETO inactividad material se relaciona con el marco de las competencias ordinarias mientras la inactividad formal sería una mera pasividad de la Administración dentro de un procedimiento.
- (54) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo", t. I, 3ª ed., p. 712, Madrid, 1998.
- (55) Art. 22 inc. 3°.
- (56) Art. 22 inc. 1°. Esta norma prescribe, como requisitos de fundabilidad de una medida cautelar los siguientes: a) se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso; b) existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho, y c) la medida requerida no afectare gravemente al interés público.
- (57) VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, "Droit Administratif", 12ª ed., t. I, p. 140 y sigtes., París, 1992.
- (58) L.N.P.A., art. 9°.
- (59) Art. 30, ley 29/1988.
- (60) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Comentarios ...", cit., t. I, ps. 729-730.
- (61) Art. 21 inc. 1°.
- (62) Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de enero de 1995 (Ar. 84, Ponente: ENRIQUEZ SANCHO).
- (63) Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de diciembre de 1994 (Ar. 9859, Ponente: LLORENTE).
- (64) Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1995 (Ar. 39).
- (65) Expte. 6402/00, "Aeroforma Laboratorios SAIC c. AFIP-DGI s/amparo ley 16", 24/3/2000 (juez Osvaldo Guglielmino).
- (66) "In re" "Curtiembre Francisco Fonteula y Cía. SACI c. AFIP-DGI Res. 1/00 s/medida cautelar (autónoma)", 7/4/2000, expte. 6879/00 (juez Osvaldo Guglielmino).
- (67) Art. 199, ap. 1°, Cód. Procesal.
- (68) Art. 208, Cód. Procesal.
- (69) Art. 199, ap. 3°, Cód. Procesal.
- (70) 210 inc. 2 y 212 incs. 2° y 3°, Cód. Procesal.
- (71) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., t. II, p. 2085.
- (72) CAMPS, Carlos E., "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada", en JA boletín del 8/12/1999, p. 2.
- (73) PALACIO, Lino Enrique, "Breves apuntes acerca de la tutela anticipada", (en prensa) punto III.
- (74) Confr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre la situación de la justicia administrativa y sobre su reforma (Requiem por un proyecto de ley)", Madrid, diciembre de 1995.

