

MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL, ENTES DESCENTRALIZADOS, EMPRESAS Y SOCIEDADES DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL

Artículo 1° - Sustitúyase el artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente texto:

Artículo 198. - Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte, con excepción de lo dispuesto en el art. 208 bis y ss. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora en su notificación.

La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

Artículo 2° - Incorpórese como artículo 208 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente texto:

MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL, ENTES DESCENTRALIZADOS, EMPRESAS Y SOCIEDADES DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL

Artículo 208 bis.- En las medidas cautelares interpuestas contra cualquiera de los entes u órganos del art. 8° de la Ley 24.156, el juez actuante deberá citar a las partes y a posibles terceros afectados, con habilitación de días y horas hábiles, a una audiencia en forma previa y urgente a la resolución de la medida cautelar solicitada. La audiencia deberá ser tomada por el juez en persona dentro del plazo máximo de setenta y dos (72) horas de su solicitud.

La audiencia en cuestión no será obligatoria en medidas cautelares donde se encuentren en juego cuestiones de vida, de dignidad, de salud e integridad física y mental de las personas, de libertad o seguridad personal y de cuestiones ambientales.

La audiencia no implica un traslado ni la posibilidad de oponer excepciones, aunque la demandada y los eventuales terceros afectados podrán incorporar a la causa la documentación o extremos que consideren pertinentes para permitir al juez alcanzar la mayor convicción sobre la procedencia o improcedencia de la medida solicitada. La inasistencia por parte del requirente de la medida o de su apoderado a la audiencia implicará el desistimiento de la medida solicitada.

En similar sentido, en las medidas cautelares interpuestas en acciones colectivas o con efectos colectivos, el juez podrá, previo a su dictado, ordenar la celebración de una audiencia pública de carácter informativo.

Artículo 3° - Incorpórese como artículo 208 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente texto:

Artículo 208 Ter. - Celebrada la audiencia en cuestión, el magistrado procederá a resolver la medida cautelar de que se trate y el proceso seguirá conforme lo dispuesto por el presente Capítulo, salvo que considere pertinente disponer de medidas previas hasta la resolución de la pretensión cautelar solicitada.

Artículo 4° - Incorpórese como artículo 208 quater del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente texto:

Artículo 208 quater.- Podrá dictarse cualquier tipo de medida cautelar contra los entes y órganos mencionados en el artículo 208 bis, cuando se encuentren configurados los siguientes extremos:

- 1) El cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 230.
- 2) La existencia de un peligro irreparable en la demora.
- 3) La demostración prima facie por parte del solicitante, de la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto o conducta cuestionada.
- 4) La consideración del interés público comprometido, en especial, que el otorgamiento de la medida cautelar no afecte el interés público comprometido ni genere mayores perjuicios que su no otorgamiento.
- 5) El no menoscabo de las atribuciones de los otros poderes del Estado, por el otorgamiento de la medida cautelar.

Artículo 5° - Incorpórese como artículo 208 quinquies del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente texto:

Artículo 208 quinquies.- Cuando un integrante de un poder del Estado solicite una medida cautelar invocando una legitimación fundada en el ejercicio de sus funciones, deberá acreditar el cumplimiento del procedimiento constitucional dispuesto para encauzar su pretensión como integrante de ese Poder estatal y, en todos los casos, la medida cautelar sólo podrá concederse mediante una caución real del requirente.

Artículo 6° - Incorpórese como artículo 7 bis del Decreto-Ley 16.986/66, el siguiente texto:

Artículo 7 bis.- En el marco del proceso de amparo se podrán solicitar las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia definitiva. Las medidas cautelares de cualquier tipo que se soliciten en el marco de este proceso, antes o durante el mismo, se regirán por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 7° - Sustitúyase el artículo 15 del Decreto-Ley 16.986/66, por el siguiente texto:

Artículo 15. - Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3° y las que dispongan medidas cautelares. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido. Los recursos contra la sentencia definitiva y contra las resoluciones previstas en el artículo 3° serán concedidos en ambos efectos. Los recursos contra la admisión de medidas cautelares de cualquier tipo serán concedidos en efecto devolutivo.

En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

Artículo 8° - De forma.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

I.- INTRODUCCIÓN.

Tal como se ha explicado, el objeto del proceso cautelar "está conformado por aquella pretensión procesal (precautoria, provisional o interina) dirigida a prevenir las repercusiones perjudiciales de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales, garantizando las consecuencias del proceso y la tutela efectiva del derecho que se hace valer en aquél." (1)

En este sentido, se ha dicho que dado que "la satisfacción instantánea de cualquier pretensión o petición extracontenciosa resulta materialmente irrealizable, el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva", por ello mismo, a fin de "conjurar ese tipo de riesgos obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del denominado proceso cautelar, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso". (2)

Dicho de otro modo, el proceso cautelar "es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva." (3)

En esta misma línea, la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha expresado que "las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva" (conf. esta sala "Canop Nazar", 13/12/90, entre otras)." (4)

Ya de por sí, "[l]a voz "cautelar", del latín cautela, significa prevenir, precaver. La propia raíz etimológica del vocablo preanuncia el destino eminentemente preventivo del proceso cautelar, como aquel instituto establecido por el ordenamiento jurídico para garantizar que la efectividad de la tutela judicial no padezca a consecuencia de la inevitable duración de los procesos." (5)

De esta forma, se ha resaltado, con cita de Calamandrei, que "las providencias cautelares suponen la conciliación entre dos exigencias del proceso, con frecuencia antagónicas, como son la de la celeridad y la de la ponderación". (6)

Es la constante tensión entre estas dos exigencias, la de celeridad y la de ponderación las que cobran vida en forma intensa en el proceso cautelar. Mucho más aún, cuando una de las partes del proceso cautelar es la Administración

Pública, puesto que en la decisión sobre la procedencia o no de la pretensión cautelar se decide también el interés público comprometido en el acto, reglamento, contrato u obrar administrativo.

A esta característica propia, debemos sumarle la presunción de legitimidad del acto administrativo, su carácter ejecutivo, su fuerza ejecutoria y la falta de un ordenamiento procesal administrativo sistémico en el orden federal. De este modo, se ha señalado que "[e]n el proceso administrativo el dato material está constituido por un conflicto entre partes que portan intereses jurídicos de naturaleza diferente. Una, es titular de un interés privado, otra, en cambio, es el Estado, a través de un órgano actuante en el ejercicio de la función administrativo." (7)

En este sentido, se ha dicho con acierto que "[l]a necesidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre las prerrogativas de la actuación pública y las garantías de los ciudadanos, es la razón que impone el reconocimiento de un sistema completo de medidas cautelares, destinado a evitar que se produzcan situación irreversibles y dar satisfacción adecuada y en tiempo oportuno a la tutela judicial del derecho." (8)

II.- LA PROBLEMÁTICA - FUNDAMENTOS DEL PROYECTO.

La primera y más profunda problemática radica en la inexistencia de un código procesal administrativo en el orden nacional. Así, se ha expresado que "[a]nte la inexistencia de un código procesal de la materia, la contienda judicial se encauza mediante la aplicación del código procesal civil y comercial, pensado sin duda alguna por sus autores, para regir un proceso en que intervienen partes que discuten cuestiones regidas por el derecho privado." Ello así, "[l]as medidas cautelares que regula dicho código procesal reflejan esa peculiar circunstancia". (9) Hutchinson afirma que "[l]a inexistencia en el orden nacional de un código procesal propio, hace que se aplique el civil y comercial, pero no cabe duda de que las disposiciones del mismo deben subordinarse a la materia de fondo -Derecho Administrativo- (art. causa 13.596 "Lois" de abril 30-1987; CNCont.Adm.Fed, sala IV)." (10)

De ello se desprende que, ante la falta de regulación específica y sistémica del proceso administrativo, resulte fundamental en esta materia incorporar una regulación específica de las medidas cautelares contra la Administración Pública y Entes estatales, a fin de adecuar la impronta civilista del Código Procesal Civil y Comercial a la compleja y específica relación iuspublicista que existe entre la Administración y los particulares, propia del derecho administrativo.

He aquí el motivo principal y fundamental del presente Proyecto de Ley: incorporar una regulación que contemple las características propias de la relación iuspublicista a las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de definir las cuestiones principales y delimitar los contornos del instituto, para facilitar la ardua tarea que los magistrados y operadores jurídicos afrontan día a día al tener que adecuar una regulación civilista al amplio y exorbitante marco del derecho administrativo. (11) En este sentido, Comadira ha afirmado con acierto que "[e]l encauzamiento del Estado en el litigio debe ser así, el reflejo procesal de la exorbitancia, de modo que la prerrogativa no anule la garantía y, con ello, no sacrifique, injustamente, el interés individual o sectorial protegido, ni ésta enerve a aquélla y, de ese modo, afirma la postergación del bien común que la justifica." (12)

El presente Proyecto de Ley se hace eco de esta problemática y se focaliza en lograr este equilibrio manteniendo el esquema procesal básico del Código Procesal y respetando la tradición y creación pretoriana de nuestros tribunales nacionales.

La finalidad del presente Proyecto es convertir su contenido en una herramienta que facilite la actuación de los jueces y operadores jurídicos, delimitando los contornos de la institución y definiendo sus problemáticas centrales en relación a la específica materia de derecho administrativo, dejando el resto a la creación de la judicatura, a fin de

respetar la tradición legislativa sobre este instituto en particular y el denominado poder cautelar general del Poder Judicial, entendiéndose al mismo "como la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas provisorias que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios." (13)

Sobre el poder cautelar general se ha dicho que "resulta ser, entonces, una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar los elementos que obran en la misma, sin estar sujeto a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender." (14)

En esta misma inteligencia, cabe memorar que se ha afirmado en términos más generales, que "[l]a medida cautelar integra el poder de imperio propio e inalienable del juez". (15)

En este marco, respetando entonces el ámbito propio del Poder Judicial, no se ha calificado cada tipo de medida cautelar en particular contra el Estado, ni regulado los aspectos característicos de cada tipología, a fin de no encorsetar la actividad jurisdiccional y permitir la más amplia creación de la judicatura al respecto, lo cual constituye la tradición constitucional sobre la materia. Por otro lado, se ha hecho hincapié en la incorporación de las últimas tendencias jurisprudenciales y normativas (tanto nacionales como del derecho extranjero), a fin de alcanzar un Proyecto de Ley que sirva para hacer frente a las problemáticas más actuales que se presentan en la materia.

III.- LA INCORPORACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PARTE.

Tal como explica Marcelo Bruno Dos Santos, "[m]ás allá de la creación pretoriana de las medidas cautelares contra la Administración Pública ante la falta de una regulación normativa en el ámbito federal, lo cierto es que en ciertas oportunidades los jueces se ven en serias dificultades de merituar la procedencia de estas peticiones cautelares en los procesos contenciosoadministrativos, sobre todo si dichas medidas contra la Administración se deben dictar en todos los casos inaudita parte, de conformidad con un código destinado a regular los procesos civiles y comerciales." (16)

Esto pone en juego la primer problemática concreta que viene a regular el presente Proyecto de Ley.

Una de las características de las medidas cautelares en el proceso civil y comercial es que deben decretarse in audita parte debitoris. Sin embargo, en el ámbito del proceso administrativo este carácter complejiza aún más la decisión del juez en muchas ocasiones, por la materia de que se trata, por las cuestiones en juego y la más complicada ponderación de la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora en algunos casos, tal como explica el propio Dos Santos en la cita precedente. En este sentido, se ha explicado que el tema "presenta una notable diversidad en el derecho argentino. Así, mientras que en materia de derecho común la falta de sustanciación es la regla adoptada por el art. 198, CPCCN, y por la mayoría de sus similares de las provincias, no existe uniformidad de criterio respecto de la regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Mientras que en el orden federal las medidas cautelares contra la Administración Pública se decretan in audita parte debitoris, por aplicación de las normas y principios del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -frente a la inexistencia de un cuerpo de normas específico de la materia-, en los estados locales existen dos grupos de ordenamientos bien diferenciados. Un primer grupo ha consagrado la regla general de la ausencia de sustanciación previa, es el caso del Código Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 181), Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Formosa (art. 30), Código Procesal Administrativo de Misiones (art. 36) [...]. Un segundo grupo, en cambio, ha establecido el principio opuesto, como la Ley de Recurso Contencioso-Administrativo de Santa Fe -ley 11.330 del 30/11/1995-, cuyo art. 15 establece una vista de cinco (5) días a la parte afectada con carácter previo al dictado de la medida cautelar, y los códigos de las provincias del Chaco (art. 28), Entre Ríos (art. 21) y Neuquén (art. 21), entre otros. En el derecho continental europeo, en cambio, la regla general es la que manda tramitar las medidas cautelares con la previa participación de la Administración Pública, e incluso,

de los terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la resolución cautelar. Así lo establecen, entre otras, las leyes jurisdiccionales francesa, española y alemana." (17)

Ezequiel Cassagne ha señalado que, "en ciertos supuestos donde el interés público es evidente y adquiere una importancia relevante, se debiera correr un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que lo fortalece, no existiendo norma que lo prohíba." (18) Éste es el espíritu central de la presente modificación: establecer la posibilidad de una audiencia de parte para supuestos en donde el interés público comprometido así lo exige, otorgando una herramienta al juez para formar su convicción sobre los requisitos de procedencia de la medida cautelar en tan estrecho marco de conocimiento, lo que redundará en un fortalecimiento del instituto.

Al respecto, y a fin de receptar la opinión de la doctrina especializada, se ha establecido a la audiencia de parte: a) como opción en supuestos en los que, por su naturaleza, el juez deberá decidir en cada caso concreto si es necesaria o conducente y, b) como obligación en el resto de los supuestos, en los cuales el peligro en la demora no revista tal gravedad o entidad. De tal forma, en cuestiones donde la salud, dignidad de la persona, su libertad, el medio ambiente, etc. estén involucrados, la audiencia será potestativa del juez, que deberá evaluar la procedencia o no de la misma para alcanzar una mejor convicción de los requisitos de admisibilidad, teniendo en cuenta la irreparabilidad del daño en caso de celebrarla. En estos supuestos, la audiencia de parte se erige como una directriz y una herramienta optativa del juez. En el resto de los casos, en particular cuando se traten de casos patrimoniales, económicos o políticos, por ejemplo, dada las consecuencias de las pretensiones cautelares en tales situaciones, la audiencia de parte se erige como un requisito procesal para el dictado de la medida cautelar. En tales casos, la mínima bilateralidad establecida refuerza al instituto cautelar y permite al juez alcanzar una mayor convicción sobre el punto a resolver. (19)

Finalmente, cabe reseñar que la bilateralidad en determinados procesos urgentes constituye "la tendencia modernamente admitida en aquellos ordenamientos procesales que, como el francés en materia de "référé" civil (arts. 484 y s., Code de Procédure Civile), imponen, con carácter general, la tramitación de la pretensión cautelar con audiencia de la parte contraria, principio expresamente adoptado para el ámbito del référé administratif en los arts. L.521 y L.522, nuevo Código de Justicia Administrativa (CJA), de conformidad con la reforma introducida por la ley del 30/6/2000. El mismo principio consagra el art. 131, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española (ley 29/1998, sancionada el 13/7/1998), norma que impone la sustanciación del incidente cautelar por pieza separada y con la participación del adversario." (20)

La decisión por incorporar una audiencia de parte y no un traslado convencional se basa en la mayor rapidez y flexibilidad que la primera otorga, lo cual resulta altamente beneficioso y conveniente para el proceso cautelar. En este sentido, tomando la experiencia y legislación alemana, cabe señalar con su doctrina que "el juicio oral materializa el principio de inmediación, ya que el juez que está presente en el juicio será el que dicte la sentencia", siendo por ello que esta opción "[a]bre mayores posibilidades o elementos de juicio que una mera sucesión procesal escrita". (21) Se pretende, con esta introducción, respetar cierta bilateralidad en temas de alta complejidad o repercusión para el interés público, agilizar el trámite y que el magistrado pueda alcanzar una profunda convicción sobre la procedencia o no de la medida cautelar solicitada.

IV.- LA AUDIENCIA PÚBLICA EN EL MARCO DE UNA MEDIDA CAUTELAR O PROCESO COLECTIVO.

La incorporación de esta facultad jurisdiccional recepta la tendencia propiciada por nuestro Máximo Tribunal en la famosa causa Mendoza, (22) así como en el caso "Salas, Dino", (23) en "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)" (24) y en el reciente pronunciamiento en la causa "Comunidad Indígena

Toba La Primavera - Navogoh", (25) en el entendimiento que, si la urgencia y características del caso lo permiten, se trata de una adecuada y conveniente herramienta para la tarea de los jueces en causas o pretensiones colectivas o cuyos efectos recaerán en un colectivo de personas, a fin de poder formar una mejor convicción sobre los alcances de las medidas planteadas y de las pretensiones formuladas. La audiencia se constituye así como una herramienta optativa del magistrado.

V.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ramiro Simón Padrós explica que en lo relativo a las medidas cautelares contra la Administración Pública, "a la par de los requisitos clásicos previstos en el derecho privado, la doctrina y la jurisprudencia especializadas han exigido -no siempre con un criterio uniforme- la presencia de ciertas condiciones particulares para disponer medidas cautelares contra la Administración, como por ejemplo, la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto administrativo impugnado o la ponderación de razones de interés público." (26) Sin embargo, la solución no es pacífica, en especial en la doctrina, (27) lo que genera una razón más para regular finalmente los requisitos de admisibilidad para la procedencia de las medidas cautelares contra la Administración Pública.

V.1.- Carácter restrictivo. En coincidencia con la doctrina de la CJSN, tal como se verá infra, se ha afirmado que "respecto de decisiones contra la Administración Pública, se ha entendido que la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional, debido a la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, de lo que deriva que el peligro en la demora debe ser grave e irreparable y la prevalencia del interés público cuidadosamente resguardada al decretarla." (28)

V.2.- Peligro en la demora y daño irreparable. Ahora bien, dentro del requisito del peligro en la demora, en materia de cautelares contra la Administración Pública se exige que tal peligro ostente una entidad determinada. Es decir, no cualquier peligro en la demora dará lugar a una protección cautelar contra la Administración Pública, sino aquél cuyo daño sea irreparable o de imposible reparación posterior. (29) En este sentido, se ha dicho que "[l]a jurisprudencia unánime de los tribunales federales del fuero contencioso- administrativo exige la acreditación de un perjuicio de tal entidad para despachar las medidas cautelares en contra de la Administración Pública. Así ha expresado la sala 3a de la Cámara Nacional Federal Contencioso-administrativo en la causa "Baiter SA v. Gobierno nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)", 11/10/1983, que "Respecto de decisiones de la Administración Pública la medida precautoria de no innovar posee caracteres excepcionales, habida cuenta de la presunción de legitimidad de aquéllas, de lo que deriva que el peligro en la demora debe ser grave e irreparable y la prevalencia del interés público esté cuidadosamente resguardado al decretarla" (conf. ED 107-419). Ver en el mismo sentido, C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1a, 21/5/1991, "El Expreso Ciudad de Posadas v. Estado nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos", LL 1993-B- 424, con comentario de Pozo Gowland, Héctor, "La suspensión de los efectos de los actos administrativos". (30)

Este requisito también puede encontrarse en el derecho comparado. Así, se ha explicado que "[c]iertos regímenes contencioso-administrativos, como el italiano, por ejemplo, exigen por lo general, para conceder medidas cautelares contra la Administración Pública - particularmente en materia de suspensión del acto administrativo- la demostración de los daños graves e irreparables que se derivarían de la ejecución del acto. En tal sentido, la reciente Ley de Reformas de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (ley 205/2000, del 21 de julio), arts. 3° y 4°, impone la necesidad de acreditar la existencia de un pregiudizio grave ed irreparabile, expresión que amplía el concepto de danno contenido en el art. 21, ley 1034." (31)

Por su parte, en el derecho norteamericano, "como recuerda el profesor Schwartz, también la presencia de perjuicios irreparables -irreparable injury- es exigida de manera generalizada por los tribunales norteamericanos con relación al

procedimiento de injunction." (32) En este sentido, Padrós explica que "la Federal Administrative Procedure Act de 1946, secc. 10, inc. d) autoriza, pendiente la revisión judicial, a los tribunales para disponer la suspensión de una decisión administrativa "en la extensión necesaria para prevenir daños irreparables". La injunction es una medida que tiene como propósito imponer una determinada conducta o abstención. Originariamente empleada por los tribunales de equidad con el objeto de restringir conductas contrarias a la equidad y a la buena conciencia, actualmente es utilizada por los tribunales de derecho como una medida de carácter preventivo para evitar perjuicios futuros. La clasificación más importante distingue entre: a) final o permanent injunction; b) interlocutory o temporary injunction; y c) mandatory injunction. Su utilización es reconocida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica desde el año 1893, en el caso "Nobile v. Union River Logging Co." (147 US. 165)". (33)

Por su parte, y en relación al derecho norteamericano, Mairal enseña que "[l]a A.P.A. [Administrative Procedure Act], por su parte, facultó al tribunal judicial competente para revisar el acto, si lo considera requerido por las circunstancias y con el objeto de evitar un daño irreparable, a postergar la entrada en vigor del acto administrativo o mantener el status quo durante la litis." (34)

La norma en cuestión, establecida en el Título 5 U.S.Code, Parte I, Capítulo 7, Sección 705, (normalmente citado como 5 U.S.C. 705), dispone en su original: When an agency finds that justice so requires, it may postpone the effective date of action taken by it, pending judicial review. On such conditions as may be required and to the extent necessary to prevent irreparable injury, the reviewing court, including the court to which a case may be taken on appeal from or on application for certiorari or other writ to a reviewing court, may issue all necessary and appropriate process to postpone the effective date of an agency action or to preserve status or rights pending conclusion of the review proceedings. (35)

Mairal agrega que, de acuerdo al precedente *Virginia Petroleum Jobbers Association v. Federal Power Commission*, D.C. Cir. 259 F. 2d 921 (1958), la facultad judicial del Título 5 U.S.C. Secc. 705, "requiere, para ser ejercida, responder a los siguientes cuatro interrogantes:

"- ¿Ha demostrado el actor, con fuerza de convicción, que es probable que triunfe al decidirse el fondo de la cuestión?

"- ¿Ha demostrado el actor que sin remedio impetrado sufrirá un daño irreparable? (36)

"- El otorgamiento de la suspensión ¿producirá daños importantes a otras personas interesadas en el procedimiento?

"- ¿Dónde descansa el interés público?" (37)

V.3.- Verosimilitud del derecho e ilegalidad manifiesta. Sobre este punto, se ha expresado que debido a las particularidades de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo, "el fumus boni iuris presentará, por lo general, dos aspectos fundamentales, pues se tratará de comprobar, además de la aparente existencia de un derecho o interés jurídico que se encuentre sometido al peligro de sufrir un daño irreversible, la probable ilegitimidad del acto o conducta administrativa impugnada." (38)

En este sentido, la Sala 4° de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ha señalado que "cuando la pretensión se intenta frente a la Administración Pública, es necesario que se acredite "prima facie" y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los

recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute su validez, suspenden su ejecución (confr.: art. 12, ley 19.549, y sentencia de esta sala "Joyart", del 19/9/91, entre muchas otras)." (39)

V.4.- El interés público comprometido. Tal como se ha sido explicado con acierto, el interés público cumple una doble función materia cautelar. (40) Por un lado, es la razón de ser de la administración de justicia y del dictado de las medidas cautelares en particular, "en tanto con ello se persigue, cada vez más, el interés público fundamental de afianzar la justicia, y no sólo el interés individual del particular en hacer exigible la sentencia." (41)

Pero, por otro lado, el interés público también constituye "la medida y el límite con que las medias cautelares han de ser decretadas, dado que aquel ha de prevalecer siempre. Para ello, deberá observarse si su dictado resulta menos dañoso para la comunidad que su rechazo." (42) En este mismo sentido, Podetti ha afirmado que el interés público "debe ser cuidadosamente resguardado al decretarlas" [las medidas cautelares] y, en ciertos supuestos, el mismo "puede obstar su procedencia" (43)

En similar sentido, se ha expresado que "el dictado de medidas cautelares contra la administración por parte de los jueces debe realizarse en el marco de un prudente y detenido análisis del interés público comprometido, en la medida que se corre el riesgo de paralizar la gestión del país, con la consecuente posibilidad de generarse daños importantes a ese interés colectivo de impostergable realización." (44)

VI.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD.

A continuación, se realizará un repaso de la jurisprudencia de la CSJN y de algunos tribunales federales sobre los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares contra la Administración Pública, a fin de dejar sentado que los extremos exigidos por el presente Proyecto de Ley no son más que la materialización de la tradición jurisprudencial federal argentina.

VI.1.- La jurisprudencia de la CSJN. La doctrina de la CSJN en materia de medidas cautelares contra la Administración Pública se halla suficientemente condensada en el voto de la mayoría de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en la causa Sarlo. (45) Al respecto, se transcriben las partes pertinentes del voto de la mayoría, a modo introductorio, para dejar establecido el marco doctrinario de nuestro Máximo Tribunal respecto de las medidas cautelares contra la Administración Pública, en atención a la claridad de la exposición y brevitas causae:

"II. Tratamiento de la cuestión."

1. Los presupuestos para el dictado de la medida cautelar."

"El dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CSJN, Fallos 320:1093; 322:2272; 323:1716; 324:2859 y 3045; 326:676; 327:1305, entre muchos)."

"1.1. En tal sentido, ha sido criterio de jurisprudencia que la procedencia de las medidas cautelares -justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito- queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora (CSJN, Fallos 319:1069; 320:2697; 321:965; entre otros). Estos son los requisitos exigidos por la ley procesal vigente (art. 230 del Cód. Procesal), a los que se une un tercero,

establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, cual es la contracautela, contemplada en el art. 199 de la ley procesal."

"1.2. Los mencionados requisitos funcionan de tal modo entrelazados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa (conf., Revista La Ley, 1996-B, 732) cuando existe el rigor de un daño extremo e irreparable, el riesgo del fumus puede atemperarse (conf., Revista La Ley, 1999-A, 142)."

"1.3. A los presupuestos señalados - los clásicos de las medidas cautelares- se han ido agregando otros a consecuencia de la necesidad del aseguramiento de la actividad jurídica interindividual y estatal."

"1.3.1. Es pertinente recordar que - conforme lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación- cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester demostrar prima facie la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto cuestionado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible."

"1.3.2. Lo anterior es así porque los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante los cuales se discute su validez, suspenden su ejecución, lo que determina -también en carácter de principio- la improcedencia de las medidas cautelares (Fallos 313:521 y 819, 319:1317, 320:2697; 323::4192; 330:4076; 331:2889, entre otros)."

"1.3.3. Debe añadirse, por último, que en los litigios dirigidos contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos de las medidas de no innovar establecidos en general en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se requiere, como requisito específico, que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prioridad (conf., Revista La Ley, 2001- D, 65) o, expresado con el giro que emplea la Corte Suprema de la Nación, resulta imprescindible la consideración del interés público comprometido (Fallos 314:1202; 319:1317)."

"2. Los presupuestos cautelares y la demanda."

"2.1. Cuando la cautela se dirige a evitar la alteración de la cosa litigiosa -con la finalidad de mantener el statu quo inicial y que no se modifique, fáctica o jurídicamente, durante el trámite de la causa- ella procede con el cumplimiento de las condiciones del artículo 230 del Código Procesal y otras que estén comprendidas en el caso concreto."

"2.2. Todas deben evaluarse conjuntamente y con extrema prudencia, por ejemplo cuando el medio de aseguramiento pretende suspender los efectos de un acto del Poder Ejecutivo Nacional, como en la circunstancia. En este supuesto, el solicitante asume: (a) la carga de justificar, siquiera prima facie, la apariencia del derecho invocado; (b) no sólo de señalar los eventuales perjuicios, sino, en particular, indicar que la falta de protección cautelar podría, objetivamente, cambiar la situación de hecho o de derecho, lo cual abriría la posibilidad de que la sentencia definitiva sea inútil."

"La condición básica de la prohibición de innovar es que la carga de demostrar la totalidad de presupuestos por quien solicita la medida, resulta de la exigencia de que "(s)e evidencien fehacientemente las razones que las justifiquen" (CSJN, 319:1968; 320:1027; 322:1135; 323:337 y 1849; 326:973 y otros)."

"3.2.2. Como fue señalado al principio (supra II, 1.3.), la resolución que admitió la cautelar omitió en reparar, además, en otros requisitos exigibles, como lo son la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto público atacado (art. 12, ley 19.549/72) y el interés público comprometido en la cuestión."

"3.2.2.1. La presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de que gozan los actos administrativos (art. 12, ley 19.549/72), hace a la esencia de los fines de esa categoría de actos. Admitido ello, la regla solo puede desvirtuarse cuando -mediante una medida cautelar dictada a fase inicial del proceso- la invalidez del acto surja manifiesta, es decir, toda vez que aparezca patente en aquél y sin que sea necesario una penetrante investigación. Este no es el supuesto en examen pues, según se verá, en principio el acto público exhibe legitimidad suficiente. Tiene singular fuste, asimismo, el hecho de que no se lo ha impugnado "(s)obre bases prima facie verosímiles" (Fallos 320:628; 324:2730; 325:388; 326:3351; 327:2738 y 3585; 330:4076; 331:2889, y otros)."

"3.2.2.2. La solicitud cautelar no debe implicar, por regla, un grave o serio menoscabo al interés público -el que deja entrever el acto público contra la que se dirige- conforme al criterio expresado por el Alto Tribunal (Fallos 314:1202; 327:5111, entre muchos) y al establecido en diversos precedentes de esta Sala (causas "Telecom Personal S.A. c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Sumarísimo", del 13/02/2006; "Pépsico de Argentina S.R.L. c. Municipalidad de Berisso y otros s/ Ordinario", del 29/08/2006 y otros). A ellos se remite en razón de brevedad." (46)

En este sentido, en palabras de la propia Corte Suprema vale señalar que "la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión (confr. Fallos: 316:1833, y causas E.121 XXVII "Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/ Estado Nacional -D.G.I.-" y S.1530. XXXII "Súper Todo S.A. c/ Se.Na.S.A. s/ amparo -incidente de apelación medidas cautelares-", sentencias del 10 de agosto de 1995 y del 6 de mayo de 1997, respectivamente)." (47) Y así, "la necesidad de esa mayor prudencia deriva asimismo de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego (confr. doctrina de Fallos: 310:1928 y sus citas)." (48)

En este sentido y en referencia al requisito de la arbitrariedad manifiesta del acto, la Corte se ha expresado en un fallo señalando que "la ilegitimidad atribuida a las normas impugnadas no aparece como un vicio notorio ni se evidencian fehacientemente las razones que justificarían la medida reclamada. Se impondría, en todo caso, la meditada valoración de los antecedentes denunciados, la que no podría hacerse, en este estado procesal, sin prejuzgar sobre el fondo del litigio." (49)

En otro fallo, nuestra Corte Suprema ha resuelto que "la presunción de validez de los actos de los poderes públicos (en el caso los aquí cuestionados de la autoridad nacional) torna improcedentes medidas como la solicitada máxime si no se advierte que, de llevarlos a cabo, se ocasione un perjuicio irreparable a los derechos que invoca" (50) el solicitante. En este mismo sentido, la CSJN ha resuelto que la presunción de validez de los actos de los poderes públicos "obliga, pues, a una estricta apreciación de las circunstancias del caso, toda vez que a los requisitos usualmente exigibles para la admisión de una medida cautelar semejante debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y asimismo la consideración, ineludible, del interés público (Fallos: 207:216; 210:48)." (51)

En cuanto al requisito del no menoscabo de atribuciones de otros Poderes estatales, la CSJN se ha expresado en tal sentido en la causa "Salas, Dino" (52) y "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)", (53) entre otros.

VI.2.- La jurisprudencia de la Cámara Federal. La Sala II de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal ha señalado que "[r]especto de los actos de la Administración Pública, en tanto éstos gozan de presunción de legalidad, la apreciación de la verosimilitud del derecho en punto a la acreditación "prima facie" de la arbitrariedad o irregularidad del acto, debe ser más rigurosa; en tanto el peligro en la demora debe ser grave e irreparable y la prevalencia del interés público cuidadosamente resguardado al decretarlas." (54)

Por su parte, la Sala IV de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal, ha resumido la doctrina de las medidas cautelares en los siguientes postulados:

"Que la procedencia de dichas medidas se halla condicionada, como principio, a que se demuestre: 1) la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita ("fumus bonis iuris"); y 2) el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. fallo cit. y 28/10/97, "in re": "Radio Siglo XXI"; 30/10/97, "in re": "Robledo"; 30/12/97, "in re": "Pizarro"; entre muchos otros). Además es menester que se fije una contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que la medida pudiere ocasionar a la contraria, de haber sido pedida sin derecho (conf. esta sala, 15/5/92, "in re": "Incidente s/recurso de apelación efecto devolutivo en los autos: Belt S.A. y otros c. Dirección Nacional de Aduanas s/juicio de conocimientos: 10/10/97", "in re": "Míguez, José M. c. Estado nacional - M. de Cultura y Educación s/empleo público"). Por otra parte, en el caso de la prohibición de innovar se requiere que la cautela no pudiere obtenerse por otros medios (conf. art: 230, Cód. Procesal)."

"Que, además, cuando la pretensión se intenta frente a la Administración Pública es necesario que se acredite "prima facie", y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute su validez, suspenden su ejecución (conf.: art. 12 de la ley 19.549 y sentencia de esta sala "Joyart", del 19/9/91, entre muchas otras)."

"Que si bien es cierto que existe jurisprudencia en el sentido de que los dos requisitos mencionados en primer término en el considerando IV se hallan relacionados de modo tal que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora, y viceversa, ello sólo es posible cuando, de existir realmente tal peligro en la demora, se haya probado en forma mínima la verosimilitud." (55)

VI.3.- Corolario. De lo dicho hasta aquí, se desprende con meridiana claridad que los requisitos de admisibilidad exigidos en el presente Proyecto de Ley son la materialización de los extremos exigidos desde antaño por la creación pretoriana de la jurisprudencia federal argentina. Sin más, en el presente Proyecto de Ley se reúnen los recaudos requeridos por la CSJN y por los tribunales federales, a fin de dar un régimen sistemático y que refleje el avance jurisprudencial sobre la materia.

Así lo explica Balbín, al preguntarse "¿Cuáles son los presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares en los juicios contra el Estado? Si analizamos los antecedentes judiciales y las opiniones de los autores es posible contestar estos interrogantes en los siguientes términos: la verosimilitud del derecho (fumus bonis iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora) previstos en el Código Procesal deben completarse con otros requisitos, el "vicio notorio", la "irreparabilidad del perjuicio" y especialmente el "interés público comprometido"." (56)

VII.- LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR INTEGRANTES DE PODERES ESTATALES.

La presente modificación tiene como fin enfatizar la rigurosidad con la que deben examinarse y acordarse las medidas cautelares solicitadas por integrantes de un poder estatal que invocan tal carácter, a fin de ventilar en un proceso judicial y de modo cautelar, cuestiones que primeramente deberían ser abordadas y decididas en el seno de tales poderes como corolario de los procesos políticos e institucionales constitucionalmente establecidos.

Bajo ninguna circunstancia debe verse en esta modificación una intención de restringir el acceso a la Justicia, lo cual sería claramente contrario al texto de la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos. La finalidad procurada es acordar mayor solidez a nuestro sistema institucional, en atención a las eventuales consecuencias que pueden derivarse del dictado de medidas cautelares en tales casos, existiendo procedimientos constitucionales para que cada integrante de un Poder estatal pueda encauzar las pretensiones correspondientes a la legitimación como integrante del mismo.

Téngase presente la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de legitimación de los legisladores cuando presentaron a la Justicia cuestiones propias del Poder Legislativo o que se encontraban en trámite en el ámbito parlamentario. Al respecto ha considerado que no les confiere legitimación la "...invocada "representación del pueblo" con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso". (57)

Es decir que el ejercicio de las funciones públicas de un integrante de un poder estatal encuentra su cauce normal en el desenvolvimiento propio de los procedimientos institucionales y políticos establecidos constitucionalmente. Instar que se salteen o eviten tales procedimientos mediante la solicitud de una medida cautelar constituye un ejercicio extraordinario de tal función pública, lo que exige paralelamente una mayor rigurosidad en el examen y otorgamiento, en atención a las consecuencias que pueden derivarse para el interés público.

En este mismo sentido se ha expedido la CSJN in re: "Polino Héctor y otro c. Poder Ejecutivo" (58) y en "Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional". (59) En este último caso, nuestro Máximo Tribunal señaló "[q]ue desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 311:2580). Por tal motivo, en las causas en que -como en el "sub lite"- se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254:45 -La Ley, 110-2-)."

La intención de la presente modificación es resguardar las consecuencias altamente gravosas que pueden derivarse para el interés público y las instituciones democráticas en los casos en que un integrante de un determinado poder estatal, invocando el ejercicio de sus funciones, solicita una medida cautelar en el marco de un amparo, para controvertir judicialmente actos, hechos u omisiones que deben desarrollarse normalmente en procedimientos políticos dentro de cada poder estatal por directiva expresa de la Constitución Nacional. En tales supuestos, el presente proyecto se decide por el más amplio acceso a la justicia, pero requiriendo de los magistrados en tal noble y excelsa labor, que el examen sea realizado con prudencia y estrictez, en virtud de las consecuencias institucionales y políticas que el otorgamiento de tales medidas cautelares implica para la vida democrática.

En esta inteligencia, debe tenerse en cuenta que, en palabras de la propia Corte Suprema, este tipo de cuestiones, "propia de la dinámica de la vida política, debe resolverse dentro del marco institucional que la Constitución fija...". (60) Ello es así pues, "...la Constitución ha puesto el gobierno de la Nación en manos de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Dentro del campo de sus competencias, cada uno de ellos cumple con la aludida función de gobernar a la Nación". (61) En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha llegado a sostener que "...no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos...". (62)

Del mismo modo, la CSJN ha señalado en referencia al sistema norteamericano, que la jurisprudencia de tal país ha expresado que "...consideraciones de prudencia (...) persuaden de que una disputa entre el Congreso y el Presidente no está en condiciones para su revisión judicial a menos que y hasta que estas ramas del gobierno hayan actuado cada una de ellas afirmando su autoridad constitucional. Las diferencias entre el Presidente y el Congreso constituyen situaciones corrientes en nuestro sistema. Estas diferencias casi invariablemente provocan cuestionamientos políticos más que jurídicos. El Poder Judicial no debe decidir cuestiones vinculadas con la separación de poderes entre el Presidente y el Congreso a menos que estas ramas políticas del gobierno lleguen a un impasse" (Goldwater et al vs. Carter, Presidente de los Estados Unidos, 444 US 996)". (63) Por ello mismo, en tales casos, es conveniente que "...el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto", (64) pues ello tiende a reforzar y brindar mayor solidez a las instituciones y procedimientos políticos, lo que redundará en una más acentuada madurez democrática.

Adviértase que esta situación jurisprudencial no sólo es propia de nuestro régimen jurídico nacional. En un análisis comparativo, Alberto Bianchi señalaba que en los Estados Unidos de América existe "...un lineamiento bastante claro a favor de la negativa a otorgar standing a los legisladores." (65) Asimismo, este autor afirma que "...cuando un tribunal se avoca a un asunto planteado por un legislador o un grupo de legisladores que denuncian una presunta interferencia ejecutiva en su función legislativa, el magistrado que interviene debe tener presente que está saliendo del mundo relativamente aséptico que le ofrece el litigio entre el Estado y los particulares. La arena de la disputa es muy diferente, y por más ropajes jurídicos con que se la quiera vestir, el conflicto es netamente político, pues se desarrolla entre dos grupos opuestos en el Congreso, de modo que el juez deja de ser tal para convertirse en una suerte de árbitro de esa disputa. Todo lo que diga en consecuencia estará irremediadamente influenciado por la puja de poder que todo caso de esta naturaleza tiene ínsito". (66) Como expresa Bianchi, "...lo que en estos casos se plantea es un típico conflicto de poderes que los tribunales federales no están llamados a resolver, porque la Constitución no los habilita para ello y no existe una competencia que implícitamente pueda extraerse a estos efectos del art. 116 (ex art. 100)." (67)

La cuestión relativa a la estrictez en el examen de este tipo de cuestiones, toma como punto de partida la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecida en tanto que los supuestos de medidas cautelares suspensivas "en materia de reclamos y cobros fiscales debe ser examinados con particular estrictez, con fundamento en que su admisión o denegatoria excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad en razón de su aptitud para perturbar la oportuna percepción de la renta pública, o en algunas casos para postergarla considerablemente". (68) No caben dudas que en los casos previstos por el presente proyecto de ley, el otorgamiento de tales medidas cautelares puede perturbar gravemente el interés público y el desenvolvimiento normal de las instituciones y procedimientos políticos, lo que justifica sobradamente una mayor estrictez en el examen de las mismas.

También resulta necesaria la constitución de una caución real y no juratoria, a fin que no pierda virtualidad la finalidad del instituto de la contracautela, que es la de garantizar proporcionalmente las costas, daños y perjuicios que podría causar al interés público el otorgamiento por la medida precautoria (cfr. texto art. 199 CPCCN).

En definitiva, el presente proyecto garantiza el completo acceso a la justicia e incorpora una mayor solidez al instituto a fin de evitar la utilización política de las medidas cautelares, en pos de preservar el interés público comprometido y los procesos institucionales establecidos por la Constitución Nacional.

VIII.- APELACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE AMPARO.

El art. 15 del Decreto-Ley 16.986/66 dispone en la actualidad que los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva del amparo, contra la resolución que lo rechaza in limine y contra las medidas cautelares solicitadas en el marco de este proceso, deben ser concedidas en ambos efectos. Esto "contradice los propios términos del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, que otorga efecto devolutivo al recurso deducido contar una medida precautoria." (69)

En este sentido, tal como se ha explicado, la solución en cuestión "ha sido criticada por la doctrina por constituir, en la práctica, la negación de una protección sumaria de los derechos y libertades en la órbita del amparo, y ha sido considerada inapropiada en particular para los supuestos de suspensión a título cautelar de los efectos del acto administrativo." (70)

Por su parte, Ezequiel Cassagne ha señalado que "[c]onforme el fundamento y la finalidad del instituto cautelar, en nuestro ordenamiento procesal nacional, el efecto de la apelación es de carácter devolutivo." Al comentar la regulación del art. 15 del Decreto-Ley 16.986/66, este autor pone en relevancia la existencia de cierta tendencia jurisprudencial que "ha desarrollado un enfoque funcional del precepto citado, conforme al cual "cabe al intérprete hacer los distinguos que la naturaleza misma de la cosa impone. Porque la diversidad de la cautelar no tolera, como se ha visto, una suspensión en la efectivización de su aseguramiento. De allí que se entienda que el art. 15, cuando menciona la concesión del recurso en ambos efectos, ha podido referirse a la apelación deducida contra la sentencia definitiva o las providencias denegatorias mentadas por el art. 3º, mas no a las cautelares, pues éstas últimas poseen una regulación especial, particular y propia que excluye aquel tratamiento." (71)

Al respecto, Padrós menciona que "la mayoría de los autores se ha pronunciado de manera particularmente crítica contra la solución legal. En este aspecto, prestigiosos juristas, como Carrió, señalan que la obligación de agotar las instancias jurisdiccionales ordinarias -e incluso, en su caso, la extraordinaria- comporta la negación lisa y llana de una protección sumaria establecida para la tutela eficaz de los derechos y libertades fundamentales, que resulta así "irremediabilmente ineficaz". Una posición similar adopta Vallefín, seguido por Sammartino, quien destaca la incongruencia del legislador argentino que, por un lado mantiene los efectos no suspensivos de los recursos contra las medidas cautelares decretadas en el proceso administrativo - acotado al control de la legalidad del acto-, y por el otro agrava la situación de quien -en el juicio de amparo- cuestiona la constitucionalidad de una actuación u omisión estatal." (72) En este sentido, este autor afirma que "[l]as conclusiones precedentes deben conducir a interpretar, en tanto se produce la tan ansiada modificación de la ley 16.986, en este aspecto, que el recurso de apelación contra las resoluciones que acuerdan medidas cautelares en el juicio de amparo debe concederse en relación y con efecto devolutivo (esto es, "sin efecto suspensivo") por ser este principio el que mejor se corresponde con la naturaleza breve del amparo." (73)

Por tales motivos, se introducen dos modificaciones al Decreto-Ley 16.986/66 para armonizar la regulación de medidas cautelares en el proceso de amparo con el régimen establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, receptando las críticas de la doctrina al respecto y con el fin de mantener la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico aplicable al caso.

IX.- EPÍLOGO.

Tal como ha expresado Michel Franc oportunamente respecto de la reforma del proceso contencioso-administrativo francés, "ninguna reforma es perfecta", (74) sin embargo, mediante la presente modificación al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se pretende sistematizar una práctica jurisprudencia de varios años y crear herramientas para facilitar la tarea de los magistrados y fortalecer el instituto cautelar en una materia tan conflictiva y compleja como el derecho administrativo.

Por todo lo expuesto solicito a nuestros pares que me acompañen en la sanción del presente proyecto de ley.

- (1) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p.18.
- (2) Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1992, §1217.
- (3) Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, 14° ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 773-774, citado por Cassagne, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la Administración", en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf.
- (4) C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, Centro de Agrimensores de la Provincia de Entre Ríos y otros c. Estado nacional (Ministerio de Educación y Justicia), LL, 1996-A, 644, 16/02/1995.
- (5) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p.46.
- (6) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p.18.
- (7) Comadira, Julio Rodolfo, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", LL, 1994-C, 699.
- (8) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pp. 46-47. El énfasis me pertenece.
- (9) Hutchinson, Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional", ED, 124-678.
- (10) Hutchinson, Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional", ED, 124-678, nota 2.
- (11) Comadira menciona que "El régimen exorbitante es, pues, el intento de equilibrio, de conciliación, o, en todo caso, con más realismo, el arbitraje de contenido históricamente variable, entre el poder y la libertad.", en Comadira, Julio Rodolfo, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", LL, 1994-C, 699.
- (12) Comadira, Julio Rodolfo, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", LL, 1994-C, 699.
- (13) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contra la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 65.
- (14) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contra la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 65.
- (15) Carrillo, Santiago R., "Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina", en Damsky, Isaac Augusto (h) / López Olvera, Miguel Alejandro / Pérez Cruz, Xóchitl Raquel G. (Coordinadores), Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica, México, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A.C., 2009, p. 91-127.
- (16) Bruno dos Santos, Marcelo A. "Las llamadas "precautelares" contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva", LL, 2003-D, 1225. El énfasis me pertenece.
- (17) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p.150, nota 537. El énfasis me pertenece.
- (18) Cassagne, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la Administración", en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf.
- (19) La solución de la audiencia de parte recepta la práctica efectuada por algunos tribunales nacionales de primera instancia y por la CSJN en el marco de procesos colectivos, tal como se menciona en el en el acápite siguiente. Ver, al

respecto, Guglielmino, Osvaldo C., "Medidas cautelares contra la Administración", Actualidad en el Derecho Público N° 13, 6° año, mayo/agosto, Buenos Aires, Ad-Hoc, año 2000, p. 79-105.

(20) Padrós, Ramiro Simón, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p. 36.

(21) González-Varas Ibáñez, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, Madrid, Civitas, 1993, p. 423.

(22) CSJN, Fallos, 331:1622, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros, 08/07/2008.

(23) CSJN, Fallos, 331:2925, Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo, 29/12/2008.

(24) CSJN, Fallos, 330:4134, Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, 18/09/2007.

(25) CSJN, in re: Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ Medida Cautelar, 20/12/2011.

(26) Padrós, op. cit., pp. 162- 163.

(27) Ver por todos, Gambier, Beltrán / Zubiaur, Carlos A., "Las medidas cautelares contra la Administración", LL, 1993-D, 690; Comadira, Julio Rodolfo, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", LL, 1994-C, 699; Barra, Rodolfo C., "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", ED, 107-419 y 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; Cassagne, Juan Carlos, "Medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2009-E, 921; del mismo autor, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090.

(28) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contar la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 63, citando a Fassi, Santiago C. / Yáñez, César D., Código Procesal Civil y Comercial, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 44.

(29) Padrós, op. cit., p. 165 y ss.

(30) Padrós, op. cit., p. 165.

(31) Padrós, op. cit., p. 167, con cita de Falcón, Giandoménico, "La justicia administrativa en Italia", en AAVV, La justicia administrativa en el derecho comparado, Civitas, Madrid, 1993, p. 237.

(32) Padrós, op. cit., p. 169, con cita de Schwartz, Bernard, Le droit administratif américain. Notions générales, Librairie du Recueil Sirey, París, 1952, p. 169.

(33) Padrós, op. cit., p. 169.

(34) Mairal, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, v. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 763.

(35) El énfasis me pertenece.

(36) El énfasis me pertenece.

(37) Mairal, op. cit., v. II, p. 763.

(38) Padrós, op. cit., p. 185.

(39) C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, Centro de Agrimensores de la Provincia de Entre Ríos y otros c. Estado nacional (Ministerio de Educación y Justicia), LL, 1996-A, 644, 16/02/1995. Ver también el fallo de la misma Sala IV, in re: Dolores Gas S. A. c. Secretaría de Energía, LL, 2000-F, 647, 03/02/2000.

(40) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contar la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 68.

(41) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contar la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 68.

(42) Gallegos Fedriani, Pablo O., Las medidas cautelares contar la Administración Pública, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 68.

(43) Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, Buenos Aires, Ediar, 1955, pp. 387-388, citado por Gallegos Fedriani, op. cit., p. 69.

(44) Cassagne, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la Administración", en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf.

- (45) C. Fed. La Plata, Sala III, Sarlo, Rubén Mario c. P.E.N. Secretaría de Comunicaciones de la Nación - Empresa Fibertel Cablevisión, 18/11/2010, La Ley Online AR/JUR/74072/2010.
- (46) C. Fed. La Plata, Sala III, Sarlo, Rubén Mario c. P.E.N. Secretaría de Comunicaciones de la Nación - Empresa Fibertel Cablevisión, 18/11/2010, La Ley Online AR/JUR/74072/2010, voto de la mayoría.
- (47) CSJN, Fallos, 320:2697, Garre, Alfredo Antonio c. Estado Nacional (Dirección General Impositiva) y otros, 10/12/1997, LL, 1999-E, 940. Ver también CSJN, Fallos, 316:1833, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina, 24/08/1993.
- (48) CSJN, Fallos, 320:2697, Garre, Alfredo Antonio c. Estado Nacional (Dirección General Impositiva) y otros, 10/12/1997, LL, 1999-E, 940.
- (49) CSJN, Fallos, 307:2267, Enrique Arizu e Hijos S.A. v. Provincia de Mendoza, 28/11/2985. Ver, también, CSJN, Fallos, 314:1202, Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera v. Nación Argentina (P.E.N.) s/ Daños y Perjuicios - (incidente), 08/10/1991.
- (50) CSJN, Fallos, 310:1928, Provincia de Mendoza v. Nación Argentina, 29/09/1987.
- (51) CSJN, Fallos, 307:2267, Enrique Arizu e Hijos S.A. v. Provincia de Mendoza, 28/11/2985. Ver, también, CSJN, Fallos, 314:1202, Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera v. Nación Argentina (P.E.N.) s/ Daños y Perjuicios - (incidente), 08/10/1991.
- (52) CSJN, Fallos, 331:2925, Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo, 29/12/2008.
- (53) CSJN, Fallos, 330:4134, Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, 18/09/2007.
- (54) C.N.Cont.Adm.Fed., Sala II, Asociación de Abogados de Buenos Aires c. Poder Ejecutivo Nacional, LL, 1997-C, 335 - DJ 1997-2, 1031, 28/05/1996.
- (55) C.N.Cont.Adm.Fed., Sala IV, Zona Franca Concepción del Uruguay S.A. c. Ministerio de Economía y Servicios Públicos, LL, 2000-C, 792, 05/10/1999.
- (56) Balbín, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 776, con cita de CSJN, Fallos, 314:1202, Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industriales, Comercial Financiera c/ Nación Argentina (nota 59).
- (57) CSJN, Fallos, 313:863.
- (58) LL, 1994-C, 294.
- (59) LL, 1997-F, 884.
- (60) CSJN, in re: Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional, LL, 1997-F, 884.
- (61) CSJN, in re: Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional, LL, 1997-F, 884.
- (62) CSJN, in re: Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional, LL, 1997-F, 884.
- (63) CSJN, in re: Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional, LL, 1997-F, 884.
- (64) Goldwater et al vs. Carter, Presidente de los Estados Unidos, 444 US 996.
- (65) Bianchi, Alberto B., "¿Pueden los Tribunales Federales intervenir en conflictos de poderes?", LL, 1998-D, p. 1245.
- (66) Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, 2º ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 91.
- (67) Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, 2º ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 92.
- (68) CSJN, Fallos, 313:1420, Firestone de Argentina SAIC.
- (69) Gallegos Fedriani, op. cit., p. 127. En similar sentido, la Sala III, in re: Video Cable Comunicación SA v. Instituto Nacional de Cinematografía, 16/07/2002, citado por AAVV, Gordillo, Agustín / Daniele, Mabel (Directores), Procedimiento Administrativo, 2º ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 171, nota 462.
- (70) Gallegos Fedriani, op. cit., pp. 130-131, con cita de Vallefín, Carlos A., Protección cautelar frente al Estado, Buenos Aires, LexisNexis, 2002; Carrió, Genaro, Recurso de amparo y técnica judicial, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 235 y 235, y; Sagiüés, Néstor P., Ley de amparo, Buenos Aires, Depalma, 1979, cap. XX, N° 8.
- (71) Cassagne, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la Administración", en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf f, con cita de Cam. Fed. La Plata,

Sala IV, in re: Dapoto, Marta S. y otros c. Universidad Nacional de La Plata; Semplici, Norma B. y otros c. Universidad Nacional de La Plata, con nota de Jorge W. Peyrano.

(72) Padrós, op. cit., p. 310.

(73) Padrós, op. cit., p. 311.

(74) Franc, Michel, "Commentaires sur une reforme", A.J.D.A., 1988-2, p. 81; citado por Tawil, Guido Santiago, "La reforma del contencioso administrativo francés", LL, 1988-C, 852.

--

Carlos Pereira (h)

FUNDACIÓN NUEVAS GENERACIONES

Beruti 2480, (C1117AAD)

Buenos Aires, Argentina

(+54) (11) - 4822-7721

www.nuevasgeneraciones.com.ar