

ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

por RUBÉN ANTONIO PEREYRA

I.- Introducción.

La creación de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires constituye una necesaria consecuencia de la autonomía declarada a favor de ésta por el artículo 129 de la Constitución Nacional, en el cuál se dispone que el gobierno local contará con facultades propias de legislación y jurisdicción.

En dicho marco, la creación del Poder Judicial ha determinado la necesidad de establecer no sólo las autoridades encargadas de cumplir con la función judicial, sino también el dictado de los instrumentos legales pertinentes a fin de posibilitar la efectiva realización del precepto constitucional.

La consecuencia inmediata de la implementación de una estructura jurisdiccional en el ámbito local resultó la creación de un fuero específico que permitiera decidir las cuestiones controversiales que pudieren suscitarse entre los particulares y la Ciudad de Buenos Aires como persona jurídica de derecho público.

Por lo demás, la creación del fuero contencioso administrativo -ya que éste fue el instaurado para asumir la competencia en las causas en que la ciudad fuera parte- determinaba la correlativa exigencia de establecer la norma que habría de regir el proceso judicial que debería cumplirse en el fuero.

Con acierto, el legislador local creó un código de procedimientos en la materia, al que designó "Código Contencioso Administrativo y Tributario", aprobado por ley N° 189; supliendo de tal modo una carencia que, desde muy antiguo, se verifica en el fuero contencioso administrativo federal, donde se aplica el Código Procesal Civil y Comercial para la sustanciación de las causas contenciosas de derecho administrativo.

El establecimiento de un código específico ha permitido abordar con autonomía los institutos propios del derecho administrativo, así como legislar en materia de medidas cautelares, contemplando la especificidad de esta rama del derecho y regulando las diversas decisiones precautorias con los alcances propios

del fuero al que se encuentran destinadas. En este sentido, corresponde señalar que la norma adjetiva ha venido a reglamentar las condiciones y circunstancias en que puede conferirse judicialmente la tutela de los derechos litigiosos mediante una decisión precautoria típica del derecho administrativo como lo es la suspensión de los efectos del hecho, acto o contrato administrativos (artículo 189 C.C.A.y T.).

En el presente trabajo intentamos hacer un somero análisis de la normativa cautelar vigente en el orden local y señalar algunas observaciones que consideramos pertinentes para la plena eficacia del plexo específico cuya aplicación nos apresuramos a señalar como perfectible, en orden a la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva consagrado en la constitución de la ciudad.

II.- Concepto de medida cautelar en el derecho procesal.

Las medidas cautelares poseen una particular función consistente en asegurar el resultado de un proceso diferente, esto es, garantizar la practicidad del proceso definitivo. Y en tal sentido existe concordancia, en cuanto a dicha finalidad, tanto entre quienes, como Calamandrei, las consideran como subsidiarias o, quienes han mencionado la autonomía de estas medidas, bien al interpretarlas como accesorias del derecho garantizado “porque existe como poder actual, cuando todavía no se sabe si el derecho existe” (Chiovenda); ya al clasificar “al proceso cautelar autónomo” del dependiente (Carnelutti) o bien al referirse a la “acción cautelar autónoma” (Liebman).¹

Víctor Fairen, por su parte, indica que el proceso cautelar se halla al servicio del proceso declarativo y del ejecutivo, buscando facilitar el desarrollo normal de los mismos. Refiere -además- que al no desarrollarse en un lapso de tiempo muy cortó dichos procesos, aparece el peligro de que las personas o cosas, sujeto material, sufran daños o incluso desaparezcan².

¹ Calamandrei, Piero: “Instituciones de derecho procesal civil”, tr. S. Sentis Melendo, Bs. As. Ejea, 1962 T I, págs. 157 y 158. Chiovenda, Giuseppe: “Instituciones de derecho procesal civil”, tr. H. Gómez Orbaneja, Madrid, Revista del Derecho Privado, 1936-1040, T. I, p. 280, Carnelutti, Francesco: “Sistema de derecho procesal civil”, tr. N. Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentis Melendo, Bs. As., Uteha, 1944, T I, P. 251; Liebman, Enrico T. “Manual de derecho procesal civil”, tr. S. Sentis Melendo, Bs. As., Ejea, 1980, p. 161.

² Fairen Guillen, Víctor: “Doctrina General del Derecho Procesal”, Librería Bosch, Barcelona España, 1990 Pág. 46 - 47.

En este campo, Montero Redondo refiere que las medidas de cautela, no se deben considerar continuación de la actividad declarativa o ejecutiva. Se integran como actividades paralelas al proceso principal en que se desarrollan y están relacionadas con él, pero no son su complemento, sino sencillamente, el instrumento previsto para garantizar sus resultados.³

Podemos decir, en consecuencia, que se entiende como tales a las medidas que el legislador ha previsto con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho. Sin embargo, modernamente no puede obviarse que lo que se persigue con las medidas cautelares no es tanto la seguridad como valor supremo del proceso sino, más bien, conseguir que la tutela jurisdiccional sea efectiva.

Puede decirse, entonces, que la medida cautelar tiene dos fines, uno concreto, que es asegurar el cumplimiento del fallo definitivo a pronunciarse en la causa en un momento futuro y; otro más abstracto, que es lograr el fortalecimiento de la confianza social en la función de la justicia.

En concordancia con esta finalidad de carácter más amplio que lo vinculado con el desarrollo del proceso en particular (aunque estrictamente ligada a sus contingencias), hállese la afirmación de García de Enterría, quién ha sostenido que: "no hay posibilidad de impartir a los ciudadanos tutela judicial efectiva si, en ciertas circunstancias, por lo demás nada excepcionales, no se utilizasen medidas cautelares, antes o durante el proceso, para asegurar que la futura sentencia de fondo no quede frustrada en sus efectos prácticos".⁴

Hasta acá hemos empleado la expresión "medida", teniendo por comprendido el sentido de dicho vocablo, aunque no resulta ocioso recordar que al mismo se lo ha definido como prevención o disposición que, en estas circunstancias, se adopta en el marco de un proceso judicial.

³ Montero Redondo, Alberto: "Derecho Jurisdiccional", parte general tomo I. J.M. Bosch editor Sociedad Anónima, Varios Autores, 1994, Pág. 417.

⁴ García de Enterría, Eduardo: "Reflexiones sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo"; en su obra "La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español", 2º edición, S.L.Civitas Ediciones, Madrid, 1995, página 311.

Tras la precisión señalada cabe mencionar que, si bien el estudio de las medidas cautelares ha caracterizado a la escuela procesalista italiana que se desarrollara a partir de la primera mitad del Siglo XX, en los años más recientes se ha producido una trascendente evolución, tanto en su concepción, cuanto en sus alcances y caracteres. En efecto estas providencias han ido transformándose progresivamente, acentuando su carácter de decisión urgente que viene a resguardar -y, en ciertos casos, a permitir su goce actual- el derecho sustancial cuya afectación determina la promoción del proceso judicial. Y en tal sentido, actualmente ha llegado a admitírselas aún con un objeto coincidente con el del proceso principal.

Concordantemente, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha expresado que “lo que se persigue en los procesos urgentes como adecuación a los reclamos actuales, no es tanto asegurar la seguridad como valor supremo del proceso sino mas bien conseguir que la tutela jurisdiccional sea efectiva, por lo tanto, cualquier adelantamiento en la satisfacción de la pretensión no puede juzgarse como “prejuzgamiento” sobre el fondo, ya que al momento de dictarla lo que se ha tenido en cuenta es evitar un perjuicio irreparable para quien la pide, aún cuando ello implique correr riesgos”⁵

La cuestión encuentra correlato práctico en las normas de procedimiento, habida cuenta que para concederse las medidas cautelares se exige que los requisitos se examinen y se fijen en orden a un conocimiento judicial sumario y abreviado, ya que pretender lo contrario significaría asimilar su trámite al propio proceso declarativo o ejecutivo que se persigue tutelar con ellas.

En consecuencia, las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas sino que están ineludiblemente preordenadas a una ulterior providencia definitiva, a cuyo servicio nacen, con el objeto de preparar el terreno y afrontar los medios más aptos para su éxito. Así, las medidas precautorias tienden a asegurar el eventual pronunciamiento de una sentencia favorable a la pretensión, lo que determina su carácter instrumental.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala 2ª. 1999/09/23 (LL – B.A., 1999-1163).

III.- Requisitos para la provisión de medidas cautelares.

Dentro de los ordenamientos legislativos cabe distinguir dos sistemas, a efectos de la admisión de las medidas cautelares: A) el que determina los requisitos a cumplirse para decretarlas, o bien, B) el que otorga amplias facultades al tribunal a los fines de su procedencia cuando las estime idóneas para su fin.⁶

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.), como en la mayoría de los códigos provinciales de procedimientos en materia civil y comercial, se adopta el primero de los sistemas indicados. Así encontramos que en el C.P.C.C.N. se exige acreditar “verosimilitud del derecho y el peligro en la demora”, para admitir la procedencia de la medida de embargo preventivo (artículo 210, inciso 1º). Igualmente procede el secuestro de bienes muebles o semovientes objeto del juicio cuando se presenten instrumentos que hagan “verosímil el derecho” cuya efectividad se quiere garantizar (artículo 221).

En el ordenamiento establecido por el C.P.C.C.N., se establece que podrá decretarse la prohibición de innovar, siempre que “el derecho fuere verosímil”, existiere el “peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho la modificación pudiera influir en la sentencia” (artículo 230, incisos 1º y 2º). Por fin, para decretar medidas genéricas, es necesario que las requiera “quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable” (lo que, importa acreditar el peligro en la demora, artículo 232).

Puede advertirse que -en los casos citados- y con respecto a cada una de las distintas medidas precautorias, esto es con carácter particular, no general, aparecen dos requisitos: a) verosimilitud del derecho (*fumus boni juris*) y b) peligro en la demora (*periculum in mora*). Los mismos -como queda expuesto- no se expresan entre los principios generales de las medidas cautelares a que se refiere

⁶ Fenochietto, Carlos Eduardo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”, Editorial Astrea, Bs. As., 1999, T I, pág. 701.

la Sección 1 del Capítulo III del C.P.C.C.N., aunque la doctrina no ha dudado en considerarlos requisitos generales y comunes a todas las medidas precautorias.⁷

De tal forma, en nuestro ordenamiento adjetivo nacional, para el proceso civil y comercial, se advierte el establecimiento -en relación con diversas variedades de las medidas cautelares- de la exigencia de verificar la existencia de los recaudos mencionados precedentemente; los que pueden considerarse -respecto de dichas cautelares- como verdaderos requisitos de admisibilidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han elevado a la categoría de principios generales la exigencia del *fumus boni iuris*, por una parte, y del *periculum in mora*, por otra; reclamándose de los jueces que se efectúe el cotejo de ambos recaudos al tiempo de conceder o denegar una medida precautoria, bien que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales ha llevado a considerar una correlación entre ambos, de manera que, a mayor trascendencia de alguno de ellos, mayor laxitud en la apreciación del otro.

Sin embargo, resulta menester señalar que tal teorización puede admitirse en tanto se trate de ordenamientos legislativos que establezcan el sistema de determinación legal de los requisitos exigidos para decretar medidas cautelares (como ocurre con el C.P.C.C.N. conforme quedara expresado), aunque no podrá predicarse este criterio, cuando el ordenamiento legislativo otorgue amplias facultades a los tribunales a los fines de establecer las condiciones y circunstancias de su procedencia.

Cierto es que hállese en la esencia de la medida precautoria la posibilidad de prevenir una eventual ineficacia o imposibilidad de cumplimiento de la sentencia de mérito, para lo cuál resulta necesario producir, de algún modo, el adelantamiento del objeto pretendido. Y no parece aceptable que tal acercamiento en el tiempo, y/o mantenimiento de las condiciones de viabilidad del objeto a través del proceso, pueda verificarse sin reconocer una mínima apariencia de derecho en la pretensión articulada.

⁷ Fenochietto, Carlos Eduardo, Op. cit., T I, pág. 701; de Lázzari, Eduardo N.: “Medidas Cautelares”, Librería Editora Plantense S.R.L., Avellaneda, 1997, T I, p. 23 y 30; Palacio, Lino E.: “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1973, T II, Pág. 272.

Pero esta última afirmación no produce, de suyo, la convalidación de aplicar, con carácter de principio o requisito general, la verificación de los dos recaudos “supra” mencionados, en el sistema en que las normas legales dejan abierta la posibilidad de que sea el arbitrio judicial quién determine la procedencia de las medidas cautelares, cuando las estimare idóneas para el fin requerido.

Mas, aún en este sistema, no cabe duda que aquellos parámetros podrán orientar el silogismo que necesariamente deba efectuar el juzgador en el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley -ciertamente más amplias y modulables que las resultantes del otro sistema-, aunque nunca debieran operar con el carácter excluyente o inflexible, que se exige cuando los requisitos de procedibilidad se hallan legalmente establecidos.

Decidir, pues, con estricta observancia de los criterios establecidos como requisitos de admisibilidad o, simplemente, con la orientación de los parámetros que aquéllos brindan, dependerá del sistema que el ordenamiento legal haya decidido adoptar.

IV.- La regulación de las medidas cautelares en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El código procesal administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (también llamado Código Contencioso Administrativo y Tributario, C.C.A. y T., aprobado por Ley local N° 189), en el Título V, tras fijar los principios generales a que deben ajustarse, establece diferentes medidas cautelares, a saber: a) suspensión de ejecución de acto administrativo, b) embargo preventivo, c) secuestro, d) intervención judicial y, e) inhibición general de bienes y anotación de la litis.

Corresponde señalar que esta regulación posee una estructura interna particular en la que puede advertirse una marcada diferencia con el sistema cautelar aplicable en el orden nacional para el procedimiento en materia civil y comercial, al cuál tomamos como referencia obligada, habida cuenta que la inexistencia -en el ordenamiento federal- de un código procesal administrativo, ha

determinado la aplicación de aquél a todos los procesos ante los tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal.

No escapa a ningún observador que la ley de rito de la ciudad de Buenos Aires, en cuanto a su estructura y organización, sigue un esquema normativo muy similar al establecido en el ritual civil y comercial federal lo que, en algunos casos, ha llevado a considerarla sucedánea de éste. Sin embargo, el analista riguroso advierte claras diferencias en diversos institutos⁸ que constituyen no sólo reparos modales, sino específicas regulaciones en las cuáles el legislador local ha venido a marcar una impronta propia, acorde con la actitud de diseñar un instrumento normativo particular que cubre la laguna del procedimiento federal.

El ordenamiento cautelar no hace más que ratificar la peculiaridad del régimen estableciéndose una organización sistémica que importa un claro y definitivo apartamiento de la normativa federal, cuyos principales caracteres pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1) Se regula la suspensión de los efectos del acto administrativo, bajo la denominación de “suspensión de ejecución de acto administrativo”, medida que resulta ser propia del proceso contencioso administrativo; estableciéndose allí su procedencia, trámite y requisitos, (aspectos que serán abordados “infra”), más no se mencionan -en forma expresa- los requisitos del *fumus* y *periculum*.

2) Elimina uno de los requisitos del régimen cautelar federal, cual es la contracautela, al suprimir toda regulación equivalente a la contenida en los artículos 199, 200 y 201 del C.P.C.C.N. Tan sólo se conserva una referencia a la contracautela en el inciso 4º del artículo 207 “disposiciones comunes a toda clase de intervención”, en el capítulo referido a la medida de intervención judicial; aunque ello no hace más que ratificar el sistema diferenciado que adopta el código local.

3) En cuanto a su objeto, el artículo 177, equivalente al artículo 232 del C.P.C.C.N. -estableciendo una distinción con este último- admite:

a) medidas cautelares de contenido positivo;

⁸ Tales los casos de la regulación del principio “solve et repete”, la regulación particular del recurso de aclaratoria, la determinación de la competencia contencioso administrativa, o la previsión relativa a la representación de las autoridades administrativas en juicio; por mencionar sólo algunos.

b) coincidencia entre la pretensión cautelar y el objeto sustancial de la acción promovida; y

c) la posibilidad de solicitar providencias urgentes, de carácter precautorio, aún cuando no estuvieren expresamente reguladas en el Código.

4) En líneas generales no se hace mención a los requisitos establecidos en el C.P.C.C.N. de verosimilitud del derecho o peligro en la demora. Sólo al primero de ambos se lo contempla en dos medidas en particular; en cuanto a la procedencia del secuestro de bienes muebles o semovientes (artículo 203) y en la anotación de la litis (artículo 211). En tanto nunca se exige peligro en la demora como recaudo para el otorgamiento de las cautelares reguladas.

5) Finalmente, no se contempla la medida “Prohibición de innovar” (artículo 230 del C.P.C.C.N.), en cuya regulación normativa se establecen expresamente los dos requisitos señalados en el párrafo precedente.

V.- La acentuación de las diferencias a través de la regulación normativa de cada una de las medidas previstas.

Lo expresado precedentemente, en cuanto a haberse adoptado un esquema cautelar diferenciado del ordenamiento nacional, adquiere mayor relevancia cuando se atiende a las diversas medidas cautelares contempladas en la norma adjetiva. En efecto, a la señalada consagración normativa de la suspensión de los efectos de hechos, actos o contratos administrativos, que constituye la cautela administrativa por antonomasia y que conforma el primero de los caracteres distintivos señalados, cabe agregar las peculiaridades que resultan del análisis particular de algunas de las medidas reguladas en la norma.

Aunque ya se ha hecho referencia al plexo de providencias admitidas por la ley, no parece ocioso recordar, como previo, que el ordenamiento local ha suprimido la prohibición de innovar y prohibición de contratar, así como la protección de personas, reguladas en las secciones 6º y 8º del Capítulo III “Medidas Cautelares” del C.P.C.C.N.

En cuanto a las medidas legisladas, la que se aparta en forma más notoria del texto federal es la regulada en el Capítulo III (local) bajo el título “Embargo

Preventivo”. Y este contundente apartamiento no hace sino ratificar que se trata de un ordenamiento caracterizado por su especialidad e identidad, habida cuenta que, tal como lo establece el C.P.C.C.N., lo dispuesto en el capítulo, respecto del embargo preventivo, se aplica a las demás medidas cautelares en lo pertinente.⁹

El artículo 191 del Código Contencioso Administrativo y Tributario establece la procedencia del embargo preventivo y, si bien puede considerarse equivalente al artículo 209 del C.P.C.C.N., suprime los incisos 3º y 4º de éste, en tanto que se agrega una frase al inciso 2º del texto original¹⁰. Lo cierto es que, en ninguno de los incisos se menciona como requisito, que el derecho resulte verosímil, antes bien, en ellos se contemplan situaciones de verdadera certeza de su existencia.

Por otra parte, no existe en el código local un artículo equivalente al segundo referido al embargo preventivo, esto es el 210 (C.P.C.C.N.), en cuyo inciso 1º se hace expresa referencia a los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. La inexistencia de un texto equivalente importa -asimismo- la correlativa inexistencia de su inciso 4º, en el cuál se establece la necesidad de presentar documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.¹¹

Tampoco existe en el ritual de la ciudad un texto equivalente al artículo 211 del C.P.C.C.N., que reza: “Cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil el adquirente podrá solicitar el embargo del bien objeto de aquél”.

Pero no se agota allí la diferencia, habida cuenta que tampoco existe un texto local que reitere el artículo 212, inciso 2º del C.P.C.C.N., donde se establece:

⁹ Art. 233.- “Lo dispuesto en este capítulo respecto del embargo preventivo es aplicable al embargo ejecutivo, al ejecutorio, y a las demás medidas cautelares, en lo pertinente.”

¹⁰ Se agrega al final del inciso 2º del artículo 191, tras la palabra testigos, la siguiente frase: “o por acto administrativo emanado de autoridad administrativa”.

¹¹ Art. 210.- “Podrán igualmente pedir el embargo preventivo: 1) El coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio, o de la sociedad, si acrediten la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora...4) La persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida”.

“Además de los supuestos contemplados en los artículos anteriores, durante el proceso podrá decretarse el embargo preventivo:...2) Siempre que por confesión expresa o ficta derivada de la incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones, o en el caso del artículo 356, inciso 1, resultare verosímil el derecho alegado.”

Por otra parte, los artículos 199, 200 y 201 del C.C.A. y T. introducen algunas reglas que se corresponden con lo regulado en los artículos 533, 535, 536 y 538 del C.P.C.C.N., en lo relativo al embargo ejecutivo.

Ello explica por qué, al final del artículo 191 del C.C.A. y T., se ha agregado el texto del artículo 233 del C.P.C.C.N., lo que viene a significar que todo lo dispuesto en materia de embargo resulte aplicable, en lo pertinente, también al resto de las medidas cautelares. Claro que, en estas circunstancias, no podrá sino interpretarse que la falta de exigencia -en materia de embargo preventivo- de los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora será extensiva a todas las demás medidas, salvo que se establecieren, en forma específica, en alguna de ellas. Y, en este último sentido, la exigencia de que el derecho resulte verosímil, sólo aparece respecto del secuestro, en el artículo 203, y en la anotación de la litis, artículo 211 (ambos del C.C.A. y T.).

Consecuencia de lo dicho resulta que, desde este punto de vista, no se pueda adscribir a la postura que sostiene la estricta aplicación de los requisitos generales, legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente exigidos en el procedimiento de derecho común. Ello en virtud de entender, tras un análisis profundo del sistema procesal administrativo, que el mismo ofrece una mayor amplitud de facultades al juzgador, a la hora de determinar la procedencia de las medidas precautorias y que, por lo tanto, estas se hallan reguladas de manera diversa a como se han legislado en el ordenamiento procesal civil y comercial de la Nación.

La afirmación precedente acarrea una consecuencia de trascendental importancia para la interpretación del sistema procesal vigente en el proceso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires: su adscripción inocultable a un sistema que conlleva un cúmulo de facultades de valoración y apreciación que se

conceden a los jueces a la hora de tener que proveer medidas cautelares, cuya esencia radica en el reconocimiento del arbitrio judicial para el otorgamiento de tales precautorias, en sustitución de la enunciación rígida de los requisitos de admisibilidad de las mismas.

Aparece, entonces, palmariamente notoria la intención del legislador de construir un sistema cautelar específico diferenciado del aplicable al proceso contencioso administrativo federal. Y no cabe, en la especie, la referencia a omisiones u olvidos, ya que no puede predicarse un sistema interpretativo que partiera de sostener la torpeza del legislador.

VI.- La suspensión de ejecución de acto administrativo.

Para el cumplimiento de sus fines la administración dicta actos cuya validez se halla condicionada por el ordenamiento jurídico al cumplimiento de determinados requisitos. Estos son: a) la competencia, b) la causa, c) objeto d) procedimiento, e) motivación, f) finalidad y g) forma.

Los actos poseen además dos características trascendentes cuales son la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad o fuerza ejecutoria. Tanto aquellos requisitos como estos caracteres resultan impuestos por las respectivas leyes que rigen el procedimiento administrativo, sea en el orden nacional cuanto en el local. Esas normas diseñan un sistema en el que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, lo que simplemente significa que se consideran válidos desde su origen y hasta tanto su nulidad haya sido judicialmente declarada.

Por otra parte, la administración se halla facultada para ponerlos en práctica por sus propios medios, sin que los recursos que interpongan los administrados puedan suspender su ejecución, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.¹²

Desde el punto de vista práctico este sistema posee una trascendencia inocultable ya que dictado un acto, el particular deberá soportar su ejecución sin que, en principio, ninguna de sus objeciones pueda impedirlo. En este esquema, el

¹² Artículo 12, Decreto Ley N° 1510/97 y artículo 12, Ley Nacional N° 19.549.

mecanismo que la legislación establece para detener la intervención estatal cuando se cuestiona judicialmente la validez de sus actos, se halla constituido por las medidas cautelares que asumen, generalmente, la forma de suspensión de los efectos del acto administrativo.

El principio del debido proceso que nace de la Constitución Nacional (artículo 18), comprende la garantía de la suspensión del acto administrativo impugnado en juicio, en cuanto esta medida tiende a asegurar la eficacia del resultado del proceso; siendo éste el fundamento por el cuál, sobre la base del régimen exorbitante del derecho administrativo, se confiere esta garantía frente a la prerrogativa de la decisión ejecutoria de la administración.

En este tema es importante comprender que la acción procesal administrativa -al contrario de lo que ocurre con la acción civil cuya contienda típicamente privada limita los efectos, que de la misma puedan derivarse, a los particulares contendientes- opera sobre una actuación previa de la administración, canalizada y regida por normas de derecho administrativo, y cuyas consecuencias se proyectan hacia la esfera pública de modo impersonal.

La administración pública, al dictar un acto administrativo, crea un estado de derecho, una situación concreta y bien definida, situación jurídica que, en virtud de la acción procesal, se somete a la jurisdicción revisora para su contraste y verificación, en orden a determinar su legalidad.

Como consecuencia de la potestad revisora judicial, si el juez entiende que el acto -presumiblemente- no es legítimo, tiene la facultad, no de excluir provisoriamente su existencia, sino suspender su eficacia, esto es suspender los efectos del mismo. Esta situación armoniza las potestades de la administración con las del juez y se corresponde con el interés del administrado que consiste en que, mientras se discute la legalidad, el acto no se aplique; que no produzca efectos en perjuicio de su destinatario, quién promueve la acción. .

La suspensión del acto administrativo, al igual que las restantes medidas cautelares en el proceso administrativo, reconocen su fuente en la ley fundamental y su constitucionalización viene siendo reconocida por la mayoría de los tribunales y la más autorizada doctrina. Al respecto cabe reiterar lo expresado por García de

Enterría en su obra “La batalla por las medidas cautelares...”, citado “supra” (vid nota 4).

Se procura evitar -tal como lo describiera Calamandrei con exactas palabras- que “la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”.¹³

Partiendo del conjunto de presupuestos que quedan esbozados respecto de las medidas cautelares -en general y en el contencioso administrativo, en particular- y del contenido normativo que la ley procesal administrativa local ha estructurado para juzgar las controversias que pudieren suscitarse por aplicación del derecho administrativo, corresponde efectuar la exégesis del artículo 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario en el cual se regula la más específica de las medidas cautelares aplicables en el ámbito del proceso administrativo.

Para alcanzar el propósito enunciado, habrá de superarse el escollo de la deficiente técnica empleada en su redacción que lleva, por una parte, a que el presupuesto general -contemplado en su párrafo inicial- consistente en admitir la posibilidad de que las partes (aunque sólo corresponda estrictamente al administrado) puedan solicitar la suspensión de la ejecución o el cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo; sea redundantemente expresado en el inciso 1º del artículo, donde, tras señalar la condición de procedencia, se insiste en que el tribunal, a pedido del administrado, puede ordenar a la autoridad administrativa la suspensión pretendida.

Por otra parte y también vinculadas con la deficiencia de técnica, se advierten dos cuestiones, una formal y otra material que resulta necesario considerar. La cuestión formal consiste en la reiteración -en ambos incisos- del supuesto de procedencia de la tutela cautelar; esto es, que la ejecución del hecho, acto o contrato tuviere la consecuencia de producir mayores perjuicios (para los administrados y, en términos generales, para el interés público) que su suspensión.

¹³ Calamandrei, Piero: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, tr. Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 140.

En cuanto a la cuestión material referida, la misma consiste en establecer como presupuesto de procedencia de la medida cautelar, que el hecho, acto o contrato, ostentare una nulidad manifiesta. Sin perjuicio de profundizar este aspecto del análisis más adelante, cabe preguntarse, si la ilegalidad del hecho, acto o contrato aparece manifiestamente al tiempo de dictarse una medida cautelar -que por esencia debe ser previa al pronunciamiento de la sentencia definitiva- ¿que contenido tendrá el debate ulterior del juicio?; o ¿por qué no dictar en ese momento la sentencia definitiva, en lugar de la medida cautelar?.

En síntesis, se advierte que la redacción adoptada no resulta la más feliz para el caso, dado que si la ilegalidad es manifiesta poco queda por debatir respecto de la validez del hecho, acto o contrato impugnados ya que la existencia de alguna ilegalidad -que sólo podría ostentar la condición de manifiesta cuando afectare alguno de sus elementos esenciales- acarrearía irremisiblemente su nulidad, cuya declaración nada justifica sea pospuesta en el tiempo.

Depurando -entonces- el texto legal, su correcta inteligencia debe ser que los tribunales pueden ordenar a la autoridad administrativa la suspensión de la ejecución o cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, a requerimiento de parte, en los siguiente casos: 1) cuando la ejecución o cumplimiento pudiere causar graves perjuicios, en general, o un grave daño al administrado que promoviere la acción, resultando -en consecuencia- más gravosa que la suspensión; circunstancia que deberá ser evaluada con especial consideración del interés público comprometido y; 2) cuando el hecho, acto o contrato atacados ostentaren vicios manifiestos que pudieren acarrear su nulidad.

En torno al segundo supuesto indicado y, retomando el razonamiento anterior, esta es la correcta interpretación que, a nuestro juicio, cabe asignar a la expresión “ostentare una ilegalidad manifiesta” contenida en la norma.

Y ello en virtud que la expresión literal nos lleva, prácticamente, a excluir toda posibilidad de dictar la medida precautoria en análisis, habida cuenta de la condición de provisoriedad de la misma ya que -como queda expuesto- el requisito de procedencia de la cautela agotaría la posibilidad de debate; esto no significa que se este negando la posibilidad de dictar una cautela coincidente con la

cuestión de fondo (circunstancia admitida por el ordenamiento analizado, en el artículo 177) sino que la decisión sobre el fondo se hallaría subsumida en la decisión cautelar y nada quedaría por debatir o decidir ulteriormente.

En cambio, si para el dictado de la cautelar -que por esencia importa una decisión provisoria y en resguardo de la operatividad de la decisión definitiva- sólo se requiriese que el hecho acto o contrato impugnado ostente un vicio manifiesto que, por su entidad, pudiere traer aparejada la sanción de nulidad, se obtendría, por una parte, el satisfactorio cumplimiento del objeto de toda medida cautelar, así como del principio rector en la materia consistente en no exigir un derecho pleno, sino la razonable y vehemente apariencia de su existencia y, por otra, mantener el sentido y alcance del debate posterior. Todo ello en el marco de un prudente análisis y evaluación judicial de las circunstancias y elementos del caso.

En consecuencia, quién se hallare llamado a decidir la pretensión cautelar, antes de sujetarse en forma estricta a la verificación de los requisitos del *fumus* y *periculum* -lo que, como se viene sosteniendo, no se corresponde con el sistema adoptado por la ley local- deberá considerar, prudencialmente, si se reúnen -alternativamente- las circunstancias legalmente establecidas para la procedencia de la medida.

No escapa a nuestra consideración que se ha sostenido por la doctrina¹⁴, y por cierta jurisprudencia¹⁵, con relación a las medidas cautelares contra actos administrativos, que el criterio de otorgamiento debe ser restrictivo, en razón de la presunción de legitimidad o validez y la ejecutoriedad de que gozan dichos actos. Consideramos, sin embargo, que -en lo que se vincula al ámbito del proceso contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires- tal criterio no resulta de estricta aplicación; más aún, advertimos una petición de principio en esa afirmación.

Nuestra objeción reposa, en primer lugar, en la exigencia constitucional de brindar a los ciudadanos una tutela judicial efectiva que no sólo tiene su origen en

¹⁴ Hutchinson, Tomás: “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, El Derecho, T. 124, P. 677, en especial capítulo VII, Pág.682. Gallegos Fedriani, Pablo: “Las medidas cautelares contra la Administración Pública”, Ed. Ábaco, Bs. As. 2.002, p. 167.

¹⁵ CSJN Fallos 307:2267, “Arizu, Enrique a Hijos S.A. c/Provincia de Mendoza”.

lo dispuesto por el Estatuto Organizativo local (artículos 12, 13, 14, 15 y 16), sino también en la Constitución Nacional, que confiere jerarquía constitucional a las normas convencionales (artículo 75, inciso 22 CN.). Y, en tal sentido, corresponde recordar que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Ley N° 23.054) dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso **efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; (el destacado no corresponde al original).

Asimismo, del hecho que un acto administrativo se presuma legítimo, esto es, se lo considere el producto de la actividad estatal dentro del marco de legalidad imperante y fruto del razonable ejercicio de las potestades administrativas, se deriva la más importante consecuencia que pueda predicarse del acto y que consiste en la posibilidad, reconocida a la Administración Pública, de ponerlo en ejecución por sus propios medios, sin requerir el auxilio del Poder Judicial. De donde se sigue que la ejecutoriedad del acto es -en verdad- el carácter tipificante del mismo y emanación de la presunción de legitimidad.

Tanto uno como otro carácter -que no pueden predicarse de los actos privados- resultan consecuencia necesaria del conjunto de prerrogativas de poder público que se reconocen al Estado (Administración Pública) en el ámbito del derecho administrativo, como rama del derecho público y, por ello, integrante del régimen exorbitante del derecho privado¹⁶.

Más la esencia de que la exorbitancia del derecho privado (civil y comercial) se admita y consagre, radica precisamente en la circunstancia de que el derecho administrativo establezca un régimen especial en el que dichas prerrogativas se contrabalanceen con las garantías en favor del administrado, a través de las cuáles se tiende a asegurar la realización del bien común mediante el reconocimiento de la posición individual que cada uno posee en el seno de la comunidad, dando

¹⁶ Cassagne, Juan C.: “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, T. II, p. 18 y sstes.

participación -a cada uno- en lo que corresponda de la distribución del bien común¹⁷.

Precisamente el rol que corresponde a la suspensión judicial de los efectos de los hechos, actos y contratos administrativos se ubica en el ámbito de las garantías a favor de los administrados de manera que, si bien todo acto administrativo se presume legítimo y, por ello, resulta ejecutorio y, quien pretenda que no se aplique debe invocar y probar la existencia de vicios que pudieren invalidarlo, la alegación fundada de tales vicios -que no llega a enervar el acto por su sola manifestación- debilita aquella presunción.

En la medida que se alegue fundadamente la existencia manifiesta de algún vicio que pudiere acarrear la nulidad de un hecho, acto o contrato administrativo (condiciones que, en nuestro criterio, constituye el segundo supuesto de procedencia de la suspensión que autoriza el artículo 189 C.C.A. y T.), se debilita la presunción poniéndose en ejercicio la facultad conferida al juez de escrutar los elementos y caracteres del acto para, fundamentalmente y en cuanto fuere requerido por los afectados, disponer el mecanismo que la ley autoriza, orientado a la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Ese escrutinio, que garantiza la vigencia y plenitud del estado de derecho, deberá ser efectuado con criterio prudencial por el juzgador y ejerciendo las potestades de que lo inviste el sistema establecido por la ley local, apartado de los rígidos parámetros que, para el dictado de medidas cautelares, se establecen en el derecho común.

Para concluir en lo concerniente al presente aspecto, no podrá dejar de advertirse que la presunción de legitimidad de los actos administrativos (así como la ejecutoriedad que de ella se deriva), no constituye un principio constitucional, sino la emanación de la preceptiva legal que regula la existencia y validez de dichos actos. Siendo ello así, cuando el legislador considera prudente mitigar -en los casos que específicamente se prevén en la propia ley- aquél principio, de tal suerte que, por otra ley (el C.C.A. y T., en el caso) confiere al juez la potestad de suspender sus efectos, no se advierte necesaria la aplicación de ningún criterio de

¹⁷ Cassagne, Juan C., Op. cit. TII, pags. 15 a 18.

prudencia que exceda la que normalmente guía el arbitrio judicial. En suma, lo que la ley otorga, la propia ley lo limita o restringe en los casos y bajo las condiciones que en la misma se contemplan.

VII.- Las medidas cautelares en la regulación local del amparo.

En diciembre de 2006 se publicó en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires la Ley N° 2145, regulatoria del amparo en el orden local. En su artículo 15 se regula la aplicación de medidas cautelares en el marco de dicho proceso de amparo.

El artículo referido viene a modificar en forma sustancial el esquema de las medidas cautelares establecido por el C.C.A. y T. al que nos hemos referido a lo largo de la presente. Su texto es el siguiente:

“Artículo 15.- MEDIDAS CAUTELARES: En la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva, debiendo resolverse su procedencia dentro del plazo de dos (2) días.

Cuando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto **declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución.**

En las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos:

- a. Verosimilitud del derecho.
- b. Peligro en la demora.
- c. No frustración del interés público.
- d. Contracautela.

El/la Juez/a interviniente debe determinar la índole de la contracautela para cubrir los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su otorgamiento, sin que esto puede implicar un menoscabo a la tutela cautelar.

La apelación de resoluciones que versen sobre medidas cautelares deben ser resueltas dentro del plazo máximo de cinco (5) días desde el arribo de las actuaciones al Superior.”

Puede advertirse que el esquema establecido para las medidas cautelares en el proceso de amparo consagra un conjunto de disposiciones que lo apartan del

sistema cautelar creado por el ritual, sin que llegue a advertirse claramente el propósito de tal apartamiento.

Previo a toda consideración respecto de la norma transcrita, cabe aclarar que la expresión destacada en negrita, al final del segundo párrafo del artículo ha sido observada (vetada) por el Poder Ejecutivo.

La primera objeción que se puede formular al texto consignado es que, en el mismo, se establece taxativamente la exigencia de los tradicionales requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela), a los que se agrega la no frustración del interés público.

La claridad de la expresión empleada no permite, sin embargo, -respecto de este último requisito- asegurar una interpretación de simétrica claridad y, más aún, en nuestro criterio constituye una ostensible afectación de su constitucionalidad. En efecto, si de suyo resulta complejo determinar los alcances y condiciones del interés público comprometido, mucho más complicado parece establecer “a priori” la posibilidad de su eventual frustración. Mas, si como se ha enseñado en la doctrina y lo ha ratificado la jurisprudencia, la Administración Pública es la gestora del interés público, sólo ella se encontraría facultada para establecer las circunstancias de su potencial frustración, lo que vendría a excluir la posibilidad de que el Poder Judicial se expidiera al respecto. Esta limitación cercenaría las facultades propias de este último poder, lo que constituiría una clara violación al principio de división de poderes que consagran, tanto la constitución local cuanto la nacional.

A esto se agrega una marcada ruptura del principio procesal de igualdad de las partes, ya que, por un lado, el artículo impone los requisitos mencionados precedentemente sólo en las acciones de amparo contra autoridades públicas. Por otro lado, y ratificando la afectación del mentado principio procesal, se confiere a la Administración una preeminencia sobre su contraparte, habida cuenta de que sólo ella se encontraría en condición de evaluar si la medida requerida frustra, o no, el interés público.

Mas no resulta esta la única objeción de naturaleza constitucional que se advierte en el texto legal transcrito. En primer lugar, el apartamiento del régimen

cautelar general constituye una grave anomalía cuyos fundamentos no se advierten claramente, ni aparece como necesaria, habida cuenta que impone restricciones en cuanto a la posibilidad de brindar a los ciudadanos la tutela judicial efectiva que consagran las normas constitucionales, tanto del orden local, como federal.

Asimismo, la condición con que se inicia el segundo párrafo de la norma, esto es, que la medida cautelar solicitada afectare la prestación de un servicio público o perjudicare una función esencial de la administración, determinante de la exigencia de correr previo traslado de la pretensión cautelar a la autoridad pública demandada, echa por tierra el principio -también enraizado con la previsión constitucional de tutela judicial efectiva- en cuya virtud las medidas cautelares se proveen sin audiencia de la otra parte (conf. artículo 181, C.C.A. y T.)

Una pregunta por demás interesante, que viene a completar el análisis de la presente cuestión, es si existe actividad de la Administración Pública que no se encuentre comprendida en los dos extensos supuestos que contempla la norma, esto es, servicio público o función esencial de la administración. Si como parece esbozarse, no cabría suponer banalidad en la función administrativa y se reconoce la predominancia del servicio público como forma de actividad propia de ésta, casi no existirían situaciones que no resultaren alcanzadas por la condición. Lo que equivale a sostener que no se advierte posible dictar medida cautelar alguna, cuyos efectos se proyecten sobre la administración, sin que previamente se corriera traslado a la autoridad pública demandada.

VIII.- Conclusión

El sistema cautelar creado en el ámbito del contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires constituye un claro ejercicio de las competencias legislativas derivadas de su autonomía, al tiempo que se diferencia claramente del ordenamiento aplicable en materia procesal en lo contencioso administrativo federal.

El mismo establece un esquema de provisión de medidas cautelares que otorga amplia facultades a los tribunales a los fines de su procedencia, cuando las estimaren idóneas para su finalidad y excluye, como requisitos de admisibilidad, las tradicionales exigencias consagradas en el C.P.C.C.N. de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela tan arraigados en la práctica judicial nacional.

Sin embargo, su adecuada aplicación, y por qué no admitirlo, su provechosa inserción en el proceso contencioso administrativo y tributario local, exige de todos los efectores de la justicia una ajustada interpretación de sus alcances, así como la percepción de sus diferencias con el modelo tradicional.

Cierto es que aún se advierte un marcado apego a las antiguas prácticas y a criterios jurídicos tradicionales, en razón de la falta de norma procesal administrativa nacional, que ha determinado la continuidad y extensión de las prácticas gestadas en la aplicación del C.P.C.C.N..

Mas la efectiva realización del valor justicia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, así como la adecuada implementación de las políticas que, en relación con la función judicial, se han diseñado a través del instrumento constitucional local, determina la necesidad de profundizar el estudio y desarrollo de los institutos propios del Derecho Procesal Administrativo, entre los cuáles deben considerarse las medidas cautelares aplicables al proceso contencioso administrativo y tributario.

Cabe recordar el rol que se asignó en alguna oportunidad a los tribunales en la aplicación y provisión de medidas cautelares innovativas, al señalarse tanto la satisfacción como la esperanza que se generaba como consecuencia de su admisión por los estrados judiciales. Destacose entonces la aspiración de su consagración legislativa, habida cuenta de que sólo se habían empleado "...por tribunales rebeldes a arrellanarse en el cómodo sillón de las "opiniones recibidas" y de los análisis jurídicos superficiales".¹⁸

¹⁸ Peyrano, Jorge W.: "Nueva afirmación de la doctrina judicial de la medida cautelar innovativa", LL-1986-346.

En el caso de las precautorias locales, la situación resulta mucho más ventajosa: se cuenta ya con una regulación legislativa que consagra un sistema avanzado, que responde a la preceptiva constitucional moderna; sólo cabe apelar a la rebeldía que elogiaba aquel distinguido juez y procesalista.