

LA EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL (LUCES Y SOMBRAS)

EDUARDO MERTEHIKIAN

Profesor Pro Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Católica Argentina;
Director de la *Revista Argentina del
Régimen de la Administración Pública*.

SUMARIO: I. Medidas cautelares. Concepto. II. Su inserción en el proceso contencioso administrativo. III. Los condicionantes constitucionales. IV. Naturaleza subsidiaria y provisional. V. La discrecionalidad judicial. VI. Principio de razonabilidad o proporcionalidad y la “prohibición de exceso”. VII. Presunción de legitimidad vs. Tutela cautelar. VIII. El requisito de la no afectación del interés público. IX. El plazo de vigencia (artículo 5, Ley 26.854). X. Medidas cautelares dictadas en procesos de incidencia colectiva. XI. A modo de conclusiones.

La efectividad de las medidas cautelares como instrumentos de control lleva como condición ineludible el carácter que le asignemos al –así denominado– “proceso contencioso administrativo” y el rol que “las partes” tienen ante el juez.

Una Administración Pública que siempre puede escudarse en la “presunción de legitimidad” de sus actos y conductas y de ese modo no venga obligada a probar ante el juez la concreta verificación en el caso de los “hechos” (causa) que motivan sus decisiones, no solamente no se corresponde con el diseño actual de nuestro sistema constitucional y del rol que –en ese sistema– le caben al juez y a la Administración Pública, sino que conspira contra esa efectividad.

Por ello, abordar la regulación de este instituto procesal –como se ha hecho con la Ley 26.854– sin ocuparse conjuntamente de la regulación del proceso en el cual se inscribe o al cual accede, comporta –en la más favorable interpretación– un examen parcializado del control judicial en el que esta institución procesal se encuentra inscripta; aunque –debo decirlo– es claro para mí que la ley exuda un sesgo autoritario de esa concepción por más que se diga que la legislación recoge –en última instancia– los criterios de la jurisprudencia vigente.

Aunque no lo parezca, se pretende aún en la actualidad poner en tela de juicio el papel que le corresponde al juez dentro del proceso judicial cuando el Estado es parte en el mismo. Habría que retener que dos de las grandes conquistas

del Estado Constitucional de Derecho son, de un lado, el de la consideración de la Constitución Nacional como norma jurídica superior y a la que todo el resto del ordenamiento jurídico debe subordinarse (artículo 31, Constitución Nacional) y, por el otro, la irrestricta y total subordinación de la actuación de la Administración Pública al principio de “legalidad”, comprendiendo en su alcance no solamente al concepto de “ley” en su sentido más amplio, sino fundamentalmente como expresión de la voluntad del órgano que ejerce la función legislativa, es decir “ley” en sentido democrático y orientada al bien común, tal como se ha encargado de expresarlo la Corte IDH hace ya varios años atrás (Cfr.: Opinión Consultiva 6/86 de la Corte IDH)¹.

I. MEDIDAS CAUTELARES. CONCEPTO

Desde un punto de vista objetivo se ha dicho que las medidas cautelares tienden a asegurar los elementos formativos del proceso (pruebas); los elementos materiales que en él se discuten o han de servir para satisfacer la obligación reconocida (bienes) y a preservar de daño a los sujetos del interés sustancial, mediante su guarda y la satisfacción de necesidades urgentes².

Siguiendo esa misma doctrina, puede señalarse que “todas y cada una de las instituciones procesales responden a fines privados y públicos: el interés individual tutelado por el derecho y el mantenimiento inalterado del ordenamiento jurídico estatal. Así también en las medidas cautelares, donde existe un interés privado o particular de los litigantes, existe un interés de la colectividad en que no se dañen bienes de consumo o se entorpezca la producción, el comercio o los servicios públicos y el genérico del Estado en mantener y restablecer el orden jurídico. (...) No hay duda de que en las medidas cautelares existe pues un fin privado y un fin público que dan al ejercicio de las facultades procesales para obtenerlas, aspectos publicísticos y privadísticos”³.

II. SU INSERCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

No me caben dudas de que en el actual contexto constitucional, la adhesión de nuestro ordenamiento jurídico al supranacional mediante la incorporación a la Constitución Nacional con su mismo rango de ciertos Tratados de Derechos Humanos que establecen un alto grado de protección (al menos desde el plano formal) de las garantías individuales, tiene como consecuencia directa y necesaria una completa modificación del perfil que cabe asignarle –primero al

1 A mayor abundamiento de lo dicho en el texto, me remito a la posición que he dejado expresada en un trabajo anterior (Cfr.: “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007, p. 287 y ss.)

2 PODETTI, J. RAMIRO, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral; Tratado de las Medidas Cautelares*, T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 14.

3 Ídem.

“procedimiento administrativo”– y en segundo lugar al así denominado proceso “contencioso administrativo”, o para hablar con más propiedad al “proceso administrativo”, el cual debería despojarse de una vez por todas de su “carácter revisor” de la conducta administrativa, y de su concepción original (ciertamente avanzada para su época) de “proceso al acto administrativo”.

Es decir, la concepción que se tenga del proceso administrativo condiciona también la concepción del instituto procesal de las medidas cautelares. Así, se sigue apreciando en nuestras legislaciones el enorme lastre que con tal asignación de naturaleza todavía carga el proceso administrativo y sus negativas consecuencias, y una prueba acabada de ello es la formulación que encierra la sanción de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional.

III. LOS CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES

Si como sucede con toda previsión constitucional, la *garantía de la tutela judicial efectiva y continua* es directamente operativa, allí donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, como ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia (“Fallos”: 239:459; 241:291; 315: 1492; “Halabi” del 24/02/2009).

Con todo, una de las circunstancias que no pueden desatenderse es el limitado marco de conocimiento que se suele señalar como propio de toda medida cautelar, el cual –no obstante– podría atemperarse mediante la solicitud de información adicional al propio peticionario o incluso al demandado; ya que el juez posee amplias atribuciones constitucionales y legales para ello (arg; artículos 36, 198 y ccs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), claro que en el tiempo que media entre la solicitud y su respuesta, el juez tiene la facultad (entendida como deber de actuación), en orden a hacer operativa la garantía constitucional de la *tutela judicial efectiva y continua*, de dictar una medida interina o precautelar hasta que se produzca dicho informe, o hasta que él mismo se pronuncie sobre la concesión de la medida propuesta u otra que estime más adecuada (arg; artículo 204, Código Procesal).

En ese sentido, cuando el artículo 4, tercer párrafo, de la citada Ley 26.854 dispone la limitación temporal de una medida cautelar interina y condiciona su dictado a la presencia de “*circunstancias graves y objetivamente impostergables que lo justifiquen*”, afecta la señalada garantía de la tutela judicial efectiva y continua y violenta las atribuciones judiciales.

IV. NATURALEZA SUBSIDIARIA Y PROVISIONAL

Una de las características centrales de este instituto procesal es su carácter provisional (artículo 202, Código Procesal Civil y Comercial, CPCC), pues se pronuncian antes de que el proceso concluya y en ciertos casos aún antes que este

se hubiese promovido y, por lo tanto, pueden variar las circunstancias vigentes al momento de su provisión favorable o incluso de su rechazo.

El juicio de verdad material es propio de la sentencia definitiva; en el proceso cautelar se exige de los jueces un juicio de probabilidad, de verosimilitud (CSJN, Fallos: 306:2060; “Albornoz”). De allí que el criterio judicial vigente (al menos en el orden federal), es que a mayor probabilidad (verosimilitud) menor exigencia en el peligro en la demora en conceder la petición y recíprocamente, aunque siempre ambos requisitos se exige que se encuentren presentes.

En orden a lo que se viene exponiendo, una reciente decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de relieve ciertas precisiones en punto a esta facultad judicial y –a mi ver– no puede perderse de vista lo que allí se ha dicho.

Me refiero al precedente “Asociación Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA) y Otros c/ Estado Nacional –dto. 746/03 – AFIP- s/ Medida Cautelar (autónoma)” (A.92.XLV) del 28/10/2014.

Ante un pedido de levantamiento de una prohibición de innovar –que se encontraba firme– en un proceso de acción declarativa de inconstitucionalidad, el juez de Primera Instancia rechazó el planteo. Llegado el caso en apelación, y sobre la base de lo que el mismo Tribunal había resuelto en un caso similar cuyas actuaciones ordenó acumular, la Sala II de la CCAF revocó la decisión del juez de grado, y dejó sin efecto la medida decretada oportunamente que se encontraba firme. Para así decidir, el Tribunal estimó que no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia de la medida oportunamente decretada.

La decisión de la Corte Suprema (por vía de declarar procedente el recurso extraordinario federal, no obstante que no se trataba de una sentencia definitiva) entendió que esa decisión de la Cámara excedía el ámbito de sus atribuciones, pues su actuación debía limitarse a examinar –con base en el artículo 202 del CPCC– si habían variado las circunstancias que habían dado motivo al dictado de la medida y no resolver “*sobre el acierto o error de una decisión judicial no recurrida oportunamente*” que había precluido.

Así las cosas, el Alto Tribunal se introduce en el examen de lo que era propio de los jueces de grado, es decir, sobre si las circunstancias originarias habían variado a tal punto que tornaran procedente el levantamiento de la medida decretada con base en el artículo 202 del CPCC y concluyó decidiendo rechazar esa solicitud y –a la postre– confirmando la sentencia de primera instancia.

V. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Tal como lo señala la doctrina, es una característica saliente del instituto procesal la presencia de un margen amplio de arbitrio judicial⁴. En efecto, se

4 GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., *Las medidas cautelares contra la Administración*

reconoce que existe un alto grado de actividad discrecional en el ejercicio de esta atribución judicial, que encierra –siempre– un juicio de mérito sobre la presencia de los requisitos de procedencia, juicio que se acentúa cuando la pretensión cautelar está dirigida a variar el estado de hecho o de derecho de la situación preexistente, o cuando estamos en presencia de medidas positivas o de las denominadas “autosatisfactivas” o cuando –de cualquier modo– implican un anticipo de provisión favorable de la petición de fondo, o bien no acceden a un proceso principal (medidas autónomas) (Fallos: 323:3075, “Pesquera Leal S.A. vs. Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación”).

Es decir, la ley le asigna al juez en este terreno un amplio escrutinio discrecional en el examen de configuración de sus requisitos de procedencia, a punto tal que le asigna atribuciones expresas para dictar una medida distinta de la requerida por las partes (arg; artículo 204 Código Procesal; artículo 22, inciso 2, CCA de la Provincia de Buenos Aires; artículo 184, CCAYT CABA).

En tal sentido, el criterio de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema así lo admite y basta para ello ver el precedente de Fallos: 323:3075 (“Pesquera Leal S.A. vs. Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación”) antes citado, donde en el considerando 4 exige de los jueces “*especial prudencia*” cuando la medida cautelar altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, y señala expresamente que “... En esas condiciones, la concesión de la medida cautelar *constituye una suerte de decisión de mérito* sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate” (el subrayado es agregado). Igual criterio –tratándose en el caso de un ente autárquico como parte actora– puede verse el precedente de Fallos: 330:5251 (“Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios vs. COA Construcciones y Servicios S.A.”) y sus citas de Fallos: 316:1883; 320:1633 (“Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf S.R.L. y Otros” del 07/08/1997).

No obstante, en el caso recién citado “Camacho Acosta” (Fallos: 320:1633) ha dicho también que *de considerarse inviable por esa sola circunstancia*, “... *la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica* sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario” y, asimismo señaló:

“Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y

el derecho constitucional de defensa del demandado. (...) es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar 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 perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (v. Fallos: 320:1633) (el destacado es nuestro).

VI. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD Y LA “PROHIBICIÓN DE EXCESO”

Este criterio de limitación surge expresamente del precedente de la Corte Suprema en la causa “Thomas, Enrique c/ Estado Nacional Argentino” (Fallos: 333:1023) en el que por virtud de una medida cautelar decretada por la justicia federal de Mendoza, un legislador nacional había obtenido la suspensión con efectos *erga omnes* de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Luego de hacer un repaso de los distintos modelos de control de constitucionalidad vigentes en el derecho comparado, la Corte reconoce que el nuestro es del tipo difuso o norteamericano en forma pura, según el cual cualquier juez puede –en un proceso– declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. En consecuencia sí le está vedado (considerando 8 del voto mayoritario) hacer caer la vigencia de una ley con *efectos erga omnes* por la sentencia de fondo de la cuestión, *a fortiori*, menos aún puede ejercerla cautelarmente. Tal decisión lesiona el ejercicio de los poderes constitucionales conferidos al legislador y violenta la división de poderes.

Califica asimismo la medida decretada en tales términos, como carente de razonabilidad (considerando 9) y exige en tales condiciones que toda medida debe ser dictada respetando el criterio de la “*proporcionalidad*” con sentido de “*prohibición de exceso*” e injerencia en la actividad de los otros órganos estatales.

VII. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD VS. TUTELA CAUTELAR

Ha dicho reiteradamente nuestra jurisprudencia, y es el criterio que traduce la ley vigente (artículo 13, Ley 26.854), que la medida dirigida a la suspensión de los efectos de un acto administrativo posee carácter restrictivo, habida cuenta la presunción de legalidad que estos ostentan (artículo 12, Ley 19.549).

Un caso extremo es el del artículo 13, inciso 2, de la Ley 26.854 cuando se trata de la suspensión de un reglamento o de un acto general o particular pendiente el agotamiento de la instancia administrativa, que “*sólo*” será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión en sede administrativa y ha transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles desde la solicitud sin pronunciarse.

El requisito previo expone claramente el sesgo autoritario que venimos señalando y establece un privilegio procesal adicional a los que ya cuenta la Administración Pública, siempre escudada en la “presunción de legitimidad” del acto administrativo.

Pero aún en tal contexto de interpretación restrictiva debemos señalar que la Ley 26.854 no hace diferencia alguna entre los actos administrativos que imponen un gravamen –que no se presumen estables– o el que dispone una sanción administrativa (donde juega la presunción de inocencia) de aquellos otros que reconocen o declaran la existencia de una situación jurídica determinada ampliando la esfera de actuación de los administrados (verbigracia; la adjudicación). En efecto la Ley 26.854 no hace aquí diferencia alguna, pese a que nuestra Corte Suprema ha declarado aplicables a los procedimientos administrativos sancionatorios (no penales) todas las garantías judiciales vigentes para el proceso penal. (Fallos: 335:1126; “Lociser, Jorge y Otros c/ BCRA s/ Resol. 169/05”, del 26/06/2012).

En tales condiciones, la vigencia de las prescripciones de los Tratados de Derechos Humanos que hacen parte de la Constitución Nacional con su mismo rango (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional) y el reconocimiento de las garantías judiciales declaradas aplicables al procedimiento administrativo tales como la de “inocencia” o “no culpabilidad” de “tutela administrativa y judicial efectiva y continua” (Fallos: 327:4185, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley 16.986”)⁵ de “ser juzgado en un plazo razonable”, “de contar con recurso judicial”, de “doble conforme judicial” (Fallos: 318:514; “Giroldi, Horacio David y Otros”) establecen a mi juicio las condiciones en las que se deben desenvolver los procedimientos administrativos sancionatorios y con particular referencia a la presunción de legitimidad del acto administrativo que impone una sanción administrativa, ésta debe ceder ante la “presunción de inocencia” o de “no culpabilidad” que es de sentido contrario y de superior rango en orden a lo prescripto por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Ello trae aparejado, entre otras consecuencias, que no cabe admitir que la interposición de los recursos administrativos tendientes a la impugnación del acto administrativo sancionatorio no posean efectos suspensivos de la ejecutoriedad de la decisión, en los propios términos del mencionado artículo 12 de la LNPA en cuanto dicha suspensión de efectos o no ejecutoriedad así viene determinada por una norma del ordenamiento jurídico tal como la contenida en el artículo 8 de la Convención IDH.

5 Decisión que fuera oportunamente comentada por ARMANDO N. CANOSA, en “*Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva*” publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 323, Año XXVII, agosto 2005, p. 75 y ss. ISSN N° 1666-4108.

Todo ello abonado por la circunstancia de que la mentada presunción de legitimidad del acto administrativo cede (debería ceder) cuando estamos en presencia de actos nulos de nulidad absoluta y manifiesta, tal como ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema en los precedentes “Pustelnik” (Fallos: 293:133) y “Cerámica San Lorenzo” (Fallos: 295:107).

VIII. EL REQUISITO DE LA NO AFECTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO

A los ya tradicionales requisitos de peligro en la demora, verosimilitud del derecho y contracautela, propios de toda petición cautelar, se añade en nuestro caso, el de la no afectación del interés público.

No existe un criterio nítido que explique este requisito teniendo en cuenta que el Estado no despliega otro interés, y que –añado– no hay interés superior que el respeto de las garantías constitucionales y los fines superiores que expresa el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional como señala la doctrina⁶.

A este respecto, alguna opinión en doctrina⁷ ha sugerido que “... el problema podría acotarse si se exige del Estado acredite cual es el interés relevante o sustancial⁸ que se vería afectado en caso de dictarse la medida cautelar, lo que puede hacer en oportunidad de evacuar el informe que establece el art. 4 de la ley [26.854]”.

“Lo cierto es que el interés público debe probarse, y el informe es la oportunidad de acreditarlo. De otro modo, corresponderá limitarse a los requisitos habituales para conceder la medida cautelar, esto es, verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, ya que no existe interés público que deba prevalecer”⁹. Ello conectado con los supuestos en los que la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario federal, pese a no tratarse de sentencias definitivas, en casos de gravedad institucional, o de relevancia institucional “... cuando la cuestión excede el mero interés individual de las partes y afecta de manera directa a la comunidad, en razón de que incide en la percepción de la renta pública y puede postergarla indefinidamente”¹⁰.

6 Cfr.: GALLEGOS FEDRIANI, op. cit., p. 60.

7 Cfr.: TREACY, GUILLERMO, “Las Medidas Cautelares y La Administración Pública: La Difícil conciliación entre el interés público y el interés privado”, en la obra colectiva BALBIN, CARLOS F. (dir.), *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, T. I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 597 y ss.

8 El mismo autor señala como tales, los casos en los que la Corte Suprema así los ha estimado –por oposición a un fin “meramente conveniente”– como el ejercicio de la función jurisdiccional (“Gottschau”, Fallos: 329:2986, considerando 5); la promoción de políticas antidiscriminatorias (“Partido Nuevo Triunfo”, Fallos: 332:433); el interés superior del Estado en la educación (“Repetto”, Fallos: 311:2272); supuestos todos mencionados en la nota 20 en p. 607.

9 Autor y obra citada, ps. 607-608.

10 Cfr.: autor citado, con base en los precedentes de la Corte que él mismo señala, p. 608.

El precedente de la Corte Suprema recaído en “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo” (M. 1145. XLIX. RECURSO DE HECHO) del 23/09/2014 y sobre el que más adelante volveremos (ver *infra* apartado X) ha empelado este criterio.

IX. EL PLAZO DE VIGENCIA (ARTÍCULO 5, LEY 26.854)

El artículo 5 de la Ley 26.854 dispone que “bajo pena de nulidad” el juez debe fijar un límite de vigencia, el que no puede exceder del plazo de seis (6) meses salvo en las acciones de amparo que no podrá exceder el término de tres (3) meses.

Ante todo debe señalarse que nada dispone la norma cuando el solicitante es el propio Estado Nacional, con lo cual se aprecia la notable asimetría de situaciones.

Se ha dicho a este respecto que la Ley 26.854 recepta los criterios de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que establece la necesidad de sujetar las medidas cautelares a un plazo razonable de vigencia¹¹. Los antecedentes jurisprudenciales que se citan para dar fundamento a esta solución son las decisiones recaídas en las causas “Grupo Clarín” (Fallos: 333:1885) –en criterio luego reiterado en “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A.” (Fallos: 334:259)– y el más remoto antecedente de la decisión recaída en “Astilleros Alianza” (Fallos: 314:1202), supuesto este último en el que se trataba de la suspensión cautelar de la ejecución de una obra pública.

Es cierto que la prolongación indefinida de una medida cautelar resiente su propia naturaleza que, por definición, posee carácter provisional (ver lo que se ha dicho supra en el apartado IV), pero no hay que perder de vista que en el proceso contencioso, el Estado Nacional cuenta con privilegios procesales que extienden la duración de un proceso judicial, de por sí y en lamentable habitualidad, lento (verbigracia; informe previo de existencia del proceso –artículo 8, Ley 25.344–; plazo ampliado para responder la demanda –artículo 338 Código Procesal Civil y Comercial–).

La norma también dispone que al vencimiento del término fijado, siempre que mediare petición de parte, y previa valoración del interés público comprometido, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. A esos fines, la disposición establece que “será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida”.

¹¹ LYNN, VIRGINIA, *Medidas Cautelares contra el Estado*, Astrea – Rap, Buenos Aires, 2015, p. 79 y ss.

Se ha escrito a este respecto que la norma no dispone el número de oportunidades en las que una medida puede ser extendida en el tiempo una vez vencido el plazo original fijado, de tal suerte que la norma no prohíbe las sucesivas prórrogas¹², pero no obstante ello, también se ha afirmado –en opinión que persuade– que esta ley atenta contra el instituto cautelar en sí mismo pues –la fijación de un plazo de vigencia– frustra la razón de ser del remedio, esto es “la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore”¹³.

Tratándose de una medida cautelar decretada encontrándose pendiente el agotamiento de la instancia administrativa, el artículo 8, segundo párrafo, de la Ley 26.854 establece:

“Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa”.

El plazo es análogo al establecido por el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y es conteste el criterio de que se cuenta desde que la medida queda efectivamente trabada¹⁴.

Consecuentemente, si el administrado pretende prevalerse de la medida cautelar así decretada, no regirá en su favor el plazo máximo de caducidad de la acción procesal administrativa dispuesto en el artículo 25 de la Ley 19.549 (90 o 30 días según los casos) y la demanda deberá promoverse dentro del perentorio plazo de diez días hábiles desde que dicha medida cautelar hubiera quedado trabada.

X. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN PROCESOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

El precedente de la Corte Suprema antes aludido “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo” (M. 1145. XLIX. RECURSO DE HECHO) del 23/09/2014, por el cual se anticipa la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que se deben inscribir todos los procesos de esta naturaleza que tramiten en los distintos tribunales del país, y que finalmente fue creado a través de la Acordada N° 32/2014 del Alto Tribunal, resulta de la mayor trascendencia y no puede ser soslayado en este rápido repaso de la jurisprudencia relevante.

Con la creación de dicho registro se procura evitar el escándalo jurídico derivado de la existencia de una pluralidad de medidas cautelares contradictorias entre distintos tribunales, circunstancia que en el caso se presentaba a través de

12 LYNN, op. cit. p. 81.

13 CASSAGNE, EZEQUIEL, “Una oportunidad desperdiciada de declarar la inconstitucionalidad de la Ley 26.854. Al menos, correcta disidencia”, en *Derecho Administrativo*, N° 102, noviembre/diciembre 2015, ps. 1630-1649. ISSN 1851-0590.

14 FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 727-728.

una medida cautelar innovativa que ordenaba a la empresa refacturar el servicio de abono por disposición de un municipio, en cumplimiento de una decisión previa de la Secretaría de Comercio Interior.

Lo también interesante de la decisión, es que la Corte recuerda el criterio de que las sentencias que se pronuncian no pueden ser interferidas o revisadas, por una vía inadecuada, por otras que se dictan en causas diferentes (arg.; Fallos: 178:278; 254:95 y sus citas) "... con afectación del adecuado respeto que merecen las decisiones judiciales en cuanto impide que se las obstaculice con medidas innovativas dictadas en juicios diferentes (Fallos: 319:1325). De todo lo cual cabe colegir que los litigantes, eventualmente, no solo se deben someter a sus jueces naturales, sino que ante ellos deben efectuar los reparos que consideren de su deber formular por las vías autorizadas por las leyes correspondientes (arg. Fallos: 147:149)" (el destacado es del original).

Sería injusto no decir que ya con anterioridad el Alto Tribunal en la decisión recaída en "Prodelco v. Poder Ejecutivo Nacional" del 07/05/1998 (Fallos: 321:1252) había descalificado el proceder de los tribunales federales cuando sobre una misma cuestión en la que se ventilaban derechos de incidencia colectiva se verificaban medidas cautelares contradictorias y resaltaba el escándalo jurídico que con tal proceder se concretaba.

Ello así a punto tal que desestimó la existencia de una cuestión justiciable, "... si se advierte que la supuesta lesión a los derechos de los consumidores que invocan los amparistas no solo no es de carácter general, sino que la misma norma ha dado lugar a numerosas acciones judiciales (...) en las que se persigue el mantenimiento del nuevo régimen por ser éste favorable a importantes sectores de habitantes del interior del país" y "... es precisamente porque no existe cuestión justiciable, que se ha configurado una situación de escándalo jurídico, por la cual magistrados de distintas jurisdicciones territoriales han dictado medidas absolutamente contradictorias sobre el mismo objeto: la vigencia del nuevo régimen tarifario, aspecto que no se ve salvado en el *sub lite* por la limitación impuesta por los tribunales de la causa, ya que sus decisiones de todos modos, colisionan o se superponen con las de otros tribunales que no han adoptado igual recaudo" (considerando 27).

Justo es también mencionar que tempranamente calificadas opiniones habían puesto el acento en los problemas que suscita el reconocimiento de la legitimación colectiva, particularmente en materia de servicios públicos, a saber: a) la posibilidad de que existan intereses encontrados entre los usuarios o grupos o asociaciones de usuarios y consumidores y b) los efectos erga omnes o de alcance general que pueden llegar a tener las sentencias dictadas en los procesos en que intervienen esos actores y nos habían también advertido de los problemas derivados de las decisiones que beneficiaban a algún grupo o conjunto y –al mismo

tiempo de forma contradictoria— perjudicaban a otros integrantes del propio universo¹⁵.

XI. A MODO DE CONCLUSIONES

Si la Constitución Nacional es norma jurídica superior (artículo 31 de la Constitución Nacional) es indudable que la Ley 26.854 tiene claras y manifiestas incompatibilidades con el texto constitucional, pues resiente la garantía constitucional de la *tutela judicial efectiva y continua* al limitar el acceso a la tutela jurisdiccional urgente.

La Ley 26.854 “cristaliza” algunos criterios judiciales muy restrictivos y se inscribe en una corriente de pensamiento que pretende desnaturalizar la “función del juez” como tercero imparcial frente a las partes, limitando —sin justificación— las facultades judiciales en orden a la procura de la garantía referida.

La Ley 26.854 acentúa los privilegios procesales de los que ya goza el Estado en juicio.

Legislar sobre el instituto procesal de las medidas cautelares sin al mismo tiempo regular el “proceso administrativo”, implica un abordaje parcial y desconectado del acceso a la jurisdicción judicial cuando el Estado es parte, por cuanto —tal como se ha dicho recientemente— el proceso cautelar es accesorio a otro proceso¹⁶.

Legislar sobre un Código Contencioso Administrativo supone necesariamente también adherir a un criterio definido sobre la naturaleza y finalidad que se le asigne al proceso judicial que tiene como parte al Estado y a los órganos y entes que lo conforman.

Si la Ley 26.854 es una muestra de ese criterio, un anticipo de la mirada que el legislador tiene de esa trabajosa construcción que significa poner en plena vigencia el derecho a la tutela judicial y administrativa, efectiva y continua, entonces rápidamente hay que abandonar ese camino y bregar por la sanción de una legislación moderna que torne verdaderamente eficaz el control judicial de la actividad administrativa; de lo contrario sería preferible dejar que esa construcción se siga concretando, exclusivamente, a partir de la labor judicial y de la doctrina más esclarecida.

15 PIAGGIO, LUCAS A, “Usuarios en pugna: problemas que plantea la legitimación colectiva de las asociaciones”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 288, Año XXIV, setiembre 2002, p. 139/141. ISSN N° 1666-4108.

16 CASSAGNE, op. cit.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina