

# LAS RUINAS CIRCULARES O LA NUEVA LEY SOBRE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI

## I. PREFACIO

Opina JORGE LUIS BORGES que el tiempo no es lineal como pensamos; a lo que hay que agregar que el progreso no es el fin de tal camino. Por el contrario, la idea expresada por el gran escritor es que el tiempo es circular y que, en el mismo espacio, se producen acontecimientos propios de tiempos distintos; una suerte de *corsi e ricorsi*.

Es así que en el año 2002 publiqué en la Editorial Ábaco de RODOLFO DEPALMA, en Buenos Aires, el libro *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, refiriéndome en él al dictado –no sólo en nuestro país sino también en algunos países extranjeros– de medidas precautorias que tienen siempre como fin asegurar el resultado final del proceso.

Hoy, a 11 años de aquella publicación, la historia vuelve a repetirse (como diría el tango) y se dicta la ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional o sus entes descentralizados.

## II. ACLARACIÓN NECESARIA

Como Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, cargo que ocupé desde 1995, deberé pronunciarme, sin lugar a dudas, en el futuro, sobre la norma en análisis. Por ello, razones de prudencia me imponen remitirme al tiempo de Borges y reiterar, como si fuese premonitorio, algo que ya he dicho y que ha sido resuelto por el tribunal que sigo ocupando, respecto de otras normas; en otros tiempos (ello si entendemos que el tiempo es lineal); si no, podríamos afirmar que en el año 2002 estaba (o estoy) refiriéndome a normas como la ley 26.854 que fueron dictadas no en 2013 sino en 2002.

Si el párrafo que antecede confunde al lector, no es sino porque las realidades circulares confunden al operador del derecho y le hacen revisitar ámbitos que alguna vez conoció; como una suerte de *déjà vu*.

Es por ello que lo que a continuación desarrollaré debe entenderse como referido a otro tiempo, que quizás sea este o uno próximo; sólo la cábala podrá determinarlo.

### III. ASPECTOS DESTACABLES DE LA NORMATIVA

El art. 9 de la ley 26.854, expresa: “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Como ya expuse en oportunidad de escribir mi libro *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, en el capítulo XIII, páginas 204 y ss.:

“Con el dictado de la ley 25.453, sancionada y promulgada el 30 de julio de 2001, se sustituyó –por su art. 14– el art. 195, CPCCN, en los siguientes términos: ‘Artículo 195. Oportunidad y presupuesto. Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que esta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida. Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias’”.

Cabe hacer a esta verdadera novedad una primera crítica, desde el punto de vista de la técnica legislativa, como es la de modificar parte de un código de forma en una ley de fondo, sin unidad lógica y que hace al actualmente llamado “déficit fiscal cero”.

Mas tales observaciones no son sino formales, cuando la norma en análisis resulta atacable en cuanto al fondo o a su propia sustancia.

En efecto, así lo afirma GERMÁN J. BIDART CAMPOS cuando dice: “Por supuesto que la legislación procesal es apta para reglamentar las medidas cautelares, pero cabría afirmar que hay un piso constitucional por debajo del cual no puede descender esa reglamentación. Para no ocurrir en detallismos, nos limitamos a proponer con muy honda convicción personal dos aspectos: a) los

jueces están habilitados para deparar una medida cautelar que resulta idónea en un proceso, aunque la ley no la tenga prevista; b) la ley no puede, sin pecar de inconstitucionalidad, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar se les torne eficaz para cumplir con su deber constitucional de deparar, según las circunstancias de cada caso, todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso [...]. Como resumen, y apelando a una expresión personal que tenemos muy repetida, nos queda este saldo: ‘con ley, sin ley o contra ley’ los jueces tienen obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso”<sup>1</sup>.

Como afirma PEDRO ABERASTURY: “Una norma, por más que se la fundamente en el interés público o en la emergencia, no puede ir más allá del marco de legalidad, pues ello significa subvertir la jerarquía normativa prevista en el art. 31 de la Constitución nacional”. No obstante, refiriéndose al art. 4 de la Ley de Consolidación de Deudas 23.982, explicita algo que resulta aplicable a la norma en análisis al decir que “De permitirse sin más esta situación significará que a través de normas generales se prive al particular del ejercicio de la defensa en juicio tutelado en el art. 18 y se agravie el principio de la separación de los poderes”<sup>2</sup>.

Pareciera que el último párrafo del nuevo art. 195 del Cód. Procesal consagra un “*bill* de indemnidad” respecto del Estado nacional y sus entidades autárquicas, al completar por vía procesal y a través de la prohibición del dictado de medidas cautelares la imposibilidad por parte del juzgador de disponer de cualquier forma que sea de los fondos del Estado.

Adviértase que las diferentes y anteriores normas de emergencia afectaban la ejecutoriedad de las sentencias respecto del Estado nacional, mientras que este artículo disminuye aún más las facultades propias del juez en cuanto a su carácter de director del proceso.

Aquí se da un paso más adelante y –sin dar ninguna otra solución, como podría ser en el caso de las leyes de emergencia el pago en bonos o conforme a las partidas presupuestarias– se prohíbe al juez hacer aquello que resulta ínsito de su función, como el asegurar el resultado final del pleito y no permitir que la sentencia a dictarse no tenga operatividad alguna.

A tales críticas de fondo habría que agregar que los términos utilizados son tan amplios que pareciera que existe una orden dada por el legislador al

<sup>1</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional*, LL, diario del 28/8/2001.

<sup>2</sup> PEDRO ABERASTURY (h.), *Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado nacional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2001, ps. 139 y 140.

juez que le prohíbe cualquier conducta que implique dictar una medida cautelar contra el Estado nacional o sus entidades autárquicas.

Tal generalidad en los términos podría ser un aspecto positivo para aquel juez que quisiera hacer respetar su investidura sin llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma, mediante la técnica de considerar que el supuesto a tratar escapa a las hipótesis previstas en el artículo citado.

Una mención aparte merece la prohibición de imponer a los funcionarios cargas pecuniarias personales, en la medida que tal prohibición fragiliza aún más las facultades del juez frente al funcionario público con el fin de hacer efectivo el principio rector de división de poderes y de controles entre los diversos poderes del Estado.

Consideramos que esta norma, a pesar de su vigencia legislativa, no puede desnaturalizar todos los principios sentados por la legislación, la jurisprudencia y la práctica judicial cotidiana, de los que dan cuenta estas líneas; sin perjuicio de señalar –sin duda alguna– que por ella nuestro Estado se aleja aún más de la pretendida seguridad jurídica y de lo que se entiende por un Estado de derecho.

Poco más puede decirse, sino que con disposiciones como la comentada la tutela judicial efectiva se ve gravemente alterada y se desnaturaliza (por su propia prohibición) el valor eficaz de las medidas cautelares o preventivas.

En cuanto a la constitucionalidad de la norma cabe poner de relieve, sin que pueda hablarse de una tendencia jurisprudencial, que por fallo de primera instancia de la Dra. María José Sarmiento a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 de la Capital, en la causa “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/M. de Economía” del 5 de noviembre de 2001, se declaró la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 25.453, que modifica el art. 195 de la norma adjetiva<sup>3</sup>.

*a) El nuevo art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*

Por decr. 1387 del 1 de noviembre de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el art. 195 bis, que rezaba así: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, estas podrán ocurrir directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pidiendo su intervención. Con el pedido deberá acompañarse copia simple suscripta por el letrado de la representación estatal del escrito que dio lugar a la resolución

<sup>3</sup> LL, diario del 8/1/2002, p. 1.

y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar y de la medida cautelar recurrida. La Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá desestimar el pedido sin más trámite o requerir la remisión del expediente. La recepción de las actuaciones implicará el llamamiento de autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida cautelar”.

Con el mismo texto, el art. 51 del decreto citado incorporó como art. 62 *bis* a la ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, por lo que cabe remitirse a lo antes transcripto.

Por su parte, el Sr. Procurador del Tesoro reglamentó ambos artículos, mediante resol. 114/01 del 2 de noviembre de 2001, determinando que el patrocinio en las presentaciones ante la Corte allí previstas sería ejercido por el Procurador del Tesoro de la Nación o por los Subprocuradores del Tesoro de la Nación o por los Directores Nacionales de la Procuración del Tesoro, siendo obligatorio para todos los servicios jurídicos permanentes de los organismos y entes comprendidos en el art. 6 de la ley 25.344.

La primera observación que merece la reciente norma en análisis es que no resulta claro si se trata de un decreto delegado, autónomo, reglamentario o de necesidad y urgencia, normas que tienen, como se sabe, un distinto régimen jurídico en nuestra Carta Magna.

En efecto, el propio decreto afirma que es dictado en uso de las atribuciones conferidas por la ley 25.414 (facultades delegadas) y los incs. 1 a 3 del art. 99 de la Constitución nacional (decretos autónomos, reglamentarios y de necesidad y urgencia).

La segunda, y no de menor importancia, es que este nuevo artículo pareciera en los hechos derogar la última parte del art. 195, que prohíbe a los jueces el dictado de medidas cautelares contra el Estado.

Ello así en la medida que por él se introduce un nuevo recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, saltando instancias, respecto de medidas que el artículo inmediatamente anterior prohíbe a los jueces dictar.

También podría entenderse que el Ejecutivo legislador ha supuesto que, a pesar de la prohibición del art. 195, los jueces continuarán dictando medidas cautelares que les han sido prohibidas.

Mediante este nuevo sistema se saltean instancias procesales establecidas por la ley, provocando la avocación directa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alegándose motivos de interés público o institucional, determinando, como consecuencia, que las mismas sean sustraídas del conocimiento del juez natural<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> ALDO BACRE, *Recursos ordinarios y extraordinarios. Teoría y práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 569.

Afirma BIDART CAMPOS que “la locución *per saltum* alude a un salto en las instancias procesales y se aplica a la hipótesis en que la Corte Suprema conoce de una causa judicial radicada ante tribunales inferiores, saltando una o más instancias. Se deja de recorrer una o más de ellas, y por salto desde una inferior la causa entra a la competencia de la Corte, omitiéndose una o más de las intermedias”<sup>5</sup>.

Por su parte, MORELLO define al recurso *per saltum* como el “remedio federal muy excepcional pero que requiere impostergable definición por su trascendencia institucional, repercusión en la opinión pública, propósito de pacificar con la definición final, en una zona ríspida, similar a la que contempla la Regla 20 del derecho federal procesal ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”<sup>6</sup>.

Para CREO BAY, sólo causas de la competencia federal que entrañen cuestiones de gravedad institucional y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, autorizarán a prescindir del recaudo del tribunal superior, a los efectos de que la Corte habilite la instancia extraordinaria. Las mismas razones que abonan la excepción al recaudo del tribunal superior juegan también respecto de la sede para la interposición del mencionado recurso extraordinario, el que puede ser presentado ante la misma Corte, atento a las razones de celeridad y a las posibles consecuencias de toda demora<sup>7</sup>.

Cabe aquí hacer un poco de historia y considerar que después de la reforma de la ley 23.744 al Código Procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estrenó una nueva modalidad de recurso extraordinario que permitió remover el último ápice procesal que quedaba todavía subsistente en el recurso extraordinario. Utilizó lo que en los Estados Unidos se llama *certiorari before judgement*, es decir, resolvió el recurso sin que se hubiera producido sentencia del tribunal superior de la causa. Quedó inaugurado a partir de allí el uso del llamado recurso extraordinario *per saltum* o por salto de instancia. Ello tuvo lugar en el recurso interpuesto por el entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos, JOSÉ ROBERTO DROMI, en los autos “Moisés Fontenla c/Estado nacional”<sup>8</sup>.

El recurso fue promovido contra la sentencia de primera instancia del Dr. OSCAR HORACIO GARZÓN FUNES, a la sazón titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, que había

<sup>5</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El “per saltum”*, ED, T. 138, p. 598.

<sup>6</sup> AUGUSTO M. MORELLO, *La Corte Suprema en acción*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, p. 485.

<sup>7</sup> HORACIO D. CREO BAY, *Recurso extraordinario por salto de instancia*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 32.

<sup>8</sup> Fallos 313:863.

hecho lugar a la acción de amparo interpuesta a efectos de modificar aspectos societarios de la privatización de Aerolíneas Argentinas.

La Corte acudió a la gravedad institucional, afirmando que cuando las cuestiones federales exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general, las importantes razones que fundan la citada exigencia del Tribunal Superior deben armonizarse con los requerimientos antes enunciados, para que el marco normativo que procura la eficiencia del tribunal no conspire contra la eficacia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino *per saltum* en otros casos, entre los que cabe mencionar el denominado “Unión Obrera Metalúrgica c/Estado nacional” (Fallos 319:374).

Este caso presenta la singularidad de que si bien el recurso *per saltum* fue formalmente rechazado, en la práctica se hizo lugar al mismo por vía de superintendencia, aduciéndose que el magistrado de primera instancia había actuado con exceso de jurisdicción, siendo en consecuencia nulo todo lo decidido por aquel.

Luego del primer fallo antes aludido concluía ALBERTO B. BIANCHI: “Es realmente difícil extraer conclusiones para el derecho argentino acerca del recurso extraordinario *per saltum*. Su aplicación, en un único y controvertido caso, sólo permitiría una valoración parcial, muy lejana al siglo de experiencia en la materia que la doctrina norteamericana posee. Pero lo que sí considero importante y entiendo que constituye el saldo que este estudio tal vez aporte al derecho argentino es que cuando la Corte Suprema en setiembre de 1990 hizo su célebre *by pass*, revocando directamente una sentencia de primera instancia, acudió a un extremo procesal nuevo entre nosotros, pero antiguo en nuestro modelo constitucional. La diferencia entre uno y otro tribunal es que el nuestro no cuenta todavía con una autorización legislativa expresa, como el de los Estados Unidos. Una vez más es el Congreso quien debe tomar nota que la Corte Suprema ha ido más rápido, estableciendo una cabecera de playa en una laguna legislativa. Creo que es una excelente oportunidad para dictar una ley general de organización de la justicia federal que contemple o rechace el *per saltum* —ello será cuestión del Congreso— pero que reemplace la tantas veces remendada ley 48 cuyos ciento veinte años de vigencia le han asegurado su paso a la historia”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> ALBERTO B. BIANCHI, *El “certiorari before judgement” o recurso “per saltum” en la Corte de los Estados Unidos*, ED, T. 149, p. 800.

En aquel tiempo, CREO BAY afirmaba que –como en cualquier recurso extraordinario– sólo eran susceptibles del recurso por salto de instancia las sentencias definitivas o equiparables a ellas en sus efectos; es decir, aquellas que ponen fin a las cuestiones de fondo de imposible o insuficiente reparación ulterior<sup>10</sup>.

Mas ese no es el rumbo de la reforma, en el sentido de que las únicas sentencias o pronunciamientos respecto de los cuales el *per saltum* sería aplicable con base legal son los referentes a medidas cautelares que –justamente– no son definitivas sino esencialmente provisionales.

Sin perjuicio de lo hasta aquí reseñado, no deja de llamar la atención que el artículo no fija plazo para que la entidad estatal afectada por la medida cautelar dispuesta se presente por ante la Corte Suprema.

En ese sentido, cabe entender que no hay término, que esa presentación puede hacerse en cualquier momento, o bien que sí existe plazo, y en tal caso, de cuánto tiempo, el de diez días del recurso extraordinario o el de cinco días genérico de toda apelación.

Resulta evidente que tal imprecisión en la norma no ayuda a la seguridad jurídica y al buen orden procesal.

Otra de las cuestiones a analizar es que tampoco el artículo fija plazo para que la Corte se expida sobre la procedencia de la presentación efectuada ante ella requiriendo las actuaciones. En tal caso, ¿corresponderá o no que la entidad estatal interponga en resguardo de sus derechos el recurso de apelación previsto en el Código Procesal?

Entendemos, con CREO BAY, que deberá apelarse, en la medida en que de no acoger la Corte la pretensión hubiese perdido la oportunidad de recurrir por las vías normales, al haber transcurrido los plazos procesales, lo que no suspende ni interrumpe la interposición del recurso extraordinario<sup>11</sup>.

A ello cabe agregar que las medidas cautelares, al ser provisionales por esencia, no hacen cosa juzgada y pueden ser dejadas sin efecto o modificadas. Sobre tal base no resulta osado aventurar la hipótesis de una medida cautelar dictada por un juez de primera instancia, que sea revocada o confirmada por la Corte Suprema por aplicación de este nuevo recurso instituido y que –luego– el mismo juez modifique su anterior decisorio, lo que podría implicar un nuevo recurso, y así sucesivamente.

Otro tema que merece análisis es el de las medidas cautelares dispuestas en la segunda instancia en materia de recursos directos (p. ej., recursos contra entes reguladores). En tal caso, de interponerse esta presentación directa ante

<sup>10</sup> HORACIO D. CREO BAY, op. cit., p. 51.

<sup>11</sup> HORACIO D. CREO BAY, op. cit., p. 48.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ¿cuál es la suerte que correría un posible recurso extraordinario en los términos del art. 14 de la ley 48? Este tema ya lo hemos analizado al considerar que respecto de las medidas cautelares, por principio, no procede el recurso extraordinario por no ser sentencias definitivas.

Y más aún, ¿deberá la entidad, en ese caso, presentar el recurso extraordinario sin perjuicio de su presentación directa ante la Corte con el propósito de mantener viva la vía procesal común? Esto vale para el recurso extraordinario concedido o denegado y, en su caso, queja ante la Corte. Resulta evidente que esta nueva reforma por intromisión del Poder Ejecutivo Nacional en las áreas propias de los otros poderes (Judicial y Legislativo) no ha tenido como fin asegurar los derechos individuales, sino más bien, en una situación de emergencia nacional, recurrir a la Corte Suprema con total prontitud, saltando las etapas y tiempos propios de los procesos, los que seguirán siendo obligatorios para todos los ciudadanos, pero no para el Estado.

Hace ya tiempo que CARRIÓ y GARAY afirmaban que el *per saltum* (a falta de legislación específica) sería bienvenido si servía para afianzar y agrandar los derechos y garantías de los particulares, mas esa no parece ser la vía elegida por la reforma que, sobre la base de la emergencia permanente, crea un nuevo recurso expedito para llegar a la Corte en cuestiones que, siendo provisionales, pueden afectar directa o indirectamente los intereses o actividades esenciales de entidades estatales<sup>12</sup>.

Sólo el tiempo indicará qué resultado tiene este nuevo avasallamiento del Poder Ejecutivo en el área de los derechos de los particulares frente al Estado y sus entidades, sin perjuicio de señalar desde ya los reparos que tal reforma nos merece, como se ha puesto de relieve más arriba.

Es en tal sentido como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28 de diciembre de 2001, en la causa “Banco de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>13</sup> hizo lugar a la intervención directa solicitada por el banco depositario, dejando sin efecto la medida cautelar dispuesta en primera instancia que suspendió la aplicación del decr. 1570/01 y permitió la extracción de las sumas de dinero depositadas en una caja de ahorro.

Para así decidir entendió el Tribunal que la medida cautelar podía hacer colapsar la regularidad de los pagos con grave daño al patrimonio público.

Sin perjuicio de ello cabe tomar en especial consideración, y en sentido concordante con lo que expusieramos más arriba, que la señora Procuradora General Sustituta dictaminó: “... que la vía intentada no es apta para suscitar

<sup>12</sup> ALEJANDRO D. CARRIÓ y ALBERTO F. GARAY, *La jurisdicción “per saltum” de la Corte Suprema*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1991, p. 78.

<sup>13</sup> LL, diario del 10/1/2002, ps. 1 y siguientes.

la intervención de V.E., sin que ello importe, claro está, un pronunciamiento sobre la validez de la medida cautelar que aquí se cuestiona, la que podrá ser examinada, eventualmente, por los remedios adecuados, a instancia de partes legitimadas”<sup>14</sup>.

Mas el criterio sustentado por nuestro Máximo Tribunal no fue mantenido ante la misma norma (decr. 1570/01) en otras causas posteriores<sup>15</sup>.

*b) Nueva legislación de emergencia. Modificación del art. 195 bis del Código Procesal*

Con fecha 6 de enero de 2002 se promulgó la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, cuyo art. 18 dispone textualmente: “Modifícase el art. 195 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado del siguiente modo: ‘Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá imponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido este, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que petitionó la medida por el plazo de cinco días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida’”.

La citada norma (adviértase que el art. 195 *bis* había sido introducido por decr. 1387 del 1 de noviembre de 2001) modifica sustancialmente en tiempo récord el recurso procesal anteriormente creado.

En efecto, la norma tan raudamente modificada preveía, como más arriba se explicó, un supuesto asimilable al llamado *per saltum*.

Aquí se explicita concretamente la existencia de un recurso de “apelación”, el que presenta las siguientes características especiales:

<sup>14</sup> Conf. dictamen de la Dra. MARÍA GRACIELA REIRIZ, publicado en LL, diario del 10/1/2002, p. 1.

<sup>15</sup> CSJN, “U.P.M. c/P.E.N. s/amparo s/solic. interv. urg. por Banco Río de la Plata” (15/1/2002), LL, diario del 31/1/2002, p. 1. En igual sentido, “Banco de Corrientes S.A. s/ solicita intervención urgente en autos ‘Amezaga, Nilda Eleonora y Vigai, José Luis s/medida cautelar’”, decisorio del 1/2/2002.

1) El así llamado “recurso de apelación” se presenta directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (lo que lo haría *prima facie* asimilable al *per saltum* más arriba analizado).

2) No existe plazo para la presentación del recurso, en cuyo caso cabe preguntarse cuál es: ¿el de cinco días, general de todo recurso, el de diez del recurso extraordinario, o definitivamente la inexistencia de término para su interposición?

3) La sola presentación del recurso tiene efecto suspensivo, contradiciendo el principio general del Código Procesal según el cual los recursos contra las medidas cautelares admitidas se conceden con efecto devolutivo.

4) La norma obliga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a requerir la remisión del expediente.

5) El artículo determina que, recibido el expediente, la Corte deberá correr traslado “con calidad de autos” a la parte contraria por el término de cinco días.

6) Una vez contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación, la Corte deberá dictar sentencia confirmando o revocando la medida.

Las dudas y observaciones que se efectuaron a la primera redacción del artículo en análisis resultan, por principio, aplicables a esta nueva redacción.

Es decir que se introduce un recurso de “apelación” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no se encontraba en el Código Procesal, sin armonizar esta nueva normativa con los demás recursos previstos en el Código de forma.

A ello puede agregarse que la suspensión que implica su interposición contradice el efecto con el que –según el Código– deben concederse los recursos interpuestos contra las medidas cautelares decretadas (devolutivo).

Con el fin de presentar someramente las dificultades que esta nueva redacción agrega, cabe examinar las siguientes hipótesis:

a) Si se rechaza la medida cautelar pedida, el actor podrá interponer, o bien el recurso de revocatoria por ante el mismo juez que desestimó la medida, o bien el de apelación, por ante la correspondiente Cámara de Apelaciones.

b) Si se hace lugar a la medida, será de aplicación el art. 195 *bis*, por lo cual el Estado nacional o demás entes citados en la norma podrán interponer recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con efecto suspensivo.

c) De hacerse lugar parcialmente a la medida cautelar (ya sea porque no se la otorga con la extensión debida o en la forma pretendida, o porque se impone una contracautela que la actora entiende impropia) el decisorio será apelable por la actora, dentro del término de cinco días, ante la Cámara correspondiente y por la demandada (a quien obviamente le causa un perjuicio), sin plazo cierto y por presentación directa ante la Corte.

Resulta claro entonces que en esta tercera hipótesis no se advierte, *prima facie*, cómo se resolverá el conflicto que surge de manera tan flagrante.

d) Si la medida cautelar es admitida, ¿el nuevo art. 195 *bis* impide al Estado nacional o demás entes citados en la norma interponer el recurso de revocatoria o el de apelación por ante la Cámara?

Entendemos que la respuesta es negativa, es decir, que se podrán interponer tales recursos sin que pueda entenderse válidamente que el art. 195 *bis* deroga para la hipótesis en él prevista la apelación por ante la Cámara respectiva y la revocatoria por ante el propio juez que dictó la medida.

Esta opinión no deja de suscitar una nueva complicación: ¿en tal caso, el recurso de apelación deberá otorgarse con efecto devolutivo o con efecto suspensivo?

Creemos firmemente que esta nueva legislación de emergencia resta seguridad jurídica y coherencia al sistema, introduciendo un nuevo recurso, recargando de tareas a nuestro Máximo Tribunal y creando una desigualdad de tratamiento entre las partes, en la medida que los jueces se pronuncien en contra o a favor de los derechos de los particulares frente a la Autoridad Pública.

### c) Decreto 214/02

Con esta norma de fecha 3 de febrero de 2002, el Poder Ejecutivo Nacional vuelve, en una actitud de verdadera obstinación, con base en la situación de emergencia que atraviesa el país, a impedir a los particulares el ejercicio de las acciones que les son propias, y a los jueces el ejercicio de sus funciones, desconociendo los derechos y garantías constitucionales e invadiendo las áreas propias de otro de los poderes del Estado.

En efecto, el art. 12 del citado decreto expresa textualmente: “A partir del dictado del presente decreto, se suspenden por el plazo de ciento ochenta días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decr. 71/02, el presente decreto, las resoluciones del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias”<sup>16</sup>.

No cabe aquí sino reiterar sucintamente lo expuesto más arriba en el sentido en que, con normas como la transcripta, la tutela judicial efectiva se ve gravemente alterada y se desnaturaliza (por su suspensión) el valor de las medidas cautelares o preventivas.

<sup>16</sup> BO, 4/2/2002, p. 2.

#### IV. EL INTERÉS PÚBLICO

Por el art. 13 de la ley, se requiere, entre diversos requisitos: “d) la no afectación del interés público”.

Sobre el punto, escribía o escribo, ya que los tiempos se confunden, lo siguiente:

Es jurisprudencia mayoritaria que, en materia de medidas precautorias, debe procederse con criterio amplio para evitar la frustración de los derechos de los particulares y el dictado de pronunciamientos que al fin resulten inoficiosos o de improbable cumplimiento. El posible peligro de medidas precautorias pedidas abusivamente no puede erigirse en un fantasma para negar las que sí son procedentes. Cuando el peticionante exceda el límite del ejercicio del derecho de obtener la medida en cuestión, quien la sufra tendrá la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que tal abuso le ocasionara (art. 208, CPCCN), o de resarcirse con la contracautela. Por ello, es preferible un exceso y no lo contrario. En cambio, 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<sup>17</sup>.

##### a) *Facultades del juez*

En efecto, el órgano jurisdiccional tiene facultades como para disponer la medida cautelar que mejor se adecue al derecho que se intenta proteger. Las facultades son amplias y le permiten apartarse de lo pedido por la parte, aun sin oposición de su contraria, que no tiene ocasión de exteriorizarse cuando se pide la medida. Cesa la facultad del juez cuando la medida ya ha sido cumplida y notificada, en cuyo caso incumbe a la parte afectada procurar la correspondiente sustitución<sup>18</sup>.

##### b) *Criterio de admisibilidad*

El criterio con el cual deben considerarse estas medidas ha sufrido una evolución concordante con la sufrida también por el criterio con el cual se

<sup>17</sup> SANTIAGO C. FASSI y CÉSAR D. Yáñez, *Código Procesal Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1989, T. II, p. 44.

<sup>18</sup> OSCAR SERANTES PEÑA y JAVIER CLAVEL BORRAS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Ethos, Buenos Aires, 1963, nota al art. 204.

miden los fines genéricos del Derecho Procesal. Así, mientras se hacían prevalecer los intereses privados que tendían principalmente a obtener la satisfacción de una situación jurídica, mediante una sentencia favorable a un interés particular, que involucraba una concepción privatista del proceso, se afirmaba que las medidas de seguridad eran de interpretación restrictiva, porque inmovilizaban o dificultaban la libre disposición de los bienes, con lo cual les acordaban carácter excepcional. Pero a medida que han comenzado a prevalecer los intereses públicos y sociales del Derecho Procesal, en cuanto tienen en cuenta el interés del Estado por mantener el imperio del derecho objetivo, y el de la comunidad por la composición justa del litigio, el criterio interpretativo se orienta hacia un criterio amplio de admisibilidad, estableciendo en compensación una mayor contracautela. De esta forma, se garantiza no solamente el interés individual, sino también la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional a fin de impedir que se puedan hacer ilusorios los mandatos judiciales<sup>19</sup>.

### *c) Poder cautelar general y discrecionalidad*

En consonancia con el principio valorativo antes indicado, se menciona el llamado “poder cautelar general”, al que se considera como la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas provisionales que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios. Estamos en presencia de una norma casi en blanco. Este vastísimo poder tiene naturaleza discrecional.

Sin embargo, discrecionalidad no es arbitrariedad. Es solamente libertad de elección o de determinación, dentro de los límites de la ley. Se corresponde esta facultad con la inevitable existencia de lagunas dentro del orden jurídico, porque la ley, por su necesaria abstracción y generalidad, se ve a menudo imposibilitada de determinar las reglas de conducta para las peculiaridades infinitas de los casos concretos. Aquí, el juez debe ser verdaderamente juez, y la metodología a emplear no puede reducirse al viejo silogismo (premisa mayor: la ley; premisa menor: las circunstancias de hecho; conclusión: la decisión). Por el contrario, tratará de hacer posible la adaptación del derecho al problema concreto. Debe valorar independientemente, porque el legislador se ha confesado impotente para prever todas las facetas de la realidad.

El poder cautelar general 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 deter-

<sup>19</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *Instituciones de derecho procesal civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1968/1972, T. I, ps. 148 y siguientes.

minación legal, con arreglo a su leal saber y entender. No es, por lo tanto, una discrecionalidad arbitraria sino una discrecionalidad técnica. Hay una conocida máxima, recogida en algunas legislaciones procesales, que señala que cuando la ley dice “el juez puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio a la justicia. En esencia, se trata, pues, de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia<sup>20</sup>.

#### *d) El interés público. Concepto*

Se ha dicho que la voz “interés” expresa la existencia de un valor o estimación valorativa y, al mismo tiempo, de un provecho, valor, utilidad, o importancia, que tiene una cosa o un bien determinado; una conveniencia o necesidad en el orden moral o material, para una persona o grupo de personas que, en el supuesto en examen, queda mejor determinado con el agregado del vocablo “público”, es decir, del pueblo, de los vecinos, de la comunidad.

El interés público no es un concepto carente de contenido concreto; por el contrario, tal contenido debe ser reconocible y determinable, consistiendo en una cosa o un bien que es perceptible para cualquier componente de la sociedad. Por ello, el interés público no puede ser algo abstracto, o como dijera GORDILLO, no puede entenderse como una estela de bienestar que se esparce insensiblemente entre el pueblo, como una noción mágica que implica todo lo bueno y mejor; ni tampoco el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa, un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable.

El contenido concreto del interés público puede ser tan variado y diferente como el que es propio de cualquier interés particular o privado. Dependerá de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales y, en general, culturales, reinantes en un país o en un lugar determinados, en un tiempo dado. Por eso mismo, el contenido concreto del interés público no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones y de las costumbres que le han dado origen.

Así, ESCOLA ha definido al interés público como “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual

<sup>20</sup> EDUARDO N. DE LÁZZARI, *Las medidas cautelares en el procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires*, JA, T. 1989-IV, ps. 784 y siguientes.

o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos. Esta es una noción conceptual exenta de todo contenido y con pureza de método, es decir, una idea objetiva, válida en todo sistema semejante al que nos rige, en todo lugar y en todo momento”<sup>21</sup>.

Como se ha expresado, la definición propuesta es una noción formal, por lo que tiene una validez general. Resulta de importancia, entonces, determinar cuál es el contenido que, entre nosotros, tiene hoy el concepto de interés público. El mismo debe buscarse en el Preámbulo de nuestra Constitución nacional, donde se han enumerado los grandes objetivos que, con su establecimiento, se han querido conseguir, los cuales constituyen otras tantas finalidades, cuyo logro interesa a todos y cada uno de los componentes de nuestra comunidad, o, por lo menos, a una inmensa mayoría de ellos. Tales objetivos son: *a)* constituir la unión nacional; *b)* afianzar la justicia; *c)* consolidar la paz interior; *d)* proveer la defensa común, y *e)* asegurar los beneficios de la libertad.

Ningún interés individual puede ser contrario a la satisfacción de tales objetivos. Las finalidades señaladas constituyen la más alta escala, el grado más elevado posible de intereses públicos, a los que deben subordinarse cualesquiera otros posibles intereses públicos, que aparecerán siempre como resultado o consecuencia de ellos. Cualquier interés público de gradación inferior puede ser subsumido en otros de mayor gradación, y así sucesivamente, hasta arribarse a los grandes objetivos proclamados por el Preámbulo de nuestra Constitución nacional.

#### *e) El interés público como causa y medida de la actividad cautelar*

De lo expuesto, puede concluirse entonces que el interés público cumple una doble función o finalidad.

Por un lado, es la razón de la administración de justicia en general, 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.

Por otra parte, se podría afirmar que el interés público constituye también la medida y el límite con que las medidas 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.

<sup>21</sup> HÉCTOR J. ESCOLA, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 216 y siguientes.

En síntesis, dependerá del prudente y equitativo arbitrio, el adecuado raciocinio, la indudable sabiduría, la vívida experiencia y la conciencia del juez, el logro del justo equilibrio con que ha de administrarse justicia, y –por ende– la medida exacta y dentro de los razonables límites con que han de ser concedidas las medidas cautelares, para así llegar a alcanzar los grandes fines que nuestra Nación se ha propuesto, para sí misma y para todos sus integrantes, plasmados en el Preámbulo de la Constitución nacional. Sólo así podrá lograrse tan alto y noble objetivo como es el de ‘afianzar la justicia’.

## V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Aquí nuevamente los tiempos se confunden y vuelvo a pecar de auto-referencial. Pero no puedo menos que hacer mención de diversos fallos de la Sala V de la CNACAF, que integro, que determinaron que es contrario al principio de división de poderes, el cercenamiento por parte del Poder Legislativo de facultades propias de otro poder, como es el Poder Judicial.

Es claro que, así expresado, el inmiscuirse uno de los poderes del Estado en las áreas propias del otro, destruye el sistema republicano de gobierno que instaura nuestra ley máxima.

Así, por ejemplo en la causa “Barrientos, Germán César c/ PEN-decr. 1570/01 – Ley 25.561- decr. 214/02 s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 26/8/2002, se resolvió: “Que sin perjuicio de lo hasta aquí analizado, resulta que se opone a la procedencia de la efectividad de lo resuelto por el a quo la ley 25.587 cuya inconstitucionalidad aduce la actora. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que a los otros poderes del Estado no se les ha conferido atribuciones para modificar las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial (Fallos 324:1177, cons. 21). Que, ello así, la norma en cuestión afecta las funciones esenciales de uno de los poderes del Estado cuya división constituye el basamento del sistema republicano de Gobierno. Se encuentra en el ámbito de la apreciación discrecional del juez en cada caso, según los requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, determinar el alcance de la medida precautoria que otorgará y ello no puede ser objeto de una injerencia limitante tal como lo dispone la ley 25.587, al circunscribir la admisibilidad a una prohibición de innovar que en muchos casos bajo análisis puede no reunir los requisitos de idoneidad asegurativos suficientes en el cumplimiento de la sentencia. Es claro que tal norma no es sino una consecuencia directa e inmediata de la aplicación, en el caso concreto, de la indisponibilidad de los depósitos consagrada por la normativa cuya invalidez constitucional fuera declarada –en

bloque— en el precedente ya citado del 7 de agosto del corriente año. Siendo ello así, la ley 25.587 no es sino un accesorio instrumental de aquel bloque legislativo. Y por aplicación lógica del principio jurídico que afirma que: ‘Lo accesorio sigue la suerte de lo principal’, no puede sino predicarse de la ley en cuestión igual inconstitucionalidad que la resuelta respecto del decr. 1570/01, de la ley 25.561 y del decr. 214/02; y concluir entonces que la ley 25.587 (específicamente los arts. 1, 2, 3, 4 y 6) no pueden impedir la confirmación de la medida cautelar decretada; la que un imperativo superior de justicia ordena salvaguardar”.

En sentido similar, fue resuelto en las causas “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN-PEN Decrs. 1570/01 y 1606/01 s/ Amparo Ley 16.986” y “Defensor del Pueblo del a Nación – Inc. Decr. 1316/202 c/ EN-PEN-dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 13/9/2002; “Olivera Medinacely Gonzalo c/ EN LEY 25.561 –Dtos. 1570/01 y 214/02 s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 7/5/2003; “Fargosi Alejandro Eduardo c/ EN-PEN-Ley 26.855 s/ Proceso de conocimiento”, sentencia del 5/6/2013; “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ EN-PEN-Ley 26.855 s/ Proceso de conocimiento”, sentencia del 5/6/2013; entre otros.

## VI. CONCLUSIÓN

El análisis somero que he efectuado tiene la virtualidad de lo intemporal, desde que se podría decir que ha sido escrito en el año 2013 o en el año 2001 y que lo predicable en cualquiera de esos años se ajusta a lo que una década después vuelve a renacer como novedad. Por algo el autor de *Il Gattopardo*<sup>22</sup> dice que algo debe cambiar para que todo siga igual.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, abril de 2002.
- “La ley de emergencia económica-financiera 25.344. Diversos aspectos procesales de la misma”, ED, T. 191, ps. 729 a 740.
  - “Las medidas cautelares contra la Administración nacional (principios jurisprudenciales)”, LL, T. 1996-B, ps. 1052 a 1060.

<sup>22</sup> GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA.

# ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -  
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -  
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -  
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -  
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -  
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -  
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -  
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -  
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -  
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -  
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -  
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -  
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -  
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -  
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Diciembre de 2013*

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

## **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