

Título: Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (noviembre), 143

Cita: TR LALEY AR/DOC/3815/2009

Sumario: I. El fenómeno de lo cautelar en el derecho procesal y su extensión al contencioso administrativo.- II. Las medidas cautelares del CPCCN.- III. La tutela anticipada.- IV. La llamada tutela inhibitoria o preventiva.- V. Cuestiones que plantean las medidas cautelares en el contencioso administrativo.- VI. La contracautela.- VII. A modo de conclusión

I. El fenómeno de lo cautelar en el derecho procesal y su extensión al contencioso administrativo

I.1 Introducción.

El escenario que, en la actualidad, exhibe el sistema cautelar se encuentra influido por la tensión que provoca la demora de los procesos de cara a los requerimientos de la tutela judicial efectiva. Más aún, en muchos casos, constituye un producto directo de esa tensión que vuelca la sociedad en los jueces.

Se trata de un escenario dinámico que se origina en la común idea de prevención: Pero esa finalidad se desgana a través de múltiples cauces procesales que no sólo procuran asegurar el objeto de la pretensión y su cumplimiento una vez pronunciado el juicio de mérito sino que, en algunos supuestos, van mucho más allá de este último objetivo.

Así, se ha pasado, relativamente, en poco tiempo, de la clásica prohibición de innovar, la medida innovativa y las cautelares genéricas, a la tutela anticipada como medida provisional, para reconocer, finalmente, medidas de efectividad inmediata (tutela anticipada material o definitiva) (1), denominadas también autosatisfactivas, las cuales para algunos autores, no son manifestaciones del fenómeno cautelar, sino una suerte de proceso autónomo y diferenciado.

Resulta en cierto modo comprensible que, al rebasarse el molde procesal clásico de las medidas cautelares y abrirse camino a la creación pretoriana, el papel de la doctrina, como fuente viva que orienta la jurisprudencia, se haya acrecentado, y hayan surgido una serie construcciones jurídicas, no siempre coincidentes. Sin embargo, a la pérdida de la unidad lograda por la dogmática positivista, le sucedió una tendencia doctrinaria y jurisprudencial que, al utilizar una amplia gama de herramientas procesales, ha puesto el acento en la realización efectiva de la justicia material.

En forma liminar, cabe reconocer la configuración de un sistema cautelar (2), que admite distintas variantes de medidas fundadas en el grado de mayor o menor probabilidad o verosimilitud del derecho en relación a la determinación de la certeza que se procura alcanzar con el dictado de una providencia provisional o de una sentencia definitiva.

Si bien no vamos a incursionar en las diferentes clasificaciones o subsistemas que se han elaborado al respecto no podemos dejar de abordar la cuestión concerniente a la procedencia de la llamada tutela anticipada como subsistema cautelar del contencioso administrativo (3), sobre todo de aquellas medidas de efectividad inmediata, cuya providencia resolutoria, aunque no equivale a una sentencia que posea el atributo de la cosa juzgada, otorga satisfacción inmediata y efectiva a la pretensión procesal.

Otro de los aspectos centrales de la teoría procesal radica en la necesidad de no confundir ni asimilar los procesos urgentes a las medidas precautorias ya que si bien el ámbito de lo cautelar contiene, en mayor o menor grado, el ingrediente de la urgencia, no todo proceso urgente es cautelar (4). En el proceso administrativo puede señalarse un ejemplo: el amparo por mora de la Administración (5), el cual, al no participar de sus caracteres esenciales, es extraño al sistema cautelar.

El sistema cautelar civil se ha enfrentado con los complejos problemas que plantea la realidad actual del proceso (con sus zonas de certeza y de penumbra) para dar cabida a la realización de la justicia material con criterios objetivos que descansan, finalmente, en la interpretación judicial. A su vez, si bien el contencioso administrativo, como se verá seguidamente, ha seguido, en algunos ordenamientos locales y, particularmente, en la jurisprudencia federal, los grandes lineamientos elaborados por el derecho procesal, no puede desconocerse que la presencia del Estado, en sus múltiples manifestaciones, le imprime al sistema cautelar un sello esencial o, si se prefiere, una justificada tipicidad que, aún con sus semejanzas, da lugar a un modelo propio y diferenciado.

La razón de ello, fácil de comprender, radica en el interés público que se halla en juego en el proceso, ya sea cuando el Estado sea sujeto del mismo, cuando en él recayera la carga de cumplir la medida precautoria, o bien, cuando fuera quien la pretenda respecto a un particular.

Ese interés público se proyecta en la posición institucional que desempeña el Estado en sus relaciones con

los sujetos privados que un sector de la doctrina caracteriza como autotutela declarativa y autotutela ejecutiva (6) las cuales, en rigor, integran las prerrogativas de la Administración que, pertenecen al régimen administrativo o exorbitante del acto administrativo (7), aunque en Argentina la ejecutoriedad del acto administrativo no se equipara a la autotutela ejecutiva del derecho administrativo español (8).

## I.2 Diferencias entre el sistema cautelar civil y el perteneciente al contencioso administrativo

### I.2.1 Sobre las diferencias en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires

Como lo ha puesto de relieve la doctrina (9), en algunas codificaciones locales del proceso administrativo, como el CPCA de la Provincia de Buenos Aires, se advierten una serie de peculiaridades.

Hay diferencias que se refieren a determinados aspectos del procedimiento mientras que otras hacen al derecho de fondo, aunque todas obedecen a la peculiar presencia de la Administración Pública en el proceso y a su posición institucional. Entre las primeras cabe citar: a) la necesidad de un planteamiento previo en sede administrativa de la medida de suspensión de los efectos del acto administrativo (10); b) la potestad del juez de otorgar la medida "inaudita parte" o de concederla mediante el requerimiento de un informe previo (11); c) un plazo especial de caducidad de la pretensión de anulación si hallándose agotada la vía administrativa la demanda no fuera interpuesta en el término de treinta (30) días siguientes al de la notificación de la medida cautelar (12); d) aunque los recursos que se interpongan contra las medidas cautelares tienen efectos suspensivos, se exceptúan aquellos que se promuevan contra las providencias que decidan levantarlas por razones de interés público (13) y; e) se legislan expresamente las medidas de contenido positivo para imponer a la Administración una determinada conducta debida, por razones de urgencia y mediante la ponderación del peligro que la medida pudiera provocar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público, además de la exigencia de acreditar el "fumus boni iuris" (14).

En el plano de los requisitos que fundan la procedencia de una medida cautelar la principal peculiaridad radica en su vinculación negativa con el interés público. En efecto, el CPCA es bastante enfático al respecto y prescribe que "podrán disponerse medidas cautelares siempre que: ... c) la medida requerida no afectare gravemente el interés público" (15). Como más adelante veremos, el interés público no es el interés de la Administración sino que se vincula a los fines de bien común que todas las partes deben perseguir y no sólo el Estado.

Por otra parte, el requisito del "fumus boni iuris" se encuentra vinculado con la presunción de legitimidad del acto administrativo que cede, frente a vicios o defectos ostensibles o manifiestos, lo cual —cuando la pretensión es de anulación— permite configurar, en el derecho procesal administrativo, la verosimilitud del derecho.

### I.2.2 La regulación de la suspensión de los efectos 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 de los efectos del acto administrativo, es decir, la suspensión de su cumplimiento o ejecutoriedad (16).

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 permitía obtener la suspensión de 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 cuando recae sobre un acto administrativo que comenzó a producir sus efectos al tiempo de dictarse por el juez la medida precautoria. Sin embargo, aunque existen semejanzas con las medidas cautelares típicas (arts. 230 y 232 del CPCCN) del proceso civil no cabe confundirlas habida cuenta de la distinta naturaleza de los requisitos habilitantes (17).

Cabe señalar, al propio tiempo que, a partir del tratamiento que hicimos de la cuestión dentro de la teoría del acto administrativo (18), un sector de la doctrina (19) 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 CPCCN.

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" (20).

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, requisito que se ha interpretado (21) en el sentido de que la nulidad debe surgir notoriamente del propio acto, es decir, que se trate de una nulidad manifiesta (22); 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 sostenido 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 (23), sin que quepa adicionar los otros requisitos genéricos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).

Al respecto, 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"(24). Se trata de un criterio neutraliza la incidencia que podría llegar a tener la aplicación estricta de los requisitos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal (25) a la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Un dato de la experiencia judicial revela que la sala III de la CNCAF resolvió la suspensión de un acto administrativo de la D.G.I. (actual A.F.I.P.) que, en forma arbitraria (con falta de fundamentos razonables), denegó una compensación, con apoyo en el art. 12, parte 2ª de la L.N.P.A. (26).

Por lo demás, una práctica jurisprudencial reiterada ha venido reconociendo, en el contencioso-administrativo federal, la posibilidad de dictar una medida precauteladora 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 CPCA de la Provincia de Buenos Aires (Adla, LVII-E, 6207).

De otra parte, cuadra apuntar que el CCAyT 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 (27).

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 (28), aunque con recaudos 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, por un lado, ampliar las posibilidades de la pretensión cautelar, resulta sobreabundante, (dado que ya se encuentra contemplado en la fórmula genérica del artículo 22, ap. 1, inc. a) del CPCA), por el otro, (2) exige que el tribunal evalúe si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles (29).

### 1.3 Aplicabilidad de la preceptiva del ordenamiento procesal civil al contencioso administrativo

Para dilucidar este punto de la teoría de las medidas cautelares hay que tener en cuenta que una cosa es la autonomía de un determinado sistema (aún con el alcance relativo del concepto) que plantea un ordenamiento hermético que se autoabastece con elementos provenientes de su seno y otra muy diferente es la tipicidad, que destaca los caracteres específicos que deslindan un sistema de otro.

El sistema cautelar administrativo es típico pero no es autónomo en la medida que se nutre en alto grado, en forma directa o analógica, de preceptos provenientes de otros ordenamientos tanto nacionales como supranacionales (vgr. el principio de la tutela judicial efectiva y la interpretación "pro actione", "pro homine", entre otros), aun cuando sin alterar la supremacía de la constitución (art. 31 C.N.).

Y aunque el origen de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo se halla en la clásica medida de suspensión del acto administrativo o suspensión de sus efectos (30) proveniente del derecho europeo, incorporada por primera vez en el país en el Código Contencioso de la Provincia de Buenos Aires redactado por el Dr. Luis V. Varela (31) y recogida en codificaciones provinciales posteriores, los tribunales federales echaron

mano a las herramientas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (32), (seguidos más tarde por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (33)), cuyos presupuestos pasaron a ser con algunas adaptaciones y criterios pretorianos, algo así como el derecho común del sistema cautelar en que interviene la Administración Pública, es decir el Estado como persona jurídica de derecho público, ya sea que lo haga como parte actora o demandada e incluso, en carácter de tercero.

Como se ha visto, el CPCAYT de la Ciudad de Buenos Aires se inclinó por la respuesta ius administrativista y no procesal, aunque mejorando la redacción del presupuesto relativo al "fumus" que se configuró como la "ilegalidad manifiesta"(34) en línea con lo que sostuvimos acerca la suspensión del acto administrativo con respecto al procedimiento que se lleva a cabo ante la Administración (el cual puede extenderse al ámbito judicial sin llegar a convertirse en el único presupuesto para acreditar el "fumus").

La aplicabilidad de los preceptos, principios y criterios pretorianos del derecho procesal al contencioso administrativo es más una realidad que una técnica de aplicación por analogía. Al respecto, si las normas y criterios señalados guardan compatibilidad con los principios del derecho administrativo, la distinción entre analogía y subsidiariedad o aplicación directa se esfuma. Por tanto, si no hay obstáculos que se opongan a la aplicación analógica de las fórmulas del derecho procesal al derecho administrativo no existe inconveniente alguno en hacerlo como lo siguen haciendo los tribunales federales en el orden nacional (35), lo prescribe el CPCA de la Provincia de Buenos Aires (36) (en cuanto establece similares requisitos para fundar la procedencia de medidas cautelares) y lo ha reconocido la Suprema Corte provincial al sostener que "en el ámbito cautelar es aplicable el Código Procesal Civil y Comercial"(37).

En definitiva, el derecho procesal civil junto al derecho procesal administrativo proporcionan un conjunto de herramientas cautelares que tutelan diversas situaciones jurídicas, aún cuando integren un mismo sistema o subsistema.

A mayor abundamiento, el quiebre de la concepción absoluta de la legalidad —que reservaba al juez la misión de ser la boca que pronuncia la ley— (38) y el papel que cumple la doctrina y del juez para enfrentar la cambiante realidad y cubrir los vacíos de la ley, con plena observancia de los principios de la justicia material, nos enseñan que nunca es posible construir un sistema legal hermético, orgánico y cerrado que sea inmune a los cambios que impone la realidad en un determinado momento histórico. Así, en la mayor parte de los casos, las soluciones pretorianas de los jueces no se dictan en contra de la ley (contra legem) sino en ausencia de ley que resuelva el caso en forma justa.

Desde luego que la función del juez tiene como límite objetivo la separación de poderes y que no puede avanzar en la asunción de funciones administrativas que pertenecen al Poder Ejecutivo ni en las propias del legislador. Tampoco puede crear derecho a su discreción, como se propugnaba en la escuela del realismo norteamericano, ya que el juez no se encuentra vinculado sólo positivamente a la ley sino, fundamentalmente, a los principios generales del derecho. Se trata de que los jueces cumplan un papel activo creando, incluso, un derecho de excepción (39) para encontrar la justa solución a un caso, aún ante la ausencia de normas positivas expresas, pues siempre pesa sobre ellos el deber de fallar conforme al principio constitucional de afianzar la justicia.

## II. Las medidas cautelares del CPCCN

### 2.1 Las medidas cautelares típicas: la prohibición de innovar y la medida innovativa

En nuestro país, las medidas cautelares típicas aparecen reguladas, en el orden nacional, por las prescripciones del CPCCN (arts. 230 a 232, Cód. Procesal) aplicables por analogía ante la falta de normas generales en el contencioso-administrativo que, —como se ha visto— sólo 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 la sanción de la LNPA, se aplicó en forma reiterada la normativa que regula la tutela cautelar civil que faculta al juez a decretar la prohibición de innovar, "inaudita parte", cuando concurrían el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora" (art. 230, Cód. Procesal). Y si bien "a posteriori" los jueces apelaron, en algunos casos, al art. 12 de la LNPA para disponer la suspensión de los efectos del acto administrativo, lo cierto es que —como hemos dicho— en el fuero federal se ha afirmado una tendencia generalizada a acudir a la preceptiva procesal civil.

Al respecto, no obstante que 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 la fórmula legal incluye también a las medidas innovativas (40) y aunque ésta no haya sido la corriente doctrinaria seguida por nuestros tribunales, lo cierto es que cabe interpretar que dicha norma contempla tanto la posibilidad de la alteración como del mantenimiento del "statu quo".

Por otra parte, además de la prohibición de contratar, legislada en el art. 231 del CPCCN, 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 pudiera sufrir "un perjuicio inminente e irreparable" (art. 232, CPCCN).

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, Código Procesal), provoca la caducidad de la medida cautelar.

Tratándose de la prohibición de innovar como de la medida innovativa de contenido positivo, la idea que subyace en la construcción procesal consiste en la necesidad de 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"<sup>(41)</sup>, mientras la medida cautelar genérica se decreta "para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia"<sup>(42)</sup>.

Va de suyo que en la relativización de esta "provisionalidad" que, como advirtió en su momento la doctrina <sup>(43)</sup>, 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 acude —como se verá más adelante— a la tutela judicial anticipada, una de cuyas especies es la medida de efectividad inmediata o autosatisfactiva.

Otro de los aspectos de la concepción tradicional que resulta actualmente cuestionado en el contencioso administrativo 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 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. Lo que ocurre, en realidad, es un prejuzgamiento provisorio en un marco de urgencia.

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 pueda también proceder, en 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"<sup>(44)</sup>.

## 2.2 La medida cautelar genérica del artículo 232 del CPCCN y las medidas positivas

Al superarse antiguas 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) <sup>(45)</sup> 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 era necesario acudir a la tutela cautelar excedía el margen de la medida de suspensión prevista en el art. 12 de la L.N.P.A. <sup>(46)</sup>, un sector de la jurisprudencia ha terminado utilizando la figura de la medida cautelar genérica prevista en el art. 232 del CPCCN <sup>(47)</sup>.

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 <sup>(48)</sup> vienen dictándose por los tribunales desde tiempo atrás, no siendo una novedad para el contencioso administrativo argentino. En tal sentido, el CPCA de la Provincia de Buenos Aires las contempla expresamente (art. 22 inc. 3°), así como también las ha previsto el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires <sup>(49)</sup>.

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 dichos mandatos consistan en obligaciones de dar o de hacer (50) procediendo tanto en ejercicio de la potestad reglada como de la discrecional (51), 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.

### III. La tutela anticipada

Una de las respuestas que (siguiendo el ejemplo de otros países como Brasil y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica) la doctrina procesal argentina viene propugnando solucionar el grave deterioro que, para la realización efectiva de la justicia, aparejan las demoras de los procesos judiciales, se orienta hacia el reconocimiento de la denominada tutela anticipada o anticipatoria (52). En tal sentido, se postulan dos tipos distintos de medidas: a) las anticipadas interinas que implican el adelantamiento provisional de la decisión de mérito a dictarse en el proceso son, por tanto, de carácter instrumental y b) las medidas de efectividad inmediata (cautelares materiales o autosatisfactivas) (53) que, en general, la doctrina considera extrañas al sistema de las medidas cautelares por carecer de instrumentalidad respecto al proceso principal. Aunque no existe una regulación positiva en el orden nacional la procedencia pretoriana de ambas puede fundarse en el art. 232 del CPCCN (54).

Un sector de la doctrina, en línea con el ordenamiento procesal civil uruguayo y el Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica, sostiene que las medidas propias de la tutela anticipada no pueden concederse "inaudita parte" (55). Sin embargo, creemos que todo dependerá de las circunstancias del caso y que una excepción a esta regla podría ser, a nuestro juicio, la medida de urgencia impostergable cuyo dictado requiera inmediata efectividad, imposible de lograr un proceso bilateral y no "inaudita parte".

#### 3.1 Tutela anticipada interina

Al comentar el capítulo II del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Berizonce ha dicho que "se trata de una tutela judicial diferenciada que tiene por objeto alcanzar la efectividad del proceso que se otorga mediante cognición sumaria". En tal sentido, señala que el requisito de la verosimilitud del derecho ha de ser interpretado como la "probabilidad acentuada" de la existencia del derecho que se afirma en el pleito como fundamento de la pretensión, admitiéndose que, en hipótesis excepcionales pueda dictarse una decisión anticipada del mérito, teniendo en cuenta las consecuencias que derivarían de la anticipación (56). Desde luego que, tratándose de una tutela provisoria el juez puede, en cualquier momento del proceso, revocarla o modificarla.

#### 3.2 Las medidas anticipadas de efectividad inmediata o autosatisfactivas

Otra de las novedades que exhibe actualmente el derecho procesal argentino y comparado radica en la llamada medida autosatisfactiva, que un sector de la doctrina incluye dentro de la categoría más genérica de la tutela de urgencia (57), cuya aplicación se propicia en el campo del contencioso administrativo (58).

Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción de la pretensión (59), en forma inmediata y sin bilateralidad, aunque el proceso recién finaliza con el allanamiento (60) o si la Administración apela, con la sentencia del Tribunal Superior que confirma la medida.

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 satisface su pretensión de una manera directa e inmediata, situación que también puede darse en otros casos (61).

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

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se dicten medidas anticipadas (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 plantea con cierto grado de autonomía pero en rigor, es de carácter instrumental, 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 (62).

En nuestra opinión, concordante con un sector de la doctrina<sup>63</sup>, 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 pudiera tramitarse en dos fases procesales (una provisional y otra definitiva) la falta de bilateralidad podría superarse mediante la concesión de un breve traslado a la otra parte, antes de la resolución que conceda la medida o con posterioridad a su dictado.

En aquellos casos en que la jurisprudencia ha hecho lugar a pretensiones cautelares anticipadas, sean o no autosatisfactivas, ha fundado la respectiva medida en las prescripciones del art. 230 del Cód. Procesal, sin utilizar 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 jurisprudencia la utilidad que puede prestar para la realización de la tutela judicial efectiva.

En cambio, como se indicó antes, esta situación se encuentra expresamente contemplada en el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires [\(64\)](#).

#### IV. La llamada tutela inhibitoria o preventiva

Una clasificación moderna que exhibe la tutela jurisdiccional es la denominada tutela inhibitoria proveniente del derecho civil, la cual puede coincidir o no con las tutelas cautelar y anticipada. El rasgo que perfila esta tutela, que contiene un mandato preventivo de hacer o de abstenerse, es la urgencia y la necesidad de una protección inmediata de la pretensión que, por lo común, puede canalizarse dentro de la llamada tutela anticipada que, según la doctrina, se resuelve sin escuchar a la otra parte [\(65\)](#).

Se trata de una categoría genérica que, al no coincidir totalmente con las figuras de la tutela cautelar y anticipada, plantea dificultades para su sistematización por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que no han definido con precisión sus contornos conceptuales ni los requisitos que habilitan su procedencia.

Sin embargo, no se puede desconocer que, al ampliar el abanico de posibilidades de protección de los derechos involucrados, su recepción pretoriana (dado que no existe ley general que la regule sino reconocimientos sectoriales de esta clase de tutela) contribuye al afianzamiento de la tutela judicial efectiva.

#### V. Cuestiones que plantean las medidas cautelares en el contencioso administrativo

##### V.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 [\(66\)](#) 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 —en el orden nacional— no se funda en norma alguna, ha sido como una muleta procesal a la que acuden en algunas ocasiones los jueces para apoyar el rechazo de medidas cautelares y favorecer a la Administración sin advertir que su función principal consiste en lograr, mediante una interpretación armónica, un justo equilibrio entre todos los intereses en juego que participan del conflicto [\(67\)](#).

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, ya sea que se dicte una norma legal específica o que la jurisprudencia la invoque, en forma pretoriana, 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 los jueces deben necesariamente hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión.

#### V.2 El requisito concerniente a la irreparabilidad del perjuicio

Para la procedencia de las llamadas medidas cautelares genéricas el ordenamiento procesal civil (art. 232, CPCCN) 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 perjuicio 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 que predicaba que la solvencia estatal garantizaba la reparabilidad de los daños (68). 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.

#### V.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 (69), a diferencia de la ley española (70).

##### V.3.1 Inactividad material

El deslinde entre la inactividad formal y la material iniciado en su momento por Nieto (71) 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 CPCA 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 la pretensión frente a la inactividad material que frente a la inactividad formal" (72).

No obstante, como el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (73) 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 (74) la medida cautelar sería procedente frente a la inactividad material.

##### V.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 (75) 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 de ese modo la interpretación absoluta del principio de separación de poderes que conducía a la exclusividad de la jurisdicción administrativa para juzgar a la Administración.

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. (76).

Pero fuera de las peculiaridades de nuestro derecho de fondo cabe admitir, en principio, la pretensión cautelar dirigida a obtener el cese inmediato de una vía de hecho de la Administración, aun cuando no se encuentre reconocida esta posibilidad expresamente en nuestro ordenamiento.

La ley española establece para la apertura de la admisibilidad del contencioso-administrativo la carga procesal de formular una intimación a la Administración a fin de que disponga su cesación, la cual si no fuera atendida o resuelta en el plazo de tres días permite deducir directamente el recurso contencioso-administrativo (77).



Esta formulación de la ley española que González Pérez (78) 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 CPCA 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"(79).

En la ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa (80) 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 (rt. 136) y 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 el CPCA de la Provincia de Buenos Aires no contiene 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.

#### V.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 jurisprudencia española 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 (81).

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 (82), 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 afirme 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 ..." (83).

Similar doctrina ha sido desarrollada en algunos 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 a fin de que la Administración Federal de Impuestos 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 Código 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 (84).

En el otro 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 ejecutiva 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 CPCCN la sentencia sostuvo que se trataba de 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 (85)".

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.

#### V.5 Medidas cautelares en los procesos colectivos

Como es sabido, la reforma constitucional de 1994 incorporó una serie de nuevos derechos a su articulado (arts. 41, 42 y 43 de la C.N.). Estos nuevos derechos, no prevalecen sobre los derechos individuales reconocidos en el art. 14 y más tarde, en el art. 14 bis de la C.N. y deben armonizar con ellos (86). En su conjunto, traducen la aparición de una nueva categoría que supera la clasificación tradicional sobre las situaciones jurídicas subjetivas merecedoras de protección jurisdiccional que no se contenían en el binomio derecho subjetivo-interés legítimo. Esta clasificación, aunque se amplíe el concepto del derecho subjetivo concibiéndolo también como derecho adjetivo (87), e incluso, como derecho reaccional (88) o simplemente interés o interés personal (89) y directo (90), aunque no resulta abarcativa de las nuevas situaciones jurídicas, no se puede desconocer que subsiste. En nuestro derecho público se sigue utilizando la categoría del interés legítimo aun por autores que abogan por su supresión (91). La Corte, en un caso reciente (92), ha recordado que la acción de amparo creada inicialmente en forma pretoriana en los casos "Siri" y "Kot", subsiste en la nueva fórmula que prescribe el art. 43 de la C.N., para la protección constitucional de los derechos individuales.

A partir de la reforma constitucional la doctrina que pretendía reducir la legitimación a una sola categoría subjetiva se encuentra forzada a reconocer una nueva categoría opuesta al derecho subjetivo individual. Porque, como se ha dicho, con referencia al art. 43 de la C.N. "la matriz individual que el primer párrafo asigna al amparo se ve superada por la relación entre grupo, clase o colectividad en su interrelación con una determinada situación de hecho o de derecho" y el conjunto de las personas que integran los referidos agrupamientos. Cuando se produce una conexión que produce efectos susceptibles de protección por el derecho, se opera el nacimiento de una nueva situación jurídica: la categoría de los derechos de incidencia colectiva (93), cuya extensión es mayor que la del interés difuso (94), la cual ha quedado relegada y sustituida por la nueva figura constitucional.

La novedad es de peso y ha venido a trastocar el molde clásico del amparo individual, regulado por la ley 16.986, al cual el nuevo art. 43 de la C.N. le confirió base constitucional positiva.

En efecto, aun en el supuesto que se reconociera que la acción constitucional que protege los derechos de incidencia colectiva no es más que una especie de la acción de amparo (el amparo colectivo), y se resolviera con amplitud la cuestión de la legitimación anómala (atribuida al Defensor del Pueblo y a las O.N.G.) quedan sin cauce una serie de cuestiones procesales de envergadura (95), a menos que, se pretenda que la Constitución ha instituido una suerte de acción pública o popular, tesis que la Corte viene negando en forma reiterada y que la mayoría de la doctrina rechaza, con la salvedad de un sector que la propugna, excepcionalmente, para la protección de determinados bienes comunes, como la defensa del patrimonio histórico y cultural, y el dominio público, entre otros (96).

Por de pronto y no vamos a detenernos en este punto, ya que parece una cuestión resuelta (y así surge del voto de la mayoría de la Corte en el caso "Halabi"), que hay dos tipos de derechos de incidencia colectiva: a) los derechos colectivos trans-individuales que carecen de titularidad exclusiva e individual y por tanto, son indivisibles y pertenecen a toda la comunidad (representada por el Estado) y b) los derechos que poseen una incidencia colectiva en tanto sus titulares tienen intereses individuales homogéneos que reconocen una causa jurídica común.

Pero tanto en el supuesto de un "afectado individual" que impulsa un proceso colectivo (en el que intervienen titulares de intereses individuales homogéneos) como en el caso de la legitimación anómala (situación en la que el interés que se representa es ajeno) tiene que acreditarse el "sustractum" colectivo del proceso, esto es la configuración del grupo o clase afectado, quienes tienen derecho a intervenir como demandantes, o bien, a oponerse a las pretensiones del actor. La representación adecuada del grupo, clase o sector constituye el punto neurálgico que plantea el proceso colectivo. Además, hay que tener en cuenta que en

esta clase de procesos, particularmente los que se promueven contra la Administración, se pueden configurar intereses contrapuestos y que se afectaría gravemente la defensa en juicio si ellos no tuvieran participación alguna en el proceso colectivo, máxime cuando la decisión judicial pudiera tener efectos "erga omnes", como suele ser común en este tipo de proceso.

Por esas razones, en el dictado de las medidas cautelares, ya fueran las clásicas como las anticipadas, los jueces deben actuar con mucha prudencia a la hora de conceder medidas cautelares en los procesos colectivos no sólo extremando los requisitos inherentes al "fumus" y al "periculum"<sup>(97)</sup> sino que deberán tener en cuenta que el otorgamiento de la medida "inaudita parte", ha de dictarse con una firme convicción acerca de que no se vulnere gravemente el interés público y que existe un consenso en solicitar la medida entre los miembros del grupo o clase. Para ello, podría bastar con intimar a la Administración a que en un plazo breve y perentorio produzca un informe con anterioridad al dictado de la medida cautelar, como lo prevé, facultativamente, el CPCA de la Provincia de Buenos Aires <sup>(98)</sup>.

#### VI. 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 <sup>(99)</sup>", es decir, 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 <sup>(100)</sup>. La contracautela encuentra fundamento "en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes" que se altera inicialmente al deferirse la bilateralidad <sup>(101)</sup>.

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"<sup>(102)</sup>, puede sustituirse por una caución juratoria, en la hipótesis de máxima verosimilitud del derecho contemplada en el ordenamiento procesal <sup>(103)</sup>, por ejemplo, un embargo preventivo cuando el requeriente hubiera obtenido una sentencia favorable.

No hay que olvidar que muchas medidas cautelares se obtienen por entidades de bien público (O.N.G.) y que frente a la falta de regulación y del control, ellas pueden encubrir intereses de toda laya, incluso políticos, hasta "personas solventes que actúan en la sombra en los supuestos de acción pública"<sup>(104)</sup>, por lo que eximir de la contracautela a los actores, en esos casos, 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 CPCCN precepto que se funda en la antigua concepción de la solvencia del Estado (en la realidad totalmente desvirtuada) y que de suyo, entraña una severa violación a la igualdad de las partes en el proceso.

#### VII. A modo de conclusión

Las arbitrariedades de la Administración Pública unida a la dilación de los procesos judiciales es algo que la sociedad no tolera últimamente. Por ello, las nuevas corrientes doctrinarias que, impulsan una justicia rápida y eficiente, acorde con los nuevos adelantos tecnológicos procuran superar esa situación de inseguridad jurídica y, lo que es aún peor, de desconfianza en las instituciones de la República.

El Estado de Derecho demanda el pleno sometimiento de la Administración de la ley y al derecho, principio rector y general que se sustenta en el precepto contenido en el art. 19 de la C.N. <sup>(105)</sup>.

Su aseguramiento y la vigencia de todos los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, cuando son hallados por la Administración, dependen del Poder Judicial, que no puede actuar en forma arbitraria, es decir, en violación de las normas positivas, de la razón o de la justicia.

Para frenar los abusos del poder, particularmente los del Ejecutivo de turno, el Poder Judicial cuenta con la formidable herramienta de las medidas cautelares que el juez debe otorgar cuando alcanza una convicción suficiente sobre la ocurrencia de los presupuestos o requisitos procesales. En esa tarea, si bien el momento para dictar una medida cautelar traduce una decisión discrecional del juez, la configuración de los presupuestos que habilitan su dictado (principalmente, el "fumus" y el "periculum") constituyen conceptos jurídicos indeterminados que vedan el ejercicio absolutamente discrecional de la potestad.

Si bien el derecho procesal administrativo no puede construirse ignorando los principios del proceso civil, como lo demuestra la recepción de las principales técnicas e instituciones, lo cierto es que también posee una serie de peculiaridades, en materia cautelar y, en general, respecto de la tutela anticipada, que lo llevan a regular soluciones propias, sin dejar de pertenecer a un sistema general que lo engloba. En tal caso, la respuesta es la misma si el sistema se concibe separado o como un subsistema del proceso civil. En efecto, ya fuese que el

contencioso administrativo se regule en forma independiente del proceso civil o como parte de éste, la aplicación de los principios generales del derecho procesal tendrá que soportar la adaptación que le impone la analogía fundada tanto en la presencia subjetiva de la Administración en el respectivo proceso como en la apreciación objetiva del interés público en juego.

En definitiva, tanto el sistema cautelar, los procesos urgentes (o como se los denomine) y, particularmente, el amparo (individual o colectivo) están llamados a desempeñar un papel fundamental en el contencioso administrativo pues de esos instrumentos procesales depende que se haga realidad el objetivo de afianzar la justicia que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución. Breguemos para que la Administración esté sometida a la ley y al derecho y que las arbitrariedades de los poderes públicos sean controladas por jueces estables e independientes.

- (1) BERIZONCE, Roberto O., Tutela anticipada y definitiva, JA, 1996, IV-741.
- (2) FALCON, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal civil y Comercial, T. IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 9 y ss.
- (3) Empleamos la expresión contencioso administrativo por comodidad de lenguaje y por constituir una convención de uso generalizado en el derecho procesal administrativo vernáculo, sin pretender con ello trasladar las instituciones del contencioso administrativo francés, opuestas al sistema judicialista de nuestra Constitución. En esa inteligencia, lo contencioso administrativo en Argentina, como en otros países (vgr. España) equivale a proceso administrativo, justicia administrativa, derecho procesal administrativo o expresiones similares, todas las cuales tienen el mismo sentido; véase: LUQUI, Roberto Enrique, Revisión judicial de la actividad administrativa, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 90 y ss.
- (4) PEYRANO, Jorge, Informe sobre las medidas autosatisfactivas, LA LEY, 1996-A, 999.
- (5) Art. 28 LNPA.
- (6) GRECCO, Carlos Manuel, Autotutela administrativa y proceso judicial, en la obra Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo (en colaboración con Guillermo A. MUNOZ), AdHoc, Buenos Aires, 1999, p. 215 y ss.
- (7) Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T. II, Abeledo-Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 16 y ss.
- (8) Art. 12 LNPA, Vid., al respecto, nuestro Derecho Administrativo..., cit. T. II, p. 323 y ss.
- (9) SAFE, Leandro K., Tipología de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, ponencia presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2009, Cap. II, p. 5 (en prensa).
- (10) Art. 25-2, CPCA.
- (11) Art. 23-1, CPCA.
- (12) Art. 23-2 inc. a), CPCA. La norma prescribe que el plazo correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la medida cautelar.
- (13) Arts. 56-5 y 26, CPCA.
- (14) Art. 22-3, CPCA.
- (15) Art. 22-1, inc. c), CPCA.
- (16) GONZALEZ PEREZ, 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; VALLEFIN, Carlos, La suspensión judicial de los actos administrativos en el proceso administrativo provincial, JA, 1992-I-904.
- (17) DIEZ, Manuel María, Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo), texto ampliado, corregido y actualizado a 1996, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, ps. 330-331.
- (18) En sentido similar a la postura que hemos venido sosteniendo, véase nuestro: Acto Administrativo, Buenos Aires, 1981, p. 343 y ss.
- (19) 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 ss.; 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 ss., Buenos Aires, mayo-agosto, 1989; DE LAZZARI, Eduardo N., Medidas cautelares, T. II, La Plata, 2000, p. 245.
- (20) 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.
- (21) Véase nuestro: Derecho Administrativo, cit., T. II, p. 245.
- (22) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549, T. I, p.

270.

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

(24) De todas formas, 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, 05/05/86. En igual sentido, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala I, Banco Juncal Coop. Ltda. c. Banco Central, 23/07/85; Román Marítima S.A. c. Administración General de Puertos s/ nulidad de acto administrativo, 03/07/86; CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c. Banco Central s/ nulidad, 09/04/92; Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2, Santa Juana S.C.A. c. Gobierno Nacional, JA, 1988-II-301.

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

(26) 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 sólo uno de los requisitos del art. 12 de la LNPA: la alegación fundada de una nulidad absoluta (que en el caso se configuró arbitrariedad por falta de fundamentación razonable).

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

(28) Art. 25, ap. I.

(29) Art. 25, ap. I.

(30) Véase: SANMARTINO, Patricio Marcelo E., La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable, ED-177-769, sostiene que "la suspensión judicial de los efectos del acto no es sino una mixtura en la cual coexiste, paradójicamente, lo conservatorio con lo innovativo", rechazando la aplicación del art. 12 de la LNPA al proceso judicial (op. cit. p. 775 texto y nota 10 in fine).

(31) Art. 22, Ley 2961.

(32) MUÑOZ, Guillermo Andrés, Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, en Fragmentos y testimonios... cit., p. 623.

(33) SCBA, B-66.614, en la causa "Jesús Dios", del 15/03/06.

(34) CCAYT, art. 189, inc. 2.

(35) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, Las medidas cautelares contra la Administración Pública, ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 164.

(36) Art. 22, inc. 2 de la ley 12.008.

(37) En la causa "Jesús Dios", antes citad, véase el interesante análisis que hace GARCIA PULLES Fernando, en su Tratado de lo Contencioso Administrativo, T. 1, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 819 y ss. en el que sostiene la posibilidad de interpretar que el legislador ha efectuado una suerte de reenvío automático del CPCCN al Derecho Administrativo (p. 827).

(38) Vid. nuestro libro: El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, p. 117 y ss.

(39) PEYRANO, Jorge W., Sobre el activismo judicial, en el libro Activismo y garantismo procesal, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 14 y ss.

(40) Cfr. PALACIO, Lino Enrique, La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual, en libro Medidas Cautelares, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 105. En sentido similar: GARCIA PULLES, Fernando, op. cit. p. 21.

(41) Art. 230, inc. 2, Código Procesal.

(42) Art. 232, "in fine", Código Procesal.

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

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

(45) FERNANDEZ Torres, Juan Ramón, Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva, Civitas, Madrid, 1998, p. 182 y ss.

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

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

(48) Véase entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el caso Camacho Acosta, La Ley, 1997-E, 653.

(49) CPCAYT Ley 189, art. 177.

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

(51) En sentido similar, aunque menos terminante: SORIA, Fernando, op. cit., p. 1126; en contra: COMADIRA,

- Julio R., Algunas reflexiones en torno a las medidas cautelares positivas, ED, 178-788.
- (52) CAMPS, Carlos Enrique, Eficacia cautelar de los procesos colectivos, en la obra Procesos Colectivos (Dir. Eduardo OTEIZA), Rubinzal Culzoni, Sante Fe, Argentina, 2006, p. 292 y ss.
- (53) Ampliar en: GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, Las medidas cautelares... cit. ps. 133-142.
- (54) Véase: BERIZONCE, Roberto O., Derecho procesal civil actual, ed. LEP, La Plata, 1999, ps. 490-491.
- (55) BERIZONCE, Roberto O., Tutela anticipada y definitoria, JA, 1996, IV-745-749.
- (56) La Tutela anticipatoria en los procesos colectivos. A propósito del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, JA, 2005, IV-1392 y ss.
- (57) Cfr.: PEYRANO, Jorge W., op. cit., JA, 1997-II-940.
- (58) CARRIZO, Andrea P. y LOVAGNINI, Mariel A., op. cit., p. 627 y ss.
- (59) PEYRANO, Jorge W., op. cit., JA, 1997-II-929, ha sostenido que se trata de la satisfacción única y definitiva de La pretensión.
- (60) FALCON, Enrique, Tratado de Derecho Procesal..., cit., T. IV, p. 887, apunta que "la medida autosatisfactiva es una tutela judicial anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforme en definitivo".
- (61) 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.
- (62) 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.
- (63) 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).
- (64) Ley 189, art. 189.
- (65) Ampliar en: GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. I, 2ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 663-671.
- (66) Fallos: 303:625; 307:2267 y jurisprudencia de la CNFed. Contencioso Administrativo.
- (67) CHINCHILLA MARIN, Carmen, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Civitas, Madrid, 1991, p. 182 y ss.
- (68) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 660; 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.
- (69) Tampoco los diferentes proyectos de Códigos Procesales en lo Contencioso Administrativo de la Nación.
- (70) Art. 136 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998).
- (71) Véase: NIETO, Alejandro, La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso-administrativo, en RAP N° 37, p. 63 y ss., 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 ss., 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.
- (72) GONZALEZ PEREZ, Jesús, Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, T. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 712.
- (73) Art. 22, inc. 3°.
- (74) 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.
- (75) VEDEL, Georges y DELVOLVE, Pierre, Droit Administratif, T. I, 12ª ed., Themis, París, 1992, p. 140 y ss.
- (76) LNPA, art. 9°.
- (77) Art. 30, ley 28/1988.
- (78) GONZALEZ PEREZ, Jesús, Comentarios..., cit., T. I, ps. 729-730.
- (79) Art. 21, inc. 1°.
- (80) Ley 29 de 13 de Julio de 1998.
- (81) Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de enero de 1995 (art. 84, Ponente: ENRIQUEZ Sancho).

- (82) Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de diciembre de 1994 (art. 9859, Ponente: LLORENTE).
- (83) Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1995 (art. 39).
- (84) Expte. 6402/00, Aeroforma Laboratorios SAIC c. AFIP-DGI s/ amparo ley 16, 24/03/2000 (Juez Osvaldo Guglielmino).
- (85) "In re" Curtiembre Francisco Fonteula y Cía. SACI c. AFIP-DGI Res. 1/00 s/ medida cautelar (autónoma), 07/04/2000, expte. 6879/00 (Juez Osvaldo Guglielmino).
- (86) CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad..., cit. p. 130.
- (87) Sobre la protección del derecho adjetivo véase: LUQUI, Roberto Enrique, Revisión judicial ..., cit. T. I, ps. 375-381.
- (88) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 46-56.
- (89) VEDEL, Georges y DELVOLLE Pierre, Droit Administratif, 12ª ed., Puf., París, 1992, p. 269 y ss.; CHAPUS, René, Droit Administratif Général, T. I, 14ª ed. Montchrestien, París, 2000, p. 568 y ss.
- (90) DEBBASCH, Charles, Droit Administratif, ed. Economica, París, 2002, p. 789 y ss.; GRAIBANT, Guy y STIRN Bernard, Le droit administratif français, Presses de Sciences Po et Dalloz, 7ª ed. París, 2005, ps. 697-598.
- (91) GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. 2, 4ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. IV-1 y ss. La distinción tiene, hoy día, en nuestro país, interés puramente didáctico y no se refleja en el proceso. En tal sentido, el art. 13 del CPCA de la Provincia de Buenos Aires prescribe que estarán legitimados para deducir las pretensiones reguladas en el Código todas las personas que invoquen una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.
- (92) In re "Halabi" de la Corte Suprema de fecha 24/02/09, publicado en La Ley, diario del 02/3/09. Vid. nuestro comentario: Derechos de incidencia colectiva. Los efectos "erga omnes" de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva, LL 2009-B, 646.
- (93) OTEIZA, Eduardo, La constitucionalización de los procesos colectivos, en el libro Procesos Colectivos, cit., p. 32.
- (94) Categoría que se utiliza en países latinoamericanos como equivalente a la de nuestro derecho de incidencia colectiva; respecto del derecho uruguayo ver: DURAN MARTINEZ, Augusto, Contencioso Administrativo, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 126 y ss.
- (95) Señaladas, con su habitual precisión y claridad, por Mabel DE LOS SANTOS, en Principales tendencias de la reforma procesal civil en la Argentina, JA Fascículo 8, 2009-II, sec. doctrina, ps. 8-9. En este trabajo la autora apunta sobre la necesidad de superar con un ordenamiento general la regulación aislada de los procesos colectivos, particularmente en materia de legitimación y efectos "erga omnes" de las sentencias respectivas.
- (96) BOTASSI, Carlos A., Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo, en la obra, El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (Directores Juan Carlos CASSAGNE y Agustín GORDILLO, Coordinador Carlos A. BOTASSI, Librería Editora Platense, La Plata 2000, p. 236.
- (97) Véase respecto a la tutela anticipada, GONZALEZ ZAMAR, Leonardo C., Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares. Tutela anticipatoria. Intervención Del juez, en la obra, Procesos Colectivos, cit., p. 317 y ss.
- (98) Art. 23 inc. 1 CPCA. Desde luego que no puede generalizarse El requerimiento del informe previo a la medida cautelar (como lo hace un reciente proyecto de modificación al CPCCN que tiene estado parlamentario) al punto de privar de eficacia a las medidas cautelares, máxime en casos de urgencia acreditada, conculca la tutela judicial efectiva. Véase: CASSAGNE, Ezequiel, Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública, LA LEY diario del 27/07/09.
- (99) Art. 199, ap. 1º, Código Procesal.
- (100) Art. 208, Código Procesal.
- (101) Cfr. ARAZI, Roland, Medidas cautelares, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 9.
- (102) Art. 199, ap. 3º, Código Procesal.
- (103) Arts. 210, inc. 2 y 212, incs. 2º y 3º, Código Procesal.
- (104) GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., T. II, p. 2085.
- (105) Ampliar en nuestro libro El principio de legalidad ..., cit., p. 197.