
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 30	p. 1-254	out./dez. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzáles Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzo (Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clémerson Merlin Clève (Brasil)
Clóvis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam* (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam* (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam* (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - *in memoriam* (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam* (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Bárbara Christiane
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belício
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva -
CRB 2459 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina

Santiago R. Carrillo

Advogado. Professor de Direito Administrativo em Buenos Aires e Secretário do Juízo Nacional de Primeira Instância no Contencioso Administrativo Federal da Argentina.

Antes que nada debe recordarse que la justicia administrativa se hizo para proteger al individuo contra el Estado y no al Estado contra el individuo.

(Juan Francisco Linares)¹

Palabras clave: Medidas cautelares. Administración pública. Proceso administrativo. Tutela judicial efectiva.

Índice: **1** Introducción: delimitación del escenario - **2** Las medidas cautelares: aspectos generales - **2.1** Sucinta descripción de sus caracteres y finalidad - **2.2** Las medidas cautelares como derivación de la tutela judicial efectiva, y más... - **2.3** Las medidas cautelares y el poder de imperio del juez - **3** Articulación legal de las medidas cautelares - **3.1** El Código procesal civil y comercial de la Nación - **3.2** El art. 12 del decreto-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos - **4** Los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares - **4.1** La verosimilitud del derecho - **4.2** El peligro en la demora - **4.3** La no afectación del interés público - **4.4** La contracautela - **4.5** Otras condiciones implícitas - **5** Medidas cautelares en particular - **5.1** La prohibición de innovar - **5.2** La medida cautelar innovativa - **5.3** La suspensión de los efectos del acto administrativo - **5.4** La medida cautelar autónoma - **5.5** La medida cautelar autosatisfactiva - **5.6** La medida precautelar - **6** Servicios públicos y medidas cautelares - **6.1** La legitimación en los procesos colectivos - Anexo - El efecto no suspensivo de los recursos administrativos

1 Introducción: delimitación del escenario

Si bien en el derecho procesal argentino desde antiguo se acepta la posibilidad de dictar medidas cautelares contra la administración pública,² en los últimos años las decisiones cautelares adquirieron una gravitación inusitada en el proceso administrativo. Además, se amplió su espectro puesto que hoy no se limitan a la suspensión de los efectos del acto, sino que también son admisibles, sin mayores cortapisas, las medidas cautelares

¹ LINARES, Juan Francisco. Efectos suspensivos de los recursos ante la administración. *LL*, 85: 906.

² BIELSA, Rafael. *Sobre lo contencioso administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1954. 2. ed. p. 98; SPOTA, Alberto G. La concesión de servicios públicos y la orden de no innovar. *JA*, 786, 1942-IV, entre otros.

positivas. Ello sucedió básicamente por tres motivos: *a)* La irrazonable lentitud de los procesos — administrativos y judiciales —; *b)* los daños que puede causar la ejecución del acto administrativo antes de su revisión y *c)* el estado de desprotección, hasta de indignancia, en que se encuentra gran parte de la población.

Al resultar un medio idóneo para remediar estas situaciones de conflicto, las medidas cautelares se alzan como una herramienta imprescindible ante la necesidad de hacer justicia en tiempo oportuno, preservando el derecho sustantivo. Es decir, van más allá del derecho a la tutela judicial efectiva: Tienen la virtualidad de resguardar — y hacer respetar — los derechos esenciales de las personas.

Pero, a la vez y por las mismas razones, requieren del juez — además de inmediatez y diligencia — la prudencia que otorga el oficio ya que de ordinario se encuentran en juego valores que son difíciles de compatibilizar.^{3 4}

Es por ello que, sin perder de vista que los hechos de cada caso concreto determinarán la solución puntual, creo que este escenario nos impone la necesidad de reflexionar acerca de la concepción tradicional del instituto, en lo que se refiere a aquellas medidas cautelares que se dictan contra la administración pública.⁵ No obstante, cabe advertirle al lector que aquí no encontrará conclusiones técnicas con vocación de eternidad,

³ Este no es el único problema que debe enfrentar el juez; también debe lidiar contra la carencia de los recursos necesarios para poder cumplir su labor normalmente. En efecto, la República Argentina tiene un serio déficit de justicia administrativa en el orden federal. Para que el lector se haga una idea de la situación, basta con mencionar que en la Ciudad de Buenos Aires, que tiene una población que supera los 2.776.138 de habitantes y es la sede del gobierno federal, solo existen doce juzgados con competencia procesal administrativa y la cámara de apelaciones de ese fuero se integra con cinco salas de tres jueces cada una. Es decir, en primera instancia — que es donde generalmente se despachan las medidas cautelares —, hay aproximadamente un juez cada 231.345 habitantes. Pero estos datos se agravan si se tiene en cuenta que el área metropolitana de Buenos Aires tiene un total de 12,8 millones de habitantes y existe una altísima tasa de afluencia diaria de la periferia hacia el centro: Una situación francamente preocupante.

Es cierto que en el resto del país también hay juzgados federales, pero en esos casos el nivel de litigiosidad que se registra contra el Estado es claramente inferior. Además, en dichos tribunales, ante un mismo magistrado se concentran las competencias penal, civil, comercial y administrativa; siendo evidente que la primera de ellas es la que insume mayor atención.

Por otro lado, sería injusto no reconocer que en el fuero Civil y Comercial Federal de la Capital Federal pueden encontrarse causas en las que se juzga el ejercicio de la función de administrativa, pero ello no es lo común.

⁴ Esta realidad ha llevado a los abogados a optar por herramientas procesales más expeditas que el juicio ordinario, como ser la acción de amparo o el proceso sumarísimo. Pero no está de más aclarar que siguen siendo los mismos doce juzgados a los que nos referimos los que deben decidir estas causas, aunque ahora sujetos a brevísimos plazos procesales que muchas veces es imposible cumplir.

⁵ Esta situación tan disvaliosa ha producido un notable incremento y desarrollo de las medidas cautelares, como una alternativa a las exigencias formales que habilitan los procesos abreviados o a la inoperancia manifiesta del proceso ordinario. Es decir, todo abogado, en su sano juicio, trata de conseguir una medida cautelar porque “la justicia cuando llega tarde no es justicia”, y en las condiciones que expusimos es totalmente imposible suponer que los jueces puedan llegar en tiempo propio al dictado de una sentencia que satisfaga el derecho de quien está peticionando, GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: AAVV. *Control de la Administración Pública*. Ed. Rap SA, p. 345.

sino simplemente un esbozo, aunque en términos jurídicos, de la experiencia personal adquirida en los años de función en un juzgado federal con competencia en esta materia.

En los puntos que siguen analizaremos estas cuestiones y además describiremos aquéllas medidas cautelares que con mayor frecuencia se presentan en los juicios en los que el Estado es parte. Por último, el lector encontrará en el Anexo un análisis de las consecuencias que genera el art. 12 del dec.-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos en tanto impide por principio que los recursos de los administrados suspendan, en sede administrativa, la ejecutoriedad del acto.

2 Las medidas cautelares: aspectos generales

2.1 Sucinta descripción de sus caracteres y finalidad

Tradicionalmente se ha sostenido que tienen carácter instrumental y que son provisionales.⁶ Pero no puede soslayarse que, en determinados supuestos, la propia jurisprudencia ha determinado su autonomía funcional — v. gr. las medidas cautelares autónomas — y también que hay casos en los que la medida cautelar es absolutamente definitiva en sus efectos materiales, lo que impide hablar de provisionalidad en términos generales — ello con independencia de que carezca de la autoridad de cosa juzgada, que es una cuestión diferente al sentido que se otorga al término indicado.

Es decir, desde esta perspectiva, se abre un doble escenario: O la medida cautelar tiende a que durante el tiempo que se insume en poder arribar a la sentencia, en el marco de un proceso ordinario o aun sumarísimo, se mantengan o modifiquen situaciones de hecho o de derecho evitando que la decisión final se torne insustancial o de cumplimiento imposible, o bien, ante la realidad incontestable de los hechos — que presenten el peligro de un daño irreparable a un derecho esencial — se hace justicia en forma oportuna.⁷

No pretendo desconocer que aquí se presenta un punto conflictivo

⁶ La primera característica determinaría que la decisión cautelar resulte tributaria de un proceso principal y la segunda que conservan su eficacia en tanto se mantenga la situación fáctica que determinó su dictado, MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. 2. ed. act. Buenos Aires: Universidad, 1994. p. 80.

⁷ Vallefin advierte que un ejercicio descontrolado por los jueces de este poder también puede ser pernicioso pero, a renglón seguido, aclara que teniendo en cuenta que la suerte de muchos procesos se juega en la etapa cautelar, es necesario apelar a la prudencia de los jueces — en esta materia al igual que en muchas otras de su ministerio —, puesto que de lo contrario habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, VALLEFÍN, Carlos A. Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares. In: AAVV. *Temas de derecho administrativo*. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo. La Plata: Platense, 2003. p. 516 et seq.

en lo que se refiere al principio de bilateralidad y el derecho de defensa de las partes en el proceso, pero creo que el juez cuenta con las herramientas necesarias en las normas adjetivas — o sino, aplicando directamente la Constitución Nacional — para lograr, en el caso concreto, el resguardo de estos importantes valores del ordenamiento jurídico. En efecto, nada obsta que ante casos de una urgencia manifiesta se confiera un sumarísimo traslado a la contraparte, cuyo plazo — y por ende su razonabilidad — dependerá las circunstancias que justifiquen este tipo de decisión.⁸

Entonces, su finalidad no es otra que asegurar o — atento su rango — satisfacer el derecho de fondo. Es por ello que tampoco es apropiado afirmar, en términos categóricos, que tienen una finalidad meramente conservativa. Desde otro punto de vista, si pueden ser concebidas como un modo de prevención de la corrupción administrativa.⁹

Su existencia se justifica, básicamente, porque el Estado prohíbe a los particulares hacerse justicia por mano propia y asume, en consecuencia, la obligación de administrarla. Siendo ello así, no es posible que el Estado sea indiferente a las consecuencias dañosas que la lentitud de los procesos pueda provocar.¹⁰ En efecto, la limitación de la capacidad decisoria del Poder Judicial de la Nación — por la manifiesta carencia de los elementos necesarios — genera que en el caso de un proceso ordinario, con amplitud de debate y prueba, y dependiendo por supuesto de la complejidad del tema, su trámite dure, con seguridad, más de cinco años ante las instancias inferiores.¹¹ Esta no es una respuesta adecuada para una sociedad que requiere procedimientos ágiles en los que en un breve plazo haya lugar

⁸ He presenciado como, al día siguiente en que se iniciara un amparo en el que se demandaba a un hospital público para la realización de una inducción al parto en un caso de anencefalia, el juez convocó a una audiencia a los letrados de la demandada y a los responsables del servicio médico correspondiente y en ese mismo acto les confirió un traslado, en horas, previo a adoptar su decisión; definitiva, por cierto.

⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. 2, *La defensa del usurario y del administrado*. 8. ed. Buenos Aires, FDA, 2006, p. XIII-30, que también puede ser consultado en forma gratuita en: <www.gordillo.com.ar>. Hay casos en los que el juez administrativo se encuentra ante ilegitimidades aberrantes o diseños de aparente legalidad que encubren negocios espurios y, en ocasiones, el dictado de una medida cautelar suspendiendo los efectos del acto, o el procedimiento — v. gr. licitatorio —, remueve el lodo y saca a la luz la oscura cuestión. Otras veces, a pesar de la suspensión, no pasa nada.

¹⁰ COMADIRA, Julio R. Las medidas cautelares en el proceso administrativo (Con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto). *LL*, 699, 1994-C. Allí el autor advierte, además, que si bien el art. 18 de la Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, esta norma constitucional no agota, sin embargo, su función en la instrumentación de una garantía, pues de ella deriva, también, *la obligación de acudir al juicio*, es decir, al proceso, para obtener el reconocimiento de los derechos controvertidos. Concluye que esta cláusula constitucional expresa, de algún modo, la síntesis histórica, política y jurídica de la exclusión de la autodefensa.

¹¹ Conforme la Oficina de Estadísticas del PJN, según los datos del año 2004, que pueden ser consultados en: <www.pjn.gov.ar>, en el fuero contencioso administrativo federal ingresaron 35.541 causas para repartir entre los doce juzgados y había en trámite en estos 376.953.

para un debate exhaustivo de la relación jurídica controvertida, en el que se asegure plenamente el principio de bilateralidad.^{12 13}

2.2 Las medidas cautelares como derivación de la tutela judicial efectiva, y más...

Hoy ya no hay dudas en cuanto a que las medidas cautelares son un componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esta perspectiva, se insertan dentro de los principios que enmarcan el proceso administrativo y que están consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados por su art. 75 inc. 22.¹⁴ En efecto, se garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre el Estado — en este caso sobre la justicia — el deber de prevenir que ocurran circunstancias que tornen inoficiosa su intervención.¹⁵

En este sentido, las medidas cautelares deben ser concebidas en el marco del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues junto con el amparo representan medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los derechos reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales, o las leyes, especialmente cuando la trasgresión sea cometida por personas que actúen en cumplimiento de funciones oficiales.¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que esta disposición constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención, sino del propio Estado de

¹² La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que, por ser parte necesaria la Nación o sus entes descentralizados y discutirse una materia federal, la mayoría de los casos son susceptibles de llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya sea por vía de recurso ordinario o extraordinario. En esos casos, hasta que se obtiene una sentencia definitiva firme, pueden pasar diez, quince..., quien sabe cuantos años.

Los números de la Corte Suprema son increíbles. Conforme la misma estadística, en el año 2004 había 66.722 expedientes en trámite ante sus estrados y dictó la friolera de 20.906 sentencias, aunque este número merece una aclaración adicional. En mi país, lamentablemente, los "viejos" son los últimos en ser atendidos: 13.049 de dichos fallos corresponden a materia previsional; recuérdese la cantidad de años que estimamos para el trámite.

¹³ No voy a abrumar más al lector con esta desgracia, para un panorama completo de la cuestión puede verse GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2. Op. cit., cap. XIV completo, con sus notas.

¹⁴ LÓPEZ OLVERA, Alejandro. *Derecho procesal administrativo argentino*, tesis doctoral inédita. Cabe aclarar que en la reforma constitucional de 1994 se estableció un sistema de prelación normativa en el cual, junto con la primera parte de la Constitución Nacional — conf. art. 27 —, se encuentran en el vértice los tratados internacionales de derechos humanos indicados — o jerarquizados — conforme las previsiones del art. 75 inc. 22.

¹⁵ Así se ha resuelto que "La constitucionalización del amparo tuvo por finalidad robustecer la tutela judicial efectiva receptada en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional en virtud de lo normado en el inc. 22 del art. 75 de la C.N. (cfr. art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 2º pto. 3º ap. b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para llegar a este fin, la medida cautelar podrá resultar, en ciertos casos, un elemento imprescindible, ya que su desconocimiento podría llevar a la imposibilidad de dictar una sentencia útil en situaciones de urgencia", CNFed. CA, Sala II, 25/VI/02, *Grimberg Marcelo Pablo c. PEN - Dto. 1570/01*.

¹⁶ CIDH, *Caso Blake* (Guatemala), sentencia del 24/1/1998, serie C, nro. 36, párrafo 101.

¹⁷ CIDH, *Caso Blake*..., párrafo 102.

¹⁸ Por ejemplo, en lo relativo al derecho a la salud, "Resulta particularmente necesario que el tribunal se expida

derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.¹⁷

Pero, como adelantamos, el tema de las medidas cautelares adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que las inspira — asegurar el derecho de fondo — y, en este sentido, van más allá del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, desde esta perspectiva, cabe tener presente que al momento de su despacho los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un ámbito de impacto más profundo: Ante la vulneración de derechos fundamentales, concurren para determinar la convicción respecto de la configuración de la verosimilitud del derecho.¹⁸

2.3 Las medidas cautelares y el poder de imperio del juez

De lo expuesto hasta aquí se puede inferir que las medidas cautelares no sólo se decretan en interés del justiciable circunstancial que promueve la actividad jurisdiccional, sino que también son una herramienta importante para la preservación del orden jurídico, y del Estado social de derecho, según veremos.

La medida cautelar integra el poder de imperio propio e inalienable del juez, cuya misión primordial es hacer justicia. En efecto, para cumplir con el fin de su existencia, el art. 116 de la CN le reconoce la potestad de hacer cumplir sus decisiones y para ello se vale del poder de mantener o modificar situaciones en resguardo de lo que decidirá en la sentencia, o bien, cuando las circunstancias lo imponen, anticipa su decisión.

De esta forma, en términos generales, el dictado de medidas cautelares contra la administración no puede entenderse como una invasión de la esfera de otro poder del Estado, o como un avasallamiento del principio de división de poderes, sino más bien como la confirmación de su plena vigencia. Al respecto se debe tener presente que la Procuración del Tesoro de la Nación — máximo órgano de asesoramiento jurídico del PEN — desde antiguo ha dictaminado que el leal acatamiento de las decisiones judiciales por los órganos administrativos es un pilar fundamental

provisionalmente sobre la índole de la petición formulada en la medida cautelar innovativa si se pretende reparar, mediante esta vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5º, inc. 1º —de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, CSJN, *Camacho Acosta*, 1997, *Fallos*, 320: 1633.

¹⁹ PTN, *Dictámenes*, 89: 227, 106: 80, 222: 188, 237: 199, entre muchos otros.

²⁰ La norma establece: "Los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presu-

de la organización estatal.¹⁹

La aclaración efectuada es necesaria por cuanto, el art. 19 de la ley 24.624 dispone la inembargabilidad de las cuentas del Estado Nacional.²⁰ Además, el art. 195 del Código procesal civil y comercial de la Nación, conforme el texto del art. 14 de la ley 25.453, parecería ser un valladar difícil de superar en materia de medidas cautelares contra el Estado.²¹ Pero en realidad no es así. En efecto, esta norma — publicada en el B.O. el 31/VII/2001 — se inscribe en el marco de medidas desesperadas y arbitrarias que adoptó el Estado Nacional en el marco del disloque institucional que culminó con la profunda crisis de diciembre de 2001, pero hoy, en lo hechos, nadie se preocupa por ella.²²

Entiendo que estamos ante un poder inherente del juez que debe poder ser usado en toda su extensión, con el oficio y la prudencia que su elevada función exige.^{23 24}

pueraria del Sector Público, ya sea que se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos, valores emitidos, obligaciones de terceros en cartera y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las erogaciones previstas en el Presupuesto General de la Nación, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos [...]” Esta disposición alcanza también a los procesos de ejecución de sentencia, pero en esta materia la Corte Suprema ha puesto un límite a su inteligencia, CSJN, *Giovanoli*, 1999, *Fallos*, 322: 2134.

²¹ La norma establece: “Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.” Curiosamente, esta ley fue denominada de “déficit cero” circunstancia que permite ver que para el Poder Legislativo — y por supuesto también para el PEN — el Poder Judicial no es más que un factor de incidencia negativa en el presupuesto.

Pero el colmo de la sinrazón fue la introducción por vía de un decreto de necesidad y urgencia de un art. 195 bis en el Código procesal que contemplaba un recurso directo ante la Corte Suprema, a modo de *per saltum* con efecto suspensivo, ante las medidas cautelares dictadas contra el Estado o entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal. Por suerte la norma fue dejada sin efecto por la Ley 25.587.

²² No obstante, no pude desconocerse que en su momento llegó a preocupar al ambiente judicial, que rápidamente reaccionó: “La medida cautelar pretendida no es impedida por lo dispuesto en el art. 14 de la ley 25.453, modificatorio del art. 195 del CPCCN, en tanto, en armonía con los principios de separación de poderes, igualdad procesal de las partes en el proceso y tutela judicial efectiva, la restricción normativa dirigida a los jueces allí impuesta no puede aplicarse de manera absoluta, por cuanto: ‘Cada uno de los tres altos Poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí misma, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente [...]’, CNFed. CA, Sala V, 19/IX/01, *Frigorífico Morrone S.A. y Otros c. AFIP - D.G.I. - Resol. 292/00*.

²³ Así lo entendió el JNFed. CA, nro. 4, 25/IV/03, *D’Ormea, Mario c. PEN*, con nota de GORDILLO, Agustín. Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a los funcionarios públicos. *LL*, 152, 2004-C. Allí no sólo se declaró inconstitucional la limitación para dictar medidas cautelares, sino también la prohibición de imponer sanciones pecuniarias a los funcionarios públicos incumplidores del mandato judicial.

²⁴ “Cuando la ley dice: ‘El juez puede o podrá’, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio a la justicia. Se trata de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia”, CNFed. CA, Sala V, 16/III/06, *Correo Argentino S.A. c. PEN*.

²⁵ Sólo a modo de ejemplo y por todos, CSJN, *Iribarren*, 1992, *LL*, 1993-B, 264.

²⁶ Ver *infra* puntos 4.2. y 4.3.

²⁷ La jurisprudencia en este sentido es abundante: A título de ejemplo, algunas de las pioneras, Cam. Nac. Fe-

3 Articulación legal de las medidas cautelares

3.1 El Código procesal civil y comercial de la Nación

No obstante que constituyen un poder inherente del juez, que coadyuva al resguardo de los derechos involucrados, como hemos adelantado y con las limitaciones indicadas, en la Argentina tienen consagración legislativa: Están reguladas con detalle en el Código procesal civil y comercial de la Nación y la jurisprudencia de los tribunales federales²⁵ ha aceptado sin inconvenientes la aplicación de este ordenamiento.

En lo que aquí interesa, el art. 230 del Código procesal regula la prohibición de innovar y el art. 232 establece las medidas cautelares genéricas, norma que se adoptó como fuente para el dictado de las medidas cautelares positivas. El art. 199 establece la necesidad de presentar una adecuada contracautela. En ambos casos, se exige que: *a)* El derecho fuere verosímil; *b)* existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; *c)* la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria y *d)* presentación de una adecuada contracautela, que atendiendo a las circunstancias del caso, podrá ser juratoria o real.

Sólo cabe hacer dos aclaraciones: En el caso del art. 232 la norma dispone que debe concurrir el peligro de sufrir un “perjuicio inminente o irreparable” y, por otro lado, conforme pacífica jurisprudencia, es requisito para el despacho favorable de una medida cautelar contra el Estado que no se afecte el interés público.²⁶

Una cuestión interesante es que la Cámara Contencioso Administrativa Federal viene afirmando — como jurisprudencia ya consolidada — que a mayor verosimilitud del derecho menor será la exigencia en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe la evidencia de un daño grave e inminente, el rigor acerca del *fumus bonis iuris* se debe atenuar;²⁷ aunque esta interpretación no autoriza a prescindir de ninguno de los

deral, *Banco Popular de La Plata, LL*, 120: 763 y *Gobierno Nacional c. NN, LL*, 125: 633, 1966; y más actuales CNFed. CA, Sala II, 4/IV/92, *Continental Illinois National Bank And Trust Company of Chicago c. Banco Central* y Sala IV, 31/III/92, *O.S.P.E.G.Y.P.E. c. Ministerio de Salud y Acción Social*. Ver también, Gallegos Fedriani, Pablo, —“Las medidas cautelares contra la administración nacional (Principios jurisprudenciales)”, *LL*, 1996-B, 1.052.

²⁸ Ver *infra* punto 5.4.

²⁹ Guglielmino expone que, en su experiencia como magistrado, en determinadas ocasiones, un traslado previo ha beneficiado a los peticionantes de las medidas cautelares que han visto así robustecida su posición, que pasa a adquirir un estatus superior al de la apariencia, GUGLIELMINO, Osvaldo C., su exposición en “Los grandes temas del Contencioso Administrativo. Jornadas sobre Derecho Procesal Administrativo”. *Rap*, 270: 14.

requisitos legales, sino sólo a atemperar el rigor de uno cuando el otro se presenta en forma acentuada.

En cuanto a la oportunidad para solicitarlas, el art. 195 del Código procesal establece que podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, lo que ha permitido la creación pretoriana de las medidas cautelares autónomas.²⁸

Por último, si bien en el ámbito del derecho procesal civil rige con plenitud el principio establecido en el art. 198 del Código procesal, relativo a que las medidas precautorias se decretan y cumplen sin audiencia de la otra parte, en el proceso administrativo esta regla debe ser matizada. En efecto, en algunos supuestos es imposible conocer las consecuencias que en definitiva puede tener la concesión de la medida cautelar sin contar con un informe previo del organismo o, al menos, con el expediente administrativo en el que se dictó el acto impugnado.²⁹ Por supuesto, todo ello dependerá de las posibilidades que otorgue el peligro en la demora.³⁰

3.2 El art. 12 del decreto-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos

Ahora bien, parte de la doctrina administrativista ha criticado la solución de la jurisprudencia de aplicar las disposiciones del Código procesal, en lugar del art. 12 del decreto-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, en punto a las medidas cautelares que tienen por objeto la suspensión de los efectos de un acto administrativo.

El fundamento esgrimido para la crítica se basa en que cada ordenamiento establece requisitos de procedencia distintos. En el caso ahora analizado, la norma establece que se podrá suspender la ejecución del acto administrativo ante alguna de las siguientes situaciones, *alternativas*:³¹ a) Por

³⁰ Ampliar en el punto 5.6.

³¹ BARRA, Rodolfo. Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de la ejecutoriedad y medida de no innovar. *ED*, 107: 419. Allí el autor se refiere también a la *finalidad* que tiene cada una de las normas y concluye que en el caso del art. 12 "la suspensión del acto no está condicionada a los efectos de la sentencia a dictarse sobre la cuestión que se discute en el pleito, tampoco a la modificación de la situación de hecho o de derecho. Es *independiente* de todas estas circunstancias, sin perjuicio de que en algún caso concreto [...] haya coincidencia en las situaciones."

³² GAMBIER, Beltrán; ZUBIAUR, Carlos A. Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549). *LL*, 1993-D, 690. Según expone Barra, esta afirmación se sustenta en que "Luego de la sanción de la ley de procedimientos administrativos (que incorpora normas de la materia procesal administrativa, v. gr. todo su título IV) el régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo tiene su regulación propia, precisamente en el art. 12 comentado. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal en lo referente a las medidas cautelares, para regular sus aspectos procedimentales y las

razones de interés público; b) para evitar perjuicios graves al interesado o c) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Ahora bien, en realidad esta norma no está dirigida al juez, sino a la administración. Sin embargo, se ha entendido que, más allá de ello, esta es la *norma de fondo* en la materia y por tanto debe ser aplicada aun por los jueces.³²

En este sentido, el hecho de que los requisitos enumerados en el art. 12 sean considerados alternativos, parecería indicar que la medida cautelar puede ser otorgada con mayor facilidad.³³ Pero, en realidad, en aquellos casos — excepcionales por cierto — en que la jurisprudencia aplicó la vía suspensiva del art. 12 del decreto-ley 19.549, no se advierte que la solución hubiese variado sustancialmente si se aplicaban las disposiciones del Código procesal.³⁴

Además, aquella presunción favorable también se desvanece debido a que, como vimos en el punto anterior, la jurisprudencia de la justicia federal ha ideado una forma de suavizar la rigurosidad de los requisitos exigidos en el art. 230 del Código procesal, atemperando el rigor de uno cuando el otro se presenta en forma acentuada.

Por otro lado, no puede perderse de vista que esta vía del art. 12 también ha sufrido sus inconvenientes. En efecto, en algunos supuestos se

facultades judiciales para apreciar la necesidad y alcances de la contracautela a otorgar por el administrado [...] Es decir, se trata de una medida cautelar de naturaleza análoga a la medida de no innovar, pero cuyos requisitos de fondo se encuentran regulados en la ley de procedimientos administrativos", BARRA, Rodolfo. "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración...", Op. cit.

³³ HALPERÍN, David A. Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1: 131, 1989.

³⁴ CNFed. CA, Sala III, 7/III/95, *Exxon Chemical Argentina SA c. Dirección Gral. Impositiva*, con nota de Zambrano, Pedro, "Medidas cautelares 'autónomas' y la garantía de defensa en juicio: ¿Por el artículo 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19.549?", *LL*, 1998-C, 344. Allí la Sala sostuvo que "Tratándose de un pedido de suspensión de los efectos de un acto definitivo sujeto al recurso del art. 74 del reglamento de la ley 11.683, y mientras se substancia éste, procede el análisis de los recaudos que exige el art. 12, apart. 2º de la ley de procedimientos administrativos [...] la falta de fundamentos atendibles para oponerse al ejercicio del derecho a pedir compensación por parte de la empresa actora, originan por el momento un proceder *prima facie* arbitrario por la demandada, siendo así razonable la suspensión de la ejecutividad del acto en sede administrativa, mientras se resuelve su recurso." Hasta aquí podríamos afirmar que el Tribunal se apoyó, implícitamente, en que se había alegado fundadamente una nulidad absoluta, que sería uno de los supuestos *alternativos* del art. 12. Pero lo cierto es que, a renglón seguido, expuso: "El escrito de fs. 42/49 no rebate la ponderación que realizó el *a quo* para concluir la existencia de peligro en la demora, sin que los argumentos de la demandada cuestionen el razonamiento de la juez sobre el punto", con lo cual, en definitiva, y aunque sin explayarse, consideró la ~~concurencia del requisito~~ previsto en el art. 230 inc. 2º del Código procesal.

³⁵ 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: 677, p. 683. El fundamento de dicha exigencia finca, según este autor, en que el proceso contencioso administrativo es, por esencia, revisor de actos. No obstante, este mismo autor más recientemente ha expuesto una concepción más amplia del alcance de la justicia administrativa, HUTCHINSON, Tomás. Reflexiones sobre el proceso administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. In: AAVV. *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, Rubinzal — Culzoni, Proceso Administrativo — I,

ha exigido que, previamente a requerir la suspensión judicial de los efectos del acto, se haya efectuado dicha solicitud a la administración y que esta la haya denegado o bien que haya transcurrido un plazo razonable sin expedirse.³⁵ Es evidente que esta exigencia — que no se encuentra ni en el decreto-ley 19.549 ni en el Código procesal — atenta contra la operatividad y eficacia del instituto cautelar y en definitiva contra la garantía de acceso a la justicia.

En realidad, el problema es que, en ciertos supuestos, el administrado tiene la necesidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo *antes* de que se hayan cumplido los requisitos exigidos para habilitar su revisión judicial.³⁶ Y es por eso que para justificar esta intervención *anticipada* del juez, que implica controlar directamente el procedimiento administrativo recursivo mientras este se haya en curso y no recién a su conclusión,³⁷ se plantea la necesidad de recurrir al art. 12, puesto que se trataría de una medida cautelar de estricto corte *administrativo*.³⁸

En lo personal, considero que ambas normas son de aplicación al proceso administrativo, por lo que en definitiva el juez debe aplicar aquella que más se ajuste al caso que debe resolver y valerse de una u otra norma o

2003-1, p. 16 et seq. En lo personal, considero que esta cuestión constituye uno de los dogmas del antiguo contencioso que el derecho procesal administrativo contemporáneo ha superado.

³⁶ Se trata de las denominadas *medidas cautelares autónomas* que luego desarrollaremos con profundidad. Algunas de las implicancias de esta cuestión puede encontrarse en ZAMBRANO, Pedro. *Medidas cautelares 'autónomas' y la garantía de defensa en juicio*. Op. cit. y en REJTMAN FARAH, Mario. *Impugnación judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 166 et seq.

³⁷ El requisito del agotamiento de la vía administrativa en forma previa a la demanda de impugnación de un acto administrativo está regulado en el art. 23 del dec.-ley 19.549 y él se refiere, básicamente, a la presentación del recurso jerárquico. En el fallo *Exxon Chemical* analizado, el Tribunal indicó que "De todos modos lo que en el caso interesa es que la permanencia de la medida cautelar solicitada depende del propio accionar y diligencia del organismo demandado, pues fue concedida únicamente hasta que se dicte la resolución administrativa que cause estado."

³⁸ CNFed. CA, Sala V, 7/XI/01, *Gas Nea S.A. c Enargas*. Por su parte, Comadira ha expuesto un criterio en el cual delimita ámbitos de aplicación, según se trate de un pedido de suspensión efectuado al órgano jurisdiccional antes o después de agotada la vía administrativa, supuesto en el cual la Administración habría adquirido la calidad de "sujeto enjuiciable". La cuestión sería, según su criterio, así: "En el primer supuesto, estimamos aplicables las previsiones del art. 12 de la LNPA, pues en él se trata, precisamente, de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista, específicamente, para la Administración. Es ésta su destinataria y, en relación a ella, la Justicia no debe sino controlar su aplicación cuando la petición ha sido denegada expresamente o respondida, simplemente, con silencio. En el segundo caso, por el contrario, el pedido pone al juez frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada. No parece irrazonable, en este caso, encaminar el accionar procesal en los términos del Código procesal", COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, con la colaboración de Monti, Laura*. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 265-266.

³⁹ GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, su exposición en "Los grandes temas del Contencioso Administrativo. Jornadas sobre Derecho Procesal Administrativo". *Rap*, 270: 9.

⁴⁰ PALACIO, Lino E. *Derecho procesal civil*, t. VIII, *Procesos cautelares y voluntarios*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 32. En igual sentido, Diez, Manuel María, *Derecho procesal administrativo*, actualizado con la colaboración de HUTCHINSON, Tomás. 2. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1996. p. 317-318. La CNFed. CA, Sala II, señaló que el requisito "no impone al tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el

de ambas a la vez, o tomar un poco de una y un poco de otra, para llegar a la solución que resulte más justa en el caso concreto.³⁹

Ello sin perjuicio de advertir que la utilización de los requisitos del Código procesal ha funcionado adecuadamente para evitar la frustración de los derechos de los administrados, aun con anterioridad al agotamiento de la vía administrativa, por lo que esta discusión no debería tener mayor trascendencia.

4 Los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares

4.1 La verosimilitud del derecho

El despacho favorable de esta decisión protectoria depende de un acercamiento *periférico o superficial* a la existencia del derecho discutido. De allí que para obtener su dictado favorable, resulta suficiente la comprobación de la *apariencia o verosimilitud* del derecho invocado por el solicitante.^{40 41} Más allá de estos conceptos, que por cierto son bastante imprecisos, me inclino por considerar que la apreciación del *fumus bonis iuris* depende muy especialmente del oficio del juzgador. Es decir, es evidente que hay un alto margen de discrecionalidad en la valoración de este requisito en el marco del cual el juez debe *imaginarse* que hará en la sentencia,⁴² o bien

necesario para resolver el pleito, siendo sólo menester examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que por ello implique prejuzgamiento", *Irurzun SA c. Gobierno Nacional, LL, 1982-C, 401.*

⁴¹ La Corte Suprema ha entendido que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no exige otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad, CSJN, *Iribarren*, 1992, LL, 1993-B, 264. En concreto, se ha afirmado que, la naturaleza y extensión de las relaciones que vinculan a las partes no debe ser analizada exhaustivamente en esta etapa sino en la sentencia, CNFed. CA, Sala V, 16/III/06, *Correo Argentino S.A. c. PEN.*

⁴² Entre la abundante doctrina que hay sobre la materia, encontré una equiparación que es bastante gráfica, pero que requiere que el lector latinoamericano haya visitado mi país; y, si no lo ha hecho, valgan estas palabras como invitación tentadora. Gallegos Fedriani, a la sazón magistrado de la Sala V de la CNFed. CA, ha expuesto que este "humo de buen derecho" es como cuando alguien está oliendo algo y dice "esto es aceptable." En este sentido, agrega que "El juez husmea, el juez no está haciendo un análisis concreto y definitivo, es alguien que está por comer un asado y percibe el olor; no lo ha visto ni se lo ha llevado a la boca; simplemente, conforme el olor que está recibiendo se da cuenta de si ese asado va a ser bueno o no. Supongo que todos ustedes han pasado por esa experiencia, cuando el asado está quemado no queda ninguna duda de que va a ser un mal asado y lo olemos antes de verlo", GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. In AAVV. *Control de la Administración Pública*. Ed. Rap, p. 346. Estas palabras tan gráficas, dichas en una conferencia casi entre amigos, resumen claramente — a mi criterio — la posición del juez ante este requisito.

⁴³ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 67.

⁴⁴ En este sentido, se debe reconocer que son justificadas las críticas de la doctrina contra las decisiones judiciales que no expresan los motivos que llevan a adoptar, o denegar, estas decisiones porque, en definitiva, se está violando el derecho de defensa de las partes, GAMBIER, Beltrán; ZUBIAUR, Carlos A. "Las medidas cautelares contra la administración...", Op. cit.

hacerlo, si así lo imponen los hechos y el valor de los derechos implicados, aunque, obviamente, sin los efectos de la cosa juzgada y resguardando al máximo posible el derecho de defensa de la contraparte.

Por ello, en tanto el dictado de la medida cautelar importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de los elementos obrantes en la causa.⁴³ Es decir, puede haber cierta discrecionalidad, pero nunca arbitrariedad.

Para ello, resulta imperativo que la decisión que otorga o rechaza la medida cautelar tenga la fundamentación suficiente que el caso requiere. En efecto, “reducido marco de conocimiento” no quiere decir ausencia de fundamentación, sino aquella necesaria que impida calificar al acto de arbitrario.⁴⁴

Ahora bien, no puede perderse de vista que todo ello es posible debido a que el ordenamiento adjetivo prevé la existencia de la contracautela, que se instrumenta para proteger al demandado de posibles fallas en esta apreciación inicial de la situación. Además, en aquellos casos en que la medida cautelar tiende únicamente a resguardar situaciones de hecho o de derecho, nada obsta a que sean reexaminadas cuando las circunstancias que determinaron su dictado se modifiquen, permitiendo el art. 202 del Código procesal, enmendar, modificar y aun revocar lo que fuere menester y resultare justo.⁴⁵

¿Cómo juega aquí la presunción de legitimidad que el art. 12 del dec.-ley 19.549 confiere a los actos administrativos? En primer lugar, se debe aclarar que se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que ante la presencia de una nulidad manifiesta, en la cual el vicio surge patente del propio acto, esta cede. Desde este punto de vista no creo que sea apropiado afirmar — como regla general — que este tipo de medida cautelar es de interpretación restrictiva. No veo el porqué: Si se invoca sobre una base verosímil la nulidad manifiesta del acto — y así lo aprecia a simple vista el juez —, el requisito está cumplido. Sólo en determinados supuestos, en los que se percibe palmariamente que el otorgamiento de la medida cau-

⁴³ CNFed. CA, Sala II, *Pesquera del Atlántico S A c. BCRA, ED*, 102: 526.

⁴⁶ La CNFed. CA, Sala I, ha resuelto que “Si bien la impugnación está dirigida contra un acto administrativo, no se observa que resulte afectado el cumplimiento de la acción estatal, ni la prestación de un servicio público o de interés público, cuya obstrucción a través de la medida cautelar pudiera comprometer a la comunidad. Más, al no encontrarse ninguno de aquellos afectados con el dictado de la medida cautelar, (lo que no quiere significar la ausencia de interés público que la cuestión pudiera ostentar), es aplicable la línea jurisprudencial que ha preferido proceder con amplitud de criterio para decretar una medida precautoria [...], resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez o parquedad en negarlas”, 28/IV/98, *Procaccini Luis María y*

telar podría afectar de manera concreta el interés público (v. gr. el medio ambiente, la recaudación *regular* de la renta pública, la continuidad de la prestación de un servicio público) podría hablarse de interpretación restrictiva;⁴⁶ no obstante, en lo personal, prefiero denominarlo *prudencia*. Cuando se trata de la suspensión de leyes, sucede algo similar.

Si la nulidad no es manifiesta, el solicitante deberá esmerarse más en la fundamentación y acompañar sumariamente la prueba que sustente su pedido, pero sin que quepa exigir los elementos de juicio aptos para juzgar en forma definitiva la legitimidad del acto. Es decir, la medida cautelar es procedente, pero aquí se requerirá una mayor actividad del interesado, dado que la nulidad no surge palmaria del propio acto.

4.2 El peligro en la demora

Hemos afirmado que, en materia de medidas cautelares, deben existir fundamentos de hecho que impongan al tribunal expedirse en forma oportuna para resguardar el derecho de fondo debatido, pues con ellas, justamente, se trata de evitar que el pronunciamiento que reconozca el derecho llegue demasiado tarde resultando ilusorio.

Ahora bien, como principio, las manifestaciones de la parte que aluden al peligro en la demora no pueden referirse a situaciones meramente hipotéticas o conjeturales, sino que se debe presentar la afectación — o al menos su inminencia — de un interés concreto susceptible de ser tutelado judicialmente. Este requisito puede ser objeto de una simple acreditación sumaria, pero convincente.

Sentadas estas pautas, cabe advertir que aquí tampoco corresponde postular la necesidad de interpretaciones restrictivas, sino que la apreciación que se efectúe debe ser el juicio objetivo de una persona razonable y, en este sentido, el juez debe ejercer su arbitrio conforme a las valoraciones vigentes en la comunidad de la que forma parte; claro está, con las limitaciones que le impone el ordenamiento jurídico.⁴⁷

otro c. *Mº de Economía*.

⁴⁷ PALACIO, Lino E. *Derecho procesal civil*, t. VIII. Op. cit., p. 35.

⁴⁸ González Arzac sostiene, acertadamente según mi criterio, que a veces se leen sentencias de tribunales nacionales que ponen a la irreparabilidad del daño como un requisito, pero ello no es más que una de las redacciones imperfectas que inevitablemente se cuelan cuando se trabaja sin tiempo suficiente para corregir detalles, GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, su exposición en *Los grandes temas del Contencioso Administrativo*, Op. cit., p. 13.

⁴⁹ La "o" es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas, <www.rae.es>. Recuérdese que "El fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, y la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras, que deben entenderse empleadas

En cuanto a la intensidad del perjuicio, no llego a interpretar que el Código procesal exija, como principio rector, el peligro de un daño *irreparable*.⁴⁸ En efecto, el art. 230 sólo se refiere a que “Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible”. Por su parte, el art. 232, que es la fuente para las medidas cautelares positivas, se refiere al peligro de “sufrir un perjuicio inminente o irreparable.” Creo que el Código tiene su lógica, exige uno o el otro, no necesariamente ambos.⁴⁹ Tampoco exige un daño irreparable el art. 12 del dec.-ley 19.549.

En primer término, en lo que se refiere a la inminencia del daño, puede afirmarse que esta debe darse por sentada en los casos en que se trata de suspender la ejecución de actos administrativos, desde el momento que el art. 12 del dec.-ley 19.549 les reconoce ejecutoriedad, en el sentido que habilita a la administración a ponerlos en práctica por sus propios medios.⁵⁰

Aclarado ello, creo que se excluyen — en principio — los perjuicios leves, que una normal tolerancia permita soportar, a menos que resulten de imposible subsanación en la sentencia. Ahora bien, sí es pertinente la cautelar si el perjuicio es grave, o cuando menos serio,⁵¹ cuya valoración caso por caso corresponde al juez sin que se puedan establecer principios generales al respecto. En la inteligencia del Código procesal, debe tratarse de un agravio de insuficiente o dificultosa reparación anterior.^{52 53}

No obstante ello, considero que sí es viable exigir la concurrencia en su verdadero sentido en el que tienen en la vida diaria, partiendo de la base de que no son superfluas sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos”, CSJN, *Martínez*, 1944, *Fallos*, 200: 165.

⁵⁰ MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la administración*, vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 816.

⁵¹ Simón Padrós sostiene que es suficiente para disponer medidas precautorias contra la administración la configuración de un daño de cierta entidad, valorable de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, sin que deba demostrarse la imposibilidad de su reparación posterior o la frustración completa del derecho, esto es, la clásica irreparabilidad del perjuicio, SIMÓN PADRÓS, Ramiro. *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. Buenos Aires: LexisNexis, 2004. p. 167.

⁵² GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, su exposición en *Los grandes temas del Contencioso Administrativo*, Op. cit., p. 13, quien recuerda lo decidido en CSJN, *Nicolás Vila*, 1996, *Fallos*, 310: 2325.

⁵³ Teniendo en cuenta que nos encontramos ante una cuestión sumamente casuística creo apropiado, a fin de tener una guía interpretativa, hacer referencia a los supuestos que Mairal propicia como habilitantes del requisito: a) la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; b) la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero; c) cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria; d) cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena; e) cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; f) cuando la previsible magnitud del perjuicio acarrea verosímilmente la insolvencia del recurrente y g) cuando se ocasiona al particular un perjuicio “desproporcionado”, MAIRAL, Héctor A. *Control judicial...*, Op. cit., p. 818-822.

de un daño irreparable en aquellos casos en que se trata de una medida cautelar que implique un adelanto de jurisdicción *definitivo*. Si bien este tipo de medida cautelar es excepcional, debe otorgarse en los casos en que la realidad impone permitir el cumplimiento de la pretensión sustancial en forma anticipada.⁵⁴

Con relación a la evaluación del daño se ha entendido que debe utilizarse un criterio de *proporcionalidad*, que consistiría en tutelar toda situación que exceda el impacto disvalioso o perjudicial que produzca el otorgamiento de la medida cautelar en el funcionamiento de la administración.⁵⁵ Pero se ha objetado esta posición sobre la base de un fundamento respecto del cual deberemos comenzar a meditar. Se plantea que no puede dejar de considerarse el daño que causa a la sociedad la ejecución de un acto ilegítimo, porque luego la indemnización la pagaremos todos y, en este contexto, no se alcanza la plenitud del nuevo sistema constitucional de los derechos de incidencia colectiva y los intereses económicos de los usuarios y habitantes que las autoridades públicas, incluidas las judiciales, deben tutelar por mandato del art. 42 de la CN.⁵⁶

Además, con relación al postulado de que no se configura el daño sobre la base de que se podrá subsanarlo con una indemnización de daños y perjuicios, ya se ha tornado francamente inaceptable desde todo punto de vista. En primer término, no existe fundamento razonable para impedir que la reparación se efectúe *in natura* cuando ello es posible. La interpretación contraria es violatoria del art. 17 de la CN y de los tratados internacionales y es ahora de que empecemos de una vez a ajustar las viejas ideas a este nuevo escenario.

Por otro lado, si dicha afirmación se sustenta en la presunción de

⁵⁴ ¿Quién dudaría que ante un grave riesgo a la integridad física de una persona debe otorgarse — aún por vía de cautelar — la implantación de una prótesis? Estos supuestos en modo alguno pueden entenderse como *provisionales*, ver CSJN, *Camacho Acosta*, 1997, *Fallos*, 320: 1633. Ampliar *infra*, punto 5.5.

⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos. *ED*, 153: 995, p. 1006.

⁵⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2. p. XIII-33-4.

⁵⁷ Sobre el punto, ver las leyes 23.982, 25.344, todas las leyes de presupuesto dictadas desde que se desató la crisis de diciembre de 2001, el decreto 1735/04 y la ley 26.017 que establecieron la reestructuración de la deuda pública con la finalidad de "normalizar las relaciones con los acreedores" (Cons. 8° del decreto.)

⁵⁸ También debe tenerse en cuenta, tal como lo señala Gordillo, que la situación de endeudamiento crónico de la Argentina, y su general estado de insolvencia, han llevado a la legislación y a la jurisprudencia a recortar los ámbitos de responsabilidad del Estado, demostrándose una reacción adversa a que el Estado afronte cargas económicas y financieras que antes era normal imponerle. El autor indica, siguiendo a Martín Rebollo, que el clásico precepto de Hauriou, que la administración preste servicios y actúe, pero que pague, ahora ha quedado matizado: "Pero no cualquier servicio. Ni tampoco a cualquier precio", GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho*

solvencia del Estado, no está de más advertir que el Estado argentino se ha declarado en quiebra cuatro veces en los últimos quince años. Por esta razón ha decidido que los particulares damnificados por su accionar financien su inoperancia a través de la cancelación de sus deudas dinerarias — entre las que, por supuesto, están incluidas las emergentes de condenas judiciales — con bonos cuyos plazos de amortización exceden toda expectativa razonable.^{57 58}

Esta cuestión constituye un marco de referencia que no puede soslayarse en la búsqueda de soluciones en esta materia. Veamos por qué: Si un particular resulta afectado por un acto administrativo que es reputado ilegítimo y que a su vez le causa un grave perjuicio, deberá recorrer el casi siempre lento camino de la instancia administrativa. Una vez agotada ésta, debe iniciar una acción judicial cuyo trámite puede durar más de un lustro. Una vez obtenida la sentencia firme, el particular se encuentra ante las dificultades que la situación de emergencia acarrea en la ejecución de las sentencias percibiendo bonos en lugar de dinero en efectivo.⁵⁹ Otra vez: Esta no es una solución razonable para una sociedad que exige respuestas rápidas y eficaces.

4.3 La no afectación del interés público

Si bien algo hemos adelantado sobre este punto, aquí me interesa destacar que el interés público no puede ser utilizado como una fórmula vacua.⁶⁰ No es un eslogan que pueda utilizarse para rechazar sin más la medida cautelar sin previamente efectuar el análisis de sus requisitos pro-

administrativo, t. 2. Op. cit., p. XX-6.

⁵⁹ GAMBIER, Beltrán; ZUBIAUR, Carlos A. Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549). LL, 690, 1993-D.

⁶⁰ He analizado la cuestión de la determinación del interés público en "Jueces, interés público y Cuota Hilton", *La Ley Actualidad*, del 21-26/X/2004, p. 1 y 3, también publicado en El Dial <elDial.com>, *News letter* n. 1834; y en "El interés (del) público en el Régimen Federal de pesca", *ResPublica Argentina* (Ediciones RAP), en prensa, próxima aparición n. 2006-1 (mayo 2006). Allí sostuve, siguiendo a Boquera Oliver, que la determinación del interés público implica una composición entre diversos intereses particulares. Esta composición o arbitraje puede hacerse de dos modos diferentes: uno cuantitativo y otro cualitativo. En el primer caso, mediante una suerte de objetivación, será la expresión del interés del mayor número de individuos.

En el segundo, se impone una apreciación subjetiva, dando lugar a la elevación a condición calificada al interés que corresponda a un número menor de personas pero que, por su valor humano, se considera superior a los intereses de la mayoría (vgr. protección integral de las personas con capacidades diferentes). En cualquier caso, su valoración no es estática sino dinámica. Lo fundamental de este concepto es que el primero no es ajeno a los individuos o grupos que integran la Nación, sino que son sus propios intereses los que lo componen. Es decir, del interés público, cada individuo debe poder escindir su propio interés personal, directo, actual o potencial. Desde esta primera aproximación no hay antagonismo entre el interés público y el interés particular, ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 55, quien en el punto sigue los postulados de Gordillo. Por otro lado, si bien puede inferirse que en una definición teleológica de "administración pública" un componente ineludible estará relacionado con la satisfacción del

pios y las circunstancias en las que se solicita, en el marco de lo cual debe atenderse a las condiciones políticas, sociales, económicas, morales y, en general, culturales reinantes en un lugar determinado en un tiempo dado.⁶¹

En este sentido, comparto sin objeciones la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene que, al momento de otorgarse la medida cautelar, debe efectuarse un detenido análisis de los efectos que esta tendrá con relación al interés público comprometido,⁶² pero es claro que dicho interés no debe ser genérico sino específico, de singular trascendencia y cuya prevalencia — en el caso concreto — exige, por ejemplo, la ejecución inmediata del acto.

Ahora bien, tampoco debería hablarse de interpretación restrictiva en lo que se refiere a este requisito, puesto que, en supuestos de duda, el ordenamiento adjetivo autoriza al juez a exigir una adecuada contracautela, justamente, atendiendo a las circunstancias del caso. Como se ve, no es posible sentar principios generales sobre este punto, lo que no obsta esbozar ciertas líneas rectoras: *a)* La decisión sobre si se afecta o no el interés público corresponde al tribunal y no a la administración;⁶³ *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 de un interés público específico y concreto; *c)* frente a una ilegitimidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria; *d)* el interés público no es siempre el interés que persigue la administración.⁶⁴

interés público, en los hechos es claro que éste no es siempre el interés de la Administración, GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Op. cit., p. VI-36. En este sentido, es claro el ejemplo del juego utilizado por el autor que, siendo contrario al interés público, es explotado de todos modos por la administración.

⁶¹ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Op. cit., p. 59.

⁶² Por todos, CSJN, *Astilleros Alianza SA*, 1991, *Fallos*, 314: 1202. Zambrano recomienda la lectura completa de esta sentencia para advertir que fue el enorme daño al interés público lo que definió el caso, ZAMBRANO, Pedro. "Medidas cautelares 'autónomas' y la garantía de defensa en juicio...", Op. cit., nota 57.

⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos. "Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos". Op. cit., p. 1007.

⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Op. cit., p. VI-36.

⁶⁵ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, Op. cit., p. 55.

⁶⁶ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Op. cit., p. 71.

⁶⁷ Por ejemplo, el art. 200 inc. 2º del Código procesal exime de la contracautela a quien actúe con beneficio de litigar sin gastos.

⁶⁸ La primera consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida de que se hace cargo de los eventuales perjuicios que cause su cumplimiento, mientras que la segunda importa afectar un bien — propio o de un tercero solvente con su expresa conformidad — al afianzamiento de dicha responsabilidad. Para ello se ha aceptado el depósito de una suma de dinero, el embargo de un inmueble, la caución de títulos públicos, la contratación de un seguro de caución, etc.

⁶⁹ Debe tenerse presente que, en la Argentina, la acción de amparo no procede contra actos del Poder Judicial, conforme el art. 2º inc. b) del dec.-ley 16.986.

4.4 La contracautela

La tutela cautelar, como hemos señalado, se confiere después de un conocimiento sumario y, además, en principio, sin audiencia de la parte contraria. De ahí que la ley exija la presentación de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroge la medida indebidamente peticionada.⁶⁵ Pero cabe recordar que este no es un requisito para la procedencia de la medida cautelar, sino para su traba⁶⁶ y, por eso, en algunos supuestos el Código exime al litigante de su cumplimiento.⁶⁷

Además, al momento de la estimación de la contracautela, que puede ser meramente juratoria o real,⁶⁸ no puede extremarse el rigor a tal punto que resulte materialmente imposible el otorgamiento de la medida. En este contexto, creo que además debe mensurarse razonablemente la situación particular de cada litigante, a efectos de no arribar a soluciones reñidas con la justicia del caso. Por ejemplo, en los miles de amparos que tramitaron con motivo de la confiscación de los depósitos bancarios, los jueces federales optaron por entregar el dinero previa caución juratoria aunque bajo el carácter de “depositario judicial” lo que implicaba que se podían utilizar los fondos liberados, pero quedando el actor sujeto a una eventual rendición de cuentas; una solución *sui generis* para una situación disparatada.

En definitiva, si bien debe mediar cierta correspondencia entre al contracautela y la eventual responsabilidad del peticionante, empero, dicha relación debe ser evaluada atendiendo, además, a la intensidad con que se presente la verosimilitud del derecho que se invoca y a las circunstancias del caso.

4.5 Otras condiciones implícitas

Existen también otras condiciones que si bien no están expresadas en las normas que regulan el otorgamiento de las medidas cautelares, en caso de verificarse, obstan su despacho favorable.

⁷⁰ Analicé esta situación en “Jueces, interés público y Cuota Hilton”, *La Ley Actualidad*, del 21-26/X/2004, p. 1 y 3, también publicado en El Dial (elDial.com), news letter nro. 1834.

⁷¹ Arts. 202 y 218 del Código procesal, el último le asigna prioridad al primer embargante. Esta ha sido la solución adoptada por la Procuración del Tesoro al exponer que “dentro del Poder Judicial ya sea federal o local, no existe prevalencia jerárquica entre jueces del mismo grado, cualquiera sea su materia o jurisdicción, por ello ante dos órdenes judiciales — medidas cautelares — en las que haya identidad en las partes, la materia y el objeto, encontradas e incompatibles entre sí, emanadas de jueces del mismo grado, debe cumplirse la que fue dictada primero en el tiempo”, PTN, Dictamen nro. 43, 10/11/05, en *Derecho Administrativo*, 2005, LexisNexis, año 17, p. 975, con nota de Durand, Julio C., “Algunas reflexiones sobre la conducta debida por la Administración frente al dictado de medidas cautelares contradictorias”, p. 978, donde se sostiene que la administración estaría

En primer término, la medida cautelar no puede estar dirigida a alterar o impedir el cumplimiento de una orden emitida, con anterioridad, por otro juez.⁶⁹ Es el caso en que se le ordene a la administración la realización dos comportamientos contradictorios entre sí. Por ejemplo, si una medida cautelar mandó otorgar a una empresa un determinado cupo para la exportación de carne de alta calidad, en el marco de un régimen con disponibilidades limitadas de ingreso a la Unión Europea — cuota Hilton —, la medida dictada con posterioridad por otro juez no podrá ordenar que ese mismo cupo sea adjudicado a otra empresa.⁷⁰ Ante este intrincado problema jurídico, la administración debe cumplir la medida cautelar que primero haya sido trabada; ello porque las medidas cautelares subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron y no sean dejadas sin efecto y, además, porque el propio Código procesal establece el principio de prevalencia en el tiempo.⁷¹

Tampoco puede impedirse, por medio de una medida cautelar, que otro juez lleve adelante el proceso que tramita ante sus estrados. Pero, por ejemplo, en aquellos casos en que por un lado tramita la impugnación del acto administrativo que dispone el ingreso de una suma de dinero y por otro el proceso de ejecución persiguiendo su cobro, alcanzará con que el primer juez suspenda los efectos del acto en cuestión — y en consecuencia su ejecutoriedad — para que la administración se vea impedida de impulsar la ejecución. También, en algunos supuestos, se ha optado por acumular ambos procesos ante un solo juez, aunque conforme las normas adjetivas (art. 188 del Código procesal) ello no sea técnicamente apropiado, logrando

habilitada a realizar cualquiera de ambas conductas, sin que le resulte reprochable el inevitable incumplimiento de alguna de las dos medidas, sobre la base de un análisis relativo al apego de cada medida al ordenamiento jurídico, debiendo ajustar su conducta a la orden que más coincida con este.

No puedo dejar de advertir sobre la peligrosidad de esta tesis, en tanto implica otorgar a la administración la facultad de revisar en su sede la legitimidad de los mandatos judiciales.

⁶⁹ Esta cuestión la analicé en "¿Últimas cuestiones relativas al revalúo inmobiliario en la Ciudad de Buenos Aires?", *LL*, 2002-A, 975.

⁷⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Op. cit., p. XIII-34.

⁷¹ Art. 177 del Código procesal contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires: "Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida." El destacado no está en el original.

⁷² PALACIO, Lino E. *Derecho procesal civil*, t. VIII. Op. cit., p. 177, 182.

⁷³ DIEZ, Manuel María. *Derecho procesal administrativo*. Op. cit., p. 328.

⁷⁴ AQUINO, Jorge F. *Prohibición de innovar*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1969. p. 57, 49-52.

⁷⁵ AQUINO, Jorge F. *Prohibición de innovar*, Op. cit., p. 67.

⁷⁶ PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 23, donde cita un trabajo anterior publicado en *JA*, 65, 1977-III.

de esta forma un conocimiento integral de la cuestión debatida.⁷²

Por último, también se exige que la medida cautelar no coincida con el fondo de la cuestión. Este requisito, aplicado de manera indiscriminada, plantea un problema complejo puesto que la medida se dicta, justamente, para que no resulte ilusoria la sentencia, por lo que es natural que ambas guarden una íntima relación. Criticando esta exigencia, se ha advertido que torna indispensable concebir una demanda en la cual el objeto sea más amplio que la cautelar.⁷³ En este contexto, según mi criterio, desde que el otorgamiento de la medida dependería de cómo se exponga esta relación en la demanda, el requisito deviene irrazonable. Otras jurisdicciones han optado por excluirlo expresamente⁷⁴ y creo que esa es la solución correcta.

5 Medidas cautelares en particular

5.1 La prohibición de innovar

La prohibición de innovar tiene por finalidad impedir la modificación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida; desechándose, en consecuencia, la posibilidad de que mediante su dictado se reestablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad a ese momento.⁷⁵ Básicamente, encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el derecho sustantivo en juego.

Es, en definitiva, una orden judicial concreta de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren o modifiquen el estado del objeto litigioso.⁷⁶ No tiene efectos retroactivos y se trata de una medida cautelar de carácter puramente procesal.⁷⁷

Sus requisitos de procedencia son los previstos en el art. 230 del Código procesal y ya hemos visto cómo se relacionan con la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Aquí sólo deseo agregar que, en ciertos casos, de no otorgarse la prohibición de innovar a fin de dete-

⁸⁰ PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*, Op. cit., 28. Por su parte, la Corte Suprema ha aceptado la procedencia de estas medidas cautelares, pero destacando que son excepcionales, en tanto configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, CSJN, *Cámara de Comercio e Industria de Santiago del Estero*, 2002, Fallos, 325: 669, por todas.

⁸¹ CSJN, *Salta, Provincia de*, 2002, Fallos, 325: 2367. Esta jurisprudencia ha sido seguida invariablemente por la CNFed. CA, por todos, Sala III, 11/XI/99, *Hidroeléctrica Ameghino S.A. c. EN - M^o de E.O. y S.P.*

⁸² Esta cuestión puede ser ampliada en el Anexo.

⁸³ CNFed. CA, Sala I, 19/III/98, *Beviglia, Hugo Alberto c. ANLIS*.

⁸⁴ Gordillo, quien ha elogiado la creación de este tipo de medida cautelar, afirma que "es un indudable progreso

ner los efectos de los actos arbitrarios de la administración, se lesionarían intereses que, a pesar de ser de personas particulares, también se encuentran protegidos por las normas que hacen a nuestro ordenamiento jurídico y, en última instancia, por principios de jerarquía constitucional.⁷⁸

5.2 La medida cautelar innovativa

La descripción que hiciera Peyrano de esta medida precautoria, hace casi treinta años, sigue teniendo vigencia: Es una medida cautelar que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (v. gr. embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.), ni tampoco impera que se mantenga el *status* existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.⁷⁹

La jurisprudencia y la doctrina han encontrado su fuente en el art. 232 del Código procesal, que habilita al juez — ante la insuficiencia de las medidas nominadas — a dictar aquellas que fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. Por eso se les otorga carácter subsidiario.⁸⁰

También ha afirmado el Máximo Tribunal que la medida cautelar innovativa enfoca sus proyecciones — en tanto dure el litigio — sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o impo-

en materia jurídica, aunque tal vez ahora falte el paso inmediato siguiente, en que se acepte la suspensión de pleno derecho del acto administrativo que causa gravamen, por la mera interposición del recurso administrativo — como parte de la doctrina propugna —, y sin necesidad de acudir a la vía judicial en una cautelar autónoma. Con la cautelar autónoma se resuelve algo del problema; con reconocer el efecto suspensivo del recurso administrativo contra el acto que causa gravamen se resolvería todo el problema”, GORDILLO, Agustín. Cautelar autónoma. *LL*, 1996-D. 127, del mismo autor y con igual título, *LL*, 1999-A, 142.

⁷⁸ ZAMBRANO, Pedro, “Medidas cautelares ‘autónomas’ y la garantía de defensa en juicio...”, Op. cit.

⁷⁹ CNFed. CA, Sala V, 7/XI/01, *Gas Nea S.A. c Enargas*. Allí la Sala también consideró que la caducidad prevista en el art. 207 del Código procesal, que obliga a iniciar el juicio dentro de los diez días de trabada la medida, en estos casos no es aplicable puesto que “la falta de agotamiento de la vía administrativa es el símil de la obligación no exigible aludida en la citada norma procesal, y — en consecuencia — es tan inaplicable como

sible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.⁸¹

Cabe destacar que si se trata de un ámbito de actuación reglada de la administración la determinación de la procedencia de la medida cautelar positiva será más sencilla; pero en modo alguno ello implica que sea improcedente, por vía de principio, cuando en la actividad exigida exista un ámbito de discrecionalidad, sólo habrá que extremar el análisis mensurando los intereses que se encuentran en juego y verificando que no exista arbitrariedad o irrazonabilidad en la accionar estatal.

5.3 La suspensión de los efectos del acto administrativo⁸²

Hemos visto cómo funciona el art. 12 del dec.-ley 19.549, que es una norma dirigida a la administración y que tiene presupuestos diferentes que los previstos en el Código procesal, el que, en definitiva, ha permitido en forma correcta la suspensión de los efectos de los actos administrativos antes o después de iniciado el proceso.

Ahora bien, creo que este tipo de pretensión cautelar puede ser tanto una prohibición de innovar como una medida innovativa, según el punto de vista desde el cual se la analice. En efecto, el acto administrativo tiene efectos jurídicos inmediatos desde que es notificado o publicado — según sea de alcance individual o general — por lo que, desde el punto de vista jurídico, la suspensión de sus efectos siempre implicará una modificación en la esfera jurídica del administrado y, en este contexto, se la puede considerar innovativa. Pero por otro lado, en cuanto a los hechos, ello dependerá de cual sea el objeto del acto que se suspende y si este ya fue cumplido o no. Por ejemplo: Si el acto que se suspende ordenaba retirar todos los enseres del contratista en una obra pública antes de que se efectúe su inventario, la medida será de no innovar en tanto se mantiene el *statu quo*. Ahora bien, si se ordena cautelarmente la suspensión del acto que removió al actor de su cargo y se ordena a la administración su reincorporación durante el trámite del proceso, con lo cual el agente reanuda sus tareas, estamos ante una medida innovativa.⁸³

5.4 La medida cautelar autónoma

Esta es una medida cautelar propia del derecho administrativo y tiene origen jurisprudencial. Consiste, básicamente, en solicitarle al juez en aquel supuesto.⁸⁴ La cuestión puede ser ampliada en REJTMAN FARAH, Mario. *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Op. cit., 178-180.

⁸⁷ CNFed. CA, Sala V, 14/VI/00, *Eagle Star (International Life) Limited -Suc. Argentina- c. Superintendencia de*

que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la administración resuelva el recurso administrativo que agota dicha vía.⁸⁴ Mientras tanto, el administrado obtiene tutela aparentemente sin forzar el sistema de agotamiento de la vía administrativa previa y sin un perjuicio mayor para la administración quien, con su propia diligencia, determina la duración de la medida cautelar dictada en su contra resolviendo el recurso.⁸⁵

Su nacimiento se debe a que cuando el pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la administración no lo resuelve. Ello obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquel procedimiento. Eso quiere decir que lo que se le pide al juez es que dicte una medida cautelar de naturaleza administrativa, porque no está dirigida a garantizar la eficacia de una sentencia — que quizás nunca se dicte porque quizás nunca haya juicio —, sino la del acto administrativo que aún no se ha dictado, para el caso en que el órgano superior recepte la posición del administrado y revoque el acto del órgano jerárquicamente inferior.⁸⁶

También hay supuestos en los que la medida cautelar autónoma no está directamente vinculada a un procedimiento recursivo, sino que se dicta con anterioridad al inicio del proceso, pero en este caso queda sujeta al plazo de caducidad previsto por el art. 207 del Código procesal.⁸⁷

5.5 La medida cautelar autosatisfactiva

La Corte Suprema ha utilizado el conducto de la medida cautelar innovativa para otorgar medidas cautelares autosatisfactivas, en supuestos en los que se encuentran en peligro derechos esenciales de la persona hu-
Seguros de la Nación, LL, 2000-F, 837, con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela cautelar otorgada en forma anticipada o autónoma." En el caso, además, se trató de una medida cautelar innovativa.

⁸⁸ CSJN, *Camacho Acosta*, 1997, *Fallos*, 320: 1633. Más recientemente, en un caso que se trataba del cambio de un marcapasos, el actor solicitó a la Corte — como medida autosatisfactiva o en subsidio innovativa — que el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires arbitren lo necesario para que se ordene su operación quirúrgica y la cobertura de los insumos necesarios a tal fin. La Corte despachó favorablemente la petición subsidiaria ordenando la operación, CSJN, *D., B. c. Provincia de Buenos Aires y otro*, LL, 2003-D, 846, con nota de TOIA, Leonardo M. Corte Suprema de Justicia de la Nación: cautelar innovativa para cambiar marcapasos. LL, 305, 2003-E.

⁸⁹ CNFed, CA, Sala IV, 18/V/04, *Branda, Francisco Javier c. PEN*.

⁹⁰ Ver *supra* nota 8.

⁹¹ BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. Las llamadas 'precautelares' contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva. LL, 1225, 2003-D.

⁹² BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración?* Buenos Aires: Zavalía, 1951. p. 159-60.

⁹³ A menos que una ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial, aclara la norma.

⁹⁴ Antes de que esta norma fuera sancionada en el año 1972 existía en nuestra doctrina nacional un fuerte en-

mana.⁸⁸ Se trata de una medida cautelar excepcional, puesto que implica la concesión definitiva de la pretensión de fondo, que puede ser otorgada sólo ante la manifiesta insuficiencia de las demás medidas cautelares previstas en el ordenamiento procesal.⁸⁹

Se fundan, como vimos antes, en la necesidad de hacer justicia en tiempo oportuno ante el peligro de un daño irreparable y en su ámbito, el juez debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance, de acuerdo a las circunstancias del caso — v. gr. audiencias, traslados —, para preservar el derecho de defensa a la otra parte.⁹⁰ Requieren por todo ello una especial prudencia en su otorgamiento.

5.6 La medida precautelar

Por último, nos referiremos a las medidas precautelares, otra creación pretoriana. En ciertas oportunidades no es posible para los jueces verificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares sin contar con el expediente administrativo en el que se dictó el acto impugnado, o bien un informe circunstanciado requerido al ente administrativo. Su requerimiento no pasaría de ser el ejercicio normal de las facultades instructorias previstas en el código de rito, pero resulta que durante el tiempo que insume el cumplimiento de las diligencias indicadas, se debe evitar el riesgo de la consumación del daño. Por ello, durante dicho trámite, se ha otorgado — por ejemplo — la suspensión de los efectos del acto hasta el momento en que sea resulta la petición cautelar “principal”. En este caso también el tiempo de vigencia de la medida dependerá de la diligencia de la propia administración.⁹¹

frentamiento con relación a los efectos que correspondía otorgar a los recursos administrativos en aquellos casos en los que la ley no establecía un régimen especial. Principalmente por la influencia que tuvo Sayagues Laso en nuestro derecho administrativo, quien siguiendo a los autores italianos sostenía que en caso de silencio el recurso carecía de efecto suspensivo. Pero, por otro lado, reconocía que la ejecución muchas veces puede crear situaciones irreparables, “lo que lleva a atemperar el principio del cumplimiento inmediato. Y termina concluyendo que “No pueden darse reglas absolutas a ese respecto siendo recomendable que la administración obre con prudencia y sentido de justicia”, SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, t. I. Actualizada por Martins, Daniel H. 4. ed. Montevideo, 1974. p. 476-477. En la posición diametralmente opuesta, LINARES, Juan Francisco. Efectos suspensivos de los recursos ante la administración. *LL*, 85:906 y GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires: Jorge Alvarez, 1964. p. 104 et seq.

⁹⁵ De más está decir que está es una decisión política y no jurídica, es decir, no hay una supuesta “naturaleza” que mande dichas condiciones en un acto administrativo, es una característica contingente. En este sentido, es de

6 Servicios públicos y medidas cautelares

6.1 La legitimación en los procesos colectivos

El cambio del rol del Estado post-privatizaciones, que pasó de ser prestador a controlador de los servicios públicos, produjo una revolución jurídica en materia de medidas cautelares dictadas contra la administración. En este sentido, algunos tribunales, como la Sala IV de la CNFed. CA, fueron pioneros en la labor de interpretar el correcto alcance del art. 42 de la CN. La cuestión es compleja, básicamente, porque en estos litigios, en los que de ordinario se ven afectados miles de usuarios, desbordan los cauces tradicionales del proceso administrativo concedido de manera bilateral. En estos juicios hay usuarios afectados, concesionario del servicio, autoridad administrativa concedente, autoridad administrativa controlante, defensor del pueblo, etc. En fin, es un escenario que requiere una regulación procesal específica que hasta el momento no se ha logrado.

Sin embargo, los jueces han efectuado los malabares necesarios para llevar a buen puerto estos complicados litigios, que además tienen una repercusión económica y social que es difícil mensurar en toda su extensión aún en el marco de la sentencia definitiva.

Anexo

El efecto no suspensivo de los recursos administrativos

[...] *la solución del desajuste aludido [falta de correspondencia entre el sistema legal vigente y las necesidades imperiosas de la realidad] no debe buscarse en el Estado moderno por el camino de la justicia ejecutiva sino por el mejoramiento de la legislación, a fin de hacer que responda a las exigencias del presente. En definitiva, la justicia sin derecho no ha sido nunca otra cosa que un expediente temporario para la reforma de la legislación.*

(Jorge Tristán Bosch)⁹²

Más allá de que, como hemos visto, las medidas cautelares han funcionado adecuadamente para suspender los efectos del acto, aun antes de culminar su revisión en sede administrativa, no puede soslayarse que el derecho administrativo argentino tiene una piedra angular que se encuentra enclavada en el art. 12 del dec.-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. Allí se establece que el acto administrativo goza de presunción de legitimidad y que su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios,⁹³ e *impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos*, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.⁹⁴ La forma en que ha sido aplicada la norma y las consecuencias que ha producido imponen la necesidad de reexaminar su contenido.

En efecto, la norma presupone que si la impugnación de los actos administrativos suspendiera sus efectos y ejecutoriedad, *se paralizaría la acción de administración*; ello porque los administrados, ante cada negación

lamentar que los autores de la ley no hayan fundado expresamente la decisión que adoptaron sobre este punto en particular, ya que se limitaron a sostener en la exposición de motivos que "En el Título III adoptamos, en lo esencial, las opiniones expuestas por el doctor Miguel S. Marienhoff, en el Tomo II de su *Tratado de Derecho administrativo en materia de acto administrativo*", en CANOSA, Armando N., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y actualizada – 2005*. Buenos Aires: Ed. Rap, 2005. p. 28. Muy bien, pero los autores se olvidaron de poner en la ley, o aclarar en la exposición de motivos, que Marienhoff — quien efectivamente creía que los recursos y acciones carecen, por sí mismo, de efecto suspensivo, lo cual ya es un dato meramente anecdótico — también sostenía que: i) "Va de suyo que para que un acto administrativo goce del privilegio de la 'ejecutoriedad', dicho acto como creación jurídica, debe ser 'perfecto' es decir 'valido' y 'eficaz'. Si no se han llenado los requisitos que hacen 'perfecto' a dicho acto ('validez' y 'eficacia'), este no es 'ejecutorio', porque es 'inaplicable'. La autotutela de que en la especie haría uso la administración pública — y que constituye un verdadero privilegio —, requiere indispensablemente esa perfección del acto;" y ii) "La suspensión del acto por ilegitimidad manifiesta no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegitimidad, procede la suspensión. En un Estado de Derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad, pues, como función estatal, su actividad es siempre sub-legal. La Administración Pública en todo momento debe actuar 'secundum legem'. Ya en otro lugar de esta obra quedó dicho que la actividad de la Administración

de una petición, presentarían un recurso. Según parece, *se protege al Estado de sus ciudadanos*.⁹⁵

Es cierto que la última parte del art. 12 establece que la administración podrá suspender la ejecución del acto ante determinados supuestos,⁹⁶ pero dicha facultad ha sido interpretada mayoritariamente como meramente discrecional, por lo cual, en los hechos, ha sido prácticamente neutralizada, ya que la administración sistemáticamente evita resolver los pedidos de suspensión de la ejecución de sus actos⁹⁷ o, en algunas oportunidades, el planteo es desestimado al rechazar el recurso que, en el caso, es lo mismo que no resolver.

Es muy grave que el hecho de que la ley busque proteger al Estado de sus propios ciudadanos. Creo, honestamente, que en un Estado de Derecho — real — debería ser al revés. Es decir, las normas, en tanto reguladoras de conductas y, por ende, de relaciones, deben proteger al ciudadano de la acción estatal — en lo que aquí nos importa que es el derecho público

Pública tiene límites jurídicos que deben respetados por ella. Otra cosa ocurre cuando la suspensión se pide en base a perjuicios que cause la ejecución del acto. Este tipo de suspensión es tan solo 'facultativo' para la Administración, contrariamente a lo que sucede en el supuesto de ilegalidad manifiesta, donde la suspensión del acto es un deber jurídico de la Administración", MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, reimpresión de la 3. ed. act., p. 377 y 381, y *Tratado de derecho administrativo*, t. I. 4. ed. act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 663.

⁹⁶ A pedido de parte interesada o de oficio y por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. Para hacer justicia con Escola — uno de los autores de la ley — cabe apuntar que, más allá de las críticas a Linares y a Gordillo, que en modo alguno comparto, en tanto sostenían que los recursos debían tener efectos suspensivos, parece haber estado convencido de que el sistema de suspensión por la administración funcionaría correctamente en la práctica, a punto tal que esboza un procedimiento — que califica de sencillo y rápido —, que culminaría con una decisión fundada, con la intención reglar la cuestión. Nada más alejado de la realidad, ver ESCOLA, Héctor J., *Tratado general de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 288, las críticas aludidas están en las p. 289-294.

⁹⁷ La Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con una franqueza sorprendente, aseguró que "Desafortunadamente, la experiencia indica que cuando ese pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la Administración guarda, sencillamente silencio. Ello obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquel procedimiento", CNFed. CA, Sala V, 7/XI/01, *Gas Nea S.A. c. Enargas*.

⁹⁸ En realidad, la cuestión es sumamente delicada en los tres poderes del Estado.

⁹⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. 2, Op. cit., p. VI-35.

¹⁰⁰ SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *Res Publica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, México, año I, n. 2, p. 154, mayo/agosto 2005. Allí el autor adopta y adapta la matriz clasificatoria de las emergencias argentinas diagramada por WEINGARTEN, Celia. Responsabilidad por políticas económicas (Análisis socioeconómico y jurídico de la evolución histórica de la emergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). In: AAVV. *Obligaciones en pesos y en dólares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 337 et seq.

¹⁰¹ Una muestra acabada de esta lamentable situación es la sentencia dictada por la Corte Suprema en *Bustos*, 2004, *LL*, Sup. Especial 2004 (oct.), p. 41, con numerosos comentarios de doctrina. Allí se expone que "Para superar el estado de adversidad que implica una situación de emergencia, todos los sectores deben deponer sus intereses individuales en pos del bienestar general [...] Afirmar que los ahorristas puedan rechazar las diferentes opciones que se otorgaron para superar la crisis, sin que ello afecte sus derechos, es decir, que puedan seguir reclamando la devolución de sus depósitos en la moneda de origen o a su cambio actual, evidencia una posición individualista por sobre el interés general, que se desentiende de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas imperantes [...] Frente a la crisis de 2001 de la que nadie ha salido indemne, reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelva sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría la creación de una clase privilegiada, que no sólo se habría beneficiado durante

—, limitando y encauzando el poder que ejerce el funcionario. A esta altura ya no es posible aceptar lo contrario.

El sistema descrito — no suspensión como principio y solo excepcionalmente a criterio de la administración — presume además la actuación de funcionarios honestos y diligentes, y realmente no creo estar en condiciones de asegurar que éste sea un dato invariable de la realidad argentina.⁹⁸ Es que los postulados de la norma requieren en su aplicación un estricto sentido de la justicia y un real compromiso con el interés público. Lo primero es muy difícil encontrarlo en la sociedad misma, circunstancia que otorga la pauta de lo que ocurrirá ante la administración; y lo segundo, merece alguna explicación.

Si bien puede inferirse que en una definición teleológica de “administración pública” un componente ineludible estará relacionado con la satisfacción del interés público, en los hechos es claro que éste no es siempre el interés de la administración.⁹⁹ Lamentablemente, en el caso argentino el Estado ha demostrado una voracidad y descontrol fuera de lo común. Abundan los ejemplos, pero por todos alcanza con recordar la confiscación de los depósitos bancarios ocurrida a fin del año 2001.

Además, en la Argentina se debe asumir el *estado de emergencia permanente*. Pero con una aclaración: En las emergencias anteriores, en las que el Estado actuaba como árbitro, la Corte Suprema aceptó la constitucionalidad de normas de emergencia dictadas en beneficio o protección de los sectores socialmente más débiles; pero durante el período de emergencia por *quiebra del Estado*, se aceptó la constitucionalidad de normas dictadas en beneficio de la consolidación del poder económico, protegiendo la parte fuerte de la relación jurídica, bajo el argumento de la existencia de una amenaza para la existencia misma del Estado. Así, en muchos casos, el Estado y los grupos de alta concentración económica se identificaron en sus intereses.^{100 101}

un tiempo más o menos largo con intereses en dólares a una tasa inconcebible en el resto del planeta sino que ahora percibiría cantidades que, traducidas a la moneda argentina, tendrían un poder adquisitivo en el mercado interno considerablemente mayor al de lo originariamente depositado.” En fin, en esta ‘clase privilegiada’ estaban los depositantes de cajas de ahorro que no alcanzaban a u\$s10 mil, los ancianos, los enfermos, etc. Además, me da la impresión de que la Corte pretende desconocer la continuidad misma del Estado y su ordenamiento jurídico cuando sostiene que “Si no está probado que la actora hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que necesariamente debieran afrontarse en esa moneda [...], la garantía constitucional de la propiedad está a salvo: los bancos que recibieron los depósitos cumplirán su obligación de reintegro en las condiciones impuestas por el Estado.” Por último, no puedo dejar de destacar el lamentable agravio a los jueces federales inferiores que contiene el voto de la mayoría en sus últimos considerandos, el cual me abstengo de transcribir por razones de decoro.

¹⁰² GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Op. cit., p. VI-36-7.

Esta situación es permitida por el gravísimo error de concebir al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores de seguridad y conveniencia sino también y primordialmente el valor justicia. En este sentido, debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los individuos; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad se destruye al mismo tiempo la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.¹⁰²

Mejor dejemos al vapuleado interés público y volvamos al art. 12 del decreto-ley 19.549. La norma busca resguardar la eficacia del accionar administrativo, pero lo hace a un precio elevadísimo para el Estado de Derecho en cuyo mantenimiento finca el verdadero interés que se debe proteger.¹⁰³

En concreto, la norma está desconociendo la realidad porque pre-

¹⁰³ Cordeiro va a lo medular del asunto y advierte que no estamos "culturalmente aptos" para eliminar la regla de la ejecutoriedad del acto administrativo, ello desde el momento en que en nuestra sociedad ni siquiera se respeta la ley, CORDEIRO, Mariano L. Apuntes sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos en el derecho comparado. *Derecho Administrativo*, LexisNexis, año 16, p. 909 et seq., 2004. Creo que tiene razón, pero también estoy convencido de que eso no nos inhabilita para comenzar el camino que lleva a un Estado de Derecho en plenitud, y creo que un buen paso en ese sentido es limitar la ejecutoriedad del acto cuando el administrado se manifiesta jurídicamente en contra de su validez. En el marco de una cuestión que giraba en torno a la desestimación de una solicitud de recupero del IVA atribuible a operaciones de exportación, en la cual el recurso articulado ante la Administración Federal de Ingresos Públicos tenía efectos no suspensivos de la orden de pago del importe de las compensaciones rechazadas — la cual, por su monto, hacía peligrar la existencia de la empresa —, Guglielmino al otorgar la medida cautelar autónoma solicitada por la actora, destacó: "Comportamientos como el presente son los que producen cada vez mayor distancia entre el Estado recaudador y el contribuyente, porque describe un escenario de antagonismo y rivalidad que pronuncia el distanciamiento de las posiciones de ambas partes del escenario de la legalidad y la justicia. No corresponde aquí analizar si la endémica evasión argentina encuentra su causa en una cultura social evasora o si ésta se ha producido por la ineficacia de la Administración en demostrar un uso racional de los recursos que vienen de los impuestos, desalentando su pago. Más allá o acá de ello, lo cierto es que aquí tenemos una empresa argentina que asegura tener un crédito fiscal y que pide le sea compensado con un débito 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", JNFed. CA, nro. 4, 7/IV/00, *Curtiembre Francisco Fontela y Cía. SACI c. AFIP – DGI*, y el análisis que efectúe en "¿Últimas cuestiones relativas al revalúo inmobiliario en la Ciudad de Buenos Aires?", LL, 2002-A, 975.

¹⁰⁴ Recuérdese la loable esperanza confesada por Sayagues Laso, *Tratado...*, Op. cit., p. 477.

¹⁰⁵ El art. 10 del dec.-ley 19.549 establece que sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo.

¹⁰⁶ Por ejemplo, cuando el Banco Central de la República Argentina sanciona a una entidad financiera con la revocación de la autorización para funcionar en tal carácter en la plaza, no es posible que se suspenda la ejecución del acto hasta el momento que la cuestión haya sido definitivamente decidida en sede administrativa o judicial, pues el peligro de la afectación de los derechos de terceros sería de tal magnitud que se impone una ejecutoriedad inmediata.

¹⁰⁷ El art. 168 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. 1998) establece que "Cuando el Tribunal Fiscal de la Nación encontrare que la apelación es evidentemente maliciosa, podrá disponer que sin perjuicio del interés del artículo 37 se liquide otro igual hasta el momento del fallo, que podrá aumentar en un ciento por ciento (100%)." Como se ve, la norma está, sólo falta aplicarla. Marial, quien parte de la base de que en un Estado de derecho siempre será preferible que el control judicial sea previo a la ejecución del acto, pero no por eso deja de advertir que la mentada revisión judicial no puede convertirse en un medio para evitar el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los particulares, situación que — a veces — ocurre como consecuencia, "fundamentalmente, de dos factores: la omisión de la ley que fija las sanciones

supone circunstancias determinantes que no concurren necesariamente y porque su válvula de escape — la suspensión por la administración — no ha funcionado correctamente.¹⁰⁴

¿Qué pasaría si el recurso tuviese efecto suspensivo, o si el silencio ante el pedido de suspensión tuviese efecto positivo?¹⁰⁵ ¿Será posible exigirle al funcionario que emita una decisión fundada exponiendo las razones que lo llevan a ejecutar el acto a pesar de estar recurrido por el administrado? Por supuesto que este sería el principio general, sin perjuicio de las excepciones establecidas en normativas específicas que, por su desarrollo u operatoria, requieren la ejecución inmediata de los actos administrativos.¹⁰⁶

Tal vez tienen razón quienes afirman que, si adopta la tesis del efecto suspensivo, los administrados arteramente intentarán obstaculizar el accionar estatal para evitar la ejecución de los actos que les son gravosos. Posiblemente al principio ello ocurra con frecuencia; pero cuando luego de toda la discusión — administrativa o administrativa y judicial, según el arrojo de nuestro malhechor — se determine que, dado el carácter malicioso y temerario de sus infundados planteos el recurrente debe pagar una suma cuantiosa — por ejemplo, y sobre la base de norma expresa — en concepto de intereses,¹⁰⁷ estoy seguro de que con el tiempo las cosas cambiarían.

Estoy proponiendo confiar en el ciudadano, en el empresario, en

en disponer su corrección monetaria entre el día en que ellas se fijan y el de su pago efectivo, y el principio de la ley penal más benigna cuya vigencia en el campo del derecho penal administrativo se ha sostenido. En ambos casos, el transcurso del tiempo opera a favor del particular y en contra de la Administración [...] Por ~~ello, como materia de política~~ legislativa es conveniente establecer la corrección monetaria de las multas, y como pauta de interpretación de las leyes vigentes cabe rechazar, en general, el principio de la ley penal más benigna en la materia penal administrativa", MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la administración*, vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 796-797.

¹⁰⁸ En mejores palabras de Mairal, "un régimen jurídico debe ser respetuoso de los derechos individuales, pero también serio en la exigencia del cumplimiento de los deberes frente al Estado, y para ello no debe colocarse al juez entre la alternativa de condonar la conducta posiblemente ilegítima de la Administración o permitir al particular escapar en gran medida a las consecuencias de su infracción", MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...*, Op. cit., p. 797.

el inversor; pero, a la vez, estoy exigiéndoles que se hagan cargo de sus acciones.¹⁰⁸ Creo que es posible intentarlo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARRILLO, Santiago R. Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 173-204, out./dez. 2007.