

**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**



Facultad de Derecho

**EL INFORME PREVIO EN EL RÉGIMEN FEDERAL DE MEDIDAS CAUTELARES
EN LAS CAUSAS EN QUE EL ESTADO ES PARTE O INTERVIENE.**

RÉGIMEN, NATURALEZA JURÍDICA, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL E
IMPLICANCIAS PRÁCTICAS.

JUAN IGNACIO GRIMAU

TESIS DE DOGMÁTICA JURÍDICA | MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR DE TESIS – JULIO PABLO COMADIRA

21 DE MAYO DE 2018

I. INTRODUCCIÓN

I.1. PRESENTACIÓN. OBJETO DEL TRABAJO.

El presente trabajo tiene por objeto un estudio pormenorizado del instituto cautelar en el derecho administrativo argentino, que debido a las particulares notas que lo caracterizan, surge una serie de interrogantes sobre los que buscaré dar precisiones.

Desde aquella premisa, en las siguientes páginas me centraré en dos aspectos puntuales de las medidas cautelares en las causas en que el Estado es parte o interviene, de acuerdo con el régimen jurídico adoptado por la Ley nacional N° 26.854 (en adelante, “LMC”), previo a una conceptualización del proceso cautelar del derecho administrativo:

– la incidencia del informe previo (art. 4° LMC) sobre el proceso cautelar, si su exigencia lo mantiene unilateral o si, por el contrario, lo bilateraliza, con las distintas consecuencias que ello puede significar; y,

– si la exigencia de dicho informe y la regulación que de este la LMC ha efectuado, previendo excepciones y/o cautelas particulares hasta tanto este se haya evacuado, mantiene incólume el derecho a la tutela judicial efectiva de quien pretende esta protección.

A primera vista, podría considerarse que el objeto del trabajo resulta un ejercicio meramente teórico pero, en función de lo que veremos, las consecuencias prácticas tanto para el particular como para la propia Administración estatal resultan de alta importancia.

I.2. ESQUEMA DE EXPOSICIÓN

A efectos de facilitar la lectura de este trabajo, este será el esquema que se seguirá:

I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. PRESENTACIÓN. OBJETO DEL TRABAJO.....	2
I.2. ESQUEMA DE EXPOSICIÓN	2
II. BREVE RESEÑA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS CAUSAS EN QUE EL ESTADO ES PARTE O INTERVIENE.....	4

II.1. EL PROCESO CAUTELAR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	4
II.2. SISTEMA ANTERIOR A LA LMC	7
II.3. SISTEMA DE LA LMC	10
III. EL INFORME PREVIO (ART. 4° LMC)	13
III.1. PRINCIPIO TOMADO POR LA LMC	13
<i>III.1.1. FUNDAMENTOS. CONTENIDO Y ALCANCE</i>	16
<i>III.1.2. ¿UNA NUEVA PRERROGATIVA PROCESAL?</i>	19
<i>III.1.3. PROCESOS ALCANZADOS</i>	22
III.2. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO. EL ART. 2.2 DE LA LMC	27
III.3. NATURALEZA JURÍDICA	27
<i>III.3.1. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN QUE ORDENA LA EVACUACIÓN DEL INFORME PREVIO</i>	28
<i>III.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME PREVIO</i>	29
<i>III.3.2.1. El caso del amparo y del amparo por mora</i>	29
<i>III.3.2.2. El informe previo de la LMC</i>	33
<i>III.3.3. EL INFORME PREVIO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCESO CAUTELAR</i>	34
<i>III.3.4. LAS DISTINTAS POSTURAS</i>	37
III.4. EFECTOS SOBRE EL PROCESO	38
<i>III.4.1. LA INTEGRACIÓN DE LA LITIS</i>	40
<i>III.4.2. DEFENSAS OPONIBLES</i>	43
<i>III.4.3. PRUEBA</i>	46
<i>III.4.4. TRÁMITE JUDICIAL POSTERIOR</i>	47
<i>III.4.5. COSTAS</i>	52
III.5. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	53
IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	54
IV.1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .	55
IV.2. EL INFORME PREVIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	57
IV.3. LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL INFORME PREVIO	61
IV.4. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	62

V. COLOFÓN.....63

II. BREVE RESEÑA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS CAUSAS EN QUE EL ESTADO ES PARTE O INTERVIENE

II.1. EL PROCESO CAUTELAR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el punto I.1 he dado indicios y una primera aproximación al instituto de las medidas cautelares que serán objeto del presente trabajo.

Allí indiqué que el estudio recaerá sobre el “*instituto cautelar en el derecho administrativo argentino*”, que ostenta una serie de “*particulares notas que lo caracterizan*”.

Es preciso que, en esta instancia, preliminarmente nos adentremos en este punto ya que la definición del proceso cautelar en el derecho administrativo nos seguirá a lo largo del trabajo y será el norte que nos guiará hacia las conclusiones que sacaremos de cada uno de los temas involucrados.

Se ha dicho que el proceso cautelar “*es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*”¹.

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”), ha indicado que “*la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertido en el proceso principal, sino de un análisis de la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido*”².

¹ PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, 17ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 771-772.

² CSJN, 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711; *id.*, 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814; *id.*, 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261; *id.*, 11/7/2007,

De ello no quedan dudas.

Sin embargo, ocurre que las pretensiones de las medidas cautelares cuyo análisis aquí postulamos se dan en el marco del derecho administrativo, el que, de acuerdo con la exorbitancia que caracteriza a dicho régimen jurídico, impregnarán profundamente al derecho procesal administrativo que las regirá³.

Notamos entonces que el derecho procesal administrativo que reglamenta al instituto cautelar en cuestión, está caracterizado por las notas que definen su exorbitancia, derivada de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la Administración pública, ámbito este último, excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado⁴.

Desde esa línea, se verán las consecuencias que dicho régimen tiene sobre el instituto cautelar administrativo y de cómo, desde el punto de vista teórico, la decisión que se adopte en el marco de un proceso cautelar reflejará a menudo una toma de posición ante el conflicto, siempre presente en derecho administrativo, entre libertad y autoridad⁵.

Tal como en doctrina se ha postulado, el derecho procesal administrativo se verá alcanzado por el sentido de armonía o equilibrio del derecho administrativo concebido como “*un arbitraje que históricamente ha variado entre el poder y la libertad, pues aspira a constituirse en instrumento de la libertad y de la garantía de la acción administrativa*”⁶.

Este conflicto, en pocas ocasiones como esta se planteará en forma tan neta: es que la necesidad de decidir sin pleno conocimiento de los hechos y bajo la presión las urgencias que ponen de resalto la Administración o el particular, obliga a optar por uno u otro valor de una manera a veces intuitiva que parte de la posición

“Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126, entre otros.

³ HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Tomo I, 1° edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 37.

⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, 1° edición, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 1-3.

⁵ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 757.

⁶ Ampliar en WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, 1° edición, Ed. Civitas, Madrid, 1994, ps. 51 y ss.; IVANEGA, Miriam, *Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 323, 2005, ps. 10-14.

filosófica del juzgador frente al dilema apuntado⁷, debiendo asegurar el cumplimiento oportuno del principio de legalidad o juridicidad⁸.

En esa línea, la disposición de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo reviste suma importancia ya que en su otorgamiento o negación “*se palpita en una de sus máximas expresiones la tensión que caracteriza al derecho administrativo como régimen jurídico exorbitante, entre el interés público y el interés privado, entre las prerrogativas estatales (fundamentalmente: presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo) y las garantías individuales (en el caso, tutela judicial efectiva)*”⁹.

Por otro lado, el estudio del instituto cautelar así caracterizado, tampoco se encontrará desprovisto de importancia práctica ya que frecuentemente, por ejemplo, la ejecución del acto administrativo provocará perjuicios de tal magnitud o carácter para el particular que su revocación o anulación definitiva, aunque implique indemnización, no significará remedio suficiente o, alternativa o concurrentemente, porque también puede ocurrir que la cautela requerida por el particular ponga en peligro intereses públicos de consideración¹⁰.

Sumado a ello, resulta una realidad que el fuero contencioso administrativo se ha “cautelarizado”, donde el litigante particular sabe que muchas veces –y cada vez más– la suerte del pleito depende de la obtención, o no, de una medida cautelar, y su rechazo implica, en más de una ocasión, la pérdida de interés en iniciar o continuar un proceso ordinario¹¹.

Sobre este último punto, el eje del análisis del proceso cautelar del derecho administrativo y la consecuente ordenación a su alrededor del elenco de prerrogativas y garantías que lo caracterizan, deberá ponderar el fin esencial de la función administrativa: la gestión directa e inmediata del bien común¹², que necesariamente reflejará el principio de dignidad humana y el deber jurídico fundamental

⁷ MAIRAL, Héctor A., *Control...*, *op. cit.*, p. 757.

⁸ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 454.

⁹ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo en la nueva ley de medidas cautelares en las que el estado es parte”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP, p. 233.

¹⁰ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Control...*, *op. cit.*, ps. 757-758.

¹¹ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, p. 234.

¹² COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, *op. cit.*, p. 5.

de todas las autoridades públicas de respetar y proteger, sin discriminaciones, los derechos humanos fundamentales que son inherentes a ese principio¹³.

Desde esta visión es que postulamos el análisis del instituto cautelar del proceso contencioso administrativo, que nos llevará, en oportunidad de referirnos al informe previo y si su exigencia, de la forma en que la LMC lo ha establecido, se condice con el derecho a la tutela judicial efectiva, o si dicha prerrogativa sustancial y procesal de la administración, encuentra de forma suficiente la correlativa garantía en favor del ciudadano, arbitrando el instituto en cuestión, de esa forma, la armonía o equilibrio entre poder y libertad.

II.2. SISTEMA ANTERIOR A LA LMC.

Con carácter previo a la sanción de la LMC, ante la ausencia de un régimen unificado que regule en el ámbito federal, el proceso contencioso administrativo, o el proceso cautelar de forma particular, ha sido de aplicación el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por parte de la justicia federal, con la salvedad de que dicho marco normativo resultaba aplicable al juicio contencioso administrativo por analogía y en la medida en que su contenido resultara compatible con los principios propios del derecho procesal administrativo¹⁴. Situación que actualmente se mantiene para el proceso contencioso administrativo.

De tal forma, ante la ausencia de norma expresa que regule específicamente para el derecho procesal administrativo lo referente a las medidas cautelares que puedan dictarse en causas en donde el Estado es parte o interviene, la doctrina y jurisprudencia tomaron el principio que a inicios de los años 40 la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que sentar, en oportunidad de pronunciarse sobre la invalidez del acto administrativo, ante la ausencia de una Ley de Procedimientos Administrativos.

Allí, el Máximo Tribunal sentó que “*si bien [las reglas del derecho civil] no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica*

¹³ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, publicado en LL, cita online: AR/DOC/3777/2016.

¹⁴ MONTI, Laura M., VIEITO FERREIRO, Mabel, “La demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción y las excepciones en el proceso contencioso administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando –Directores–, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 4.

*basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina*¹⁵.

Dentro de las discriminaciones que han tenido que ser impuestas en virtud de la naturaleza del derecho administrativo a las medidas cautelares, tal como el régimen procesal civil y comercial las concibió y reguló, se aprecia la problemática central que en doctrina dio lugar a una intensa discusión: la pertinencia de someter a las decisiones cautelares en el proceso contencioso administrativo a la regulación prevista en la LNPA o a la contenida en el CPCCN para las medidas cautelares en general y, en particular, a la prohibición de innovar y la medida cautelar innovativa¹⁶.

Ello, teniendo en cuenta que de la lectura del art. 12 de la norma citada en primer término, puede concluirse que los presupuestos allí establecidos resultan alternativos, cuando aquellos contenidos en el segundo cuerpo, el CPCCN, exige su acreditación conjunta¹⁷.

También, en función de en qué instancia del procedimiento administrativo o proceso contencioso administrativo fueran solicitadas: si durante la tramitación del primero encontrándose pendiente el agotamiento de la instancia administrativa –medida cautelar autónoma– o una vez agotada la instancia administrativa pero previo a la interposición de una demanda judicial –medida cautelar anticipada–; o en conjunto o accesoriamente a una demanda judicial –medida cautelar accesoria–¹⁸.

¹⁵ CSJN, 30/6/1941, “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 190:142.

¹⁶ Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, op. cit., ps. 241 y ss.

¹⁷ LNPA, Artículo 12: “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*”.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, 1º edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 91 y 96-99; ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, op. cit., ps. 246-270.

¹⁸ Sobre los términos asignados a cada una de las medidas cautelares, ampliar en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, op. cit., p. 250. En igual sentido: COMADIRA, Fernando Gabriel “Efectos de las medidas cautelares autónomas en función de la oportunidad procesal en que se solicitan”, Carta de Noticias de la Procuración General de la Ciudad, Año 1, Número 2, del 18 de marzo del 2013, ps. 15-17.

La aplicación del CPCCN ha traído también otras modulaciones para compatibilizarlas con el régimen contencioso administrativo. Así, respecto de las medidas cautelares autónomas, debido a su naturaleza y el momento en que su solicitud es efectuada –procedimiento administrativo en trámite, hasta tanto se resuelva éste–, el particular que obtiene su concesión no está obligado a interponer la demanda de nulidad dentro del plazo de 10 días hábiles judiciales establecido en el art. 207 CPCCN¹⁹.

A su vez, además de los clásicos presupuestos cuya acreditación se requiere para el otorgamiento de la cautela, la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, la no afectación del interés público resulta otro presupuesto que el solicitante habrá de acreditar en su solicitud²⁰.

También, el requerimiento de suspensión en sede administrativa con carácter previo a su solicitud judicial²¹, la caducidad y vigencia temporal de las medidas cautelares²² y, en lo que al presente trabajo resulta de significativa importancia, el requerimiento previo a la consideración de la solicitud cautelar, o no, de un informe o traslado a la Administración pública.

Sobre este último punto, el derecho procesal ha plasmado en el art. 198 del CPCCN la regla que la doctrina especializada ha entendido natural de las medidas cautelares²³. Esto es, su dictado y cumplimiento sin audiencia previa de la

Cfr. CNCAF, Sala III, 25/10/12, “Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma”.

¹⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, p. 243.

CNCCF, Sala III, 14/10/1999, “Grant Prideco Inc.”; CNCAF, Sala IV, 24/8/1994, “Hisisa Argentina S.A.I.C.I.F.”

²⁰ CSJN, 28/11/1985, “Arizu, Enrique e Hijos S.A. c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 307:2267; íd., 6/10/1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios”, Fallos 314:1202, entre otros.

Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ma edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2011, ps. 21 y 748-749; COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, ps. 254 y ss.

²¹ CSJN, 7/3/1985, “Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina”, Fallos 307:178; CNCAF, Sala III, 20/2/1995, “EDESUR SA c/ ENRE – Resol. ENRE n° 18/95”.

²² CSJN, 22/5/2012, “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares” Fallos 335:705; íd., 15/03/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. –Inc. Competencia– c/ E.N. s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, Fallos 334:259 –voto de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni–.

²³ CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I, Traducción española de la 3ª edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1922, p. 303; MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Guadalberto Lucas, BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y*

otra parte, identificado con el latinazgo “*inaudita parte*”, práctica validada constitucionalmente por la jurisprudencia²⁴.

Sin embargo, resultaba práctica habitual previo a la resolución de las cautelas peticionadas, el requerimiento de las actuaciones administrativas para constatar los extremos denunciados por el solicitante, y luego sólo ante circunstancias excepcionales y con fundamento en el interés público comprometido, el juez interviniente, previa consideración de la necesidad del dictado de una medida precauteladora, ordenaba la sustanciación del proceso cautelar antes de resolver sobre el otorgamiento de la medida²⁵.

Tanto el requerimiento de las actuaciones administrativas, como lo relativo a las medidas precauteladoras y la sustanciación del proceso cautelar previo a su resolución, no encontró en apoyo uniforme en doctrina²⁶.

En definitiva, el proceso cautelar previo al dictado de la LMC, se adscribía principalmente al trámite *inaudita parte* previsto en el art. 198 CPCCN, moderándolo por el requerimiento del expediente administrativo y excepcionalmente por la sustanciación previa de la solicitud.

II.3. SISTEMA DE LA LMC.

La promulgación de la LMC el 29 de abril de 2013, ha importado el otorgamiento de mayor certeza respecto de los aspectos procesales y sustanciales que el carecía instituto cautelar del contencioso administrativo hasta ese

de la Nación. Comentados y anotados, Tomo II-C, 2º edición reelaborada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 495.

²⁴ VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al estado. Continuidades y rupturas*, 1ª edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 88.

²⁵ CSJN, 20/6/2006, “Mendoza, Beatriz S., y otros c/ Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo)”, Fallos 329:2316; CNCAF, Sala III, 4/9/14, “Castiglione, Héctor Carlos c/ EN-AFIP- DGI s/Medida Cautelar (Autónoma)”; íd., 19/12/2013, “Hellmann Worldwide Logistics SA c/ EN-M Economía s/Código Aduanero - Ley 22415 – art 70”; íd., 10/12/13, “Cargo Agent SRL c/ DGA s/Código Aduanero - Ley 22415 - art 70”; íd., Sala V, 17/10/2013, “Procesadora de Boratos Argentinos SA (TF 28429-A) c/ DGA”, entre otros.

²⁶ Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas...*, *op. cit.* ps. 142-144 y 148-149; COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, ps. 242-244; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, ps. 94; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal...*, *op. cit.* Tomo III, ps. 488 y 542; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, ps. 88-94; LYNN, Virginia, *Medidas cautelares contra el Estado*, 1º edición, Ed. Astrea – Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 72.

momento, debido a que, tal como lo apuntamos, hasta ese momento, el proceso que las regía encontraba fundamento en la aplicación analógica del CPCCN, con todos los ajustes y agregados que pretorianamente fueron efectuados debido a las características propias del derecho administrativo.

Parte de la doctrina ha sostenido que la regulación de la LMC ha venido a recoger, en su gran mayoría, las construcciones que en doctrina y jurisprudencia fueron creadas a partir del vacío normativo. En ese sentido, se ha expuesto que la LMC *“introdujo un esquema sistemático de ordenación procesal, que si bien exhibe notas particulares incluso novedosas, tiene anclaje en la doctrina jurisprudencial labrada por el alto tribunal y el fuero especializado en cuestiones de derecho público”*²⁷.

El citado autor describe al nuevo régimen recogido en la LMC, indicando que *“se presenta como un esquema normativo de ordenación procesal que regula, en clave asegurativa de urgencia, la protección inmediata, instrumental y provisional de garantías –adjetivas y sustanciales–, y también de potestades, según el equilibrio que programan los valores y principios del Estado constitucional social de derecho”*²⁸.

Sobre este último punto –si el esquema normativo de la LMC efectivamente ha regulado a las medidas cautelares en el contencioso administrativo según el mentado equilibrio– no coincidimos con aquella postura y nos enrolamos, con los matices que más adelante expondremos, junto a distintos exponentes de doctrina que han efectuado críticas²⁹. No obstante ello, volveremos sobre el punto en el capítulo IV,

²⁷ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas cautelares en los casos en los que es parte el estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP, p. 304.

Una serie de observaciones se han efectuado a los fundamentos brindados sobre este punto en la exposición de motivos del proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación. Así, MERTHEKIAN sostiene que el abordaje de *“la regulación de este instituto procesal –como se ha hecho con la ley 26.854– sin ocuparse conjuntamente de la regulación del proceso en el cual se inscribe o al cual accede, comporta –en la más favorable interpretación– un examen parcializado del control judicial en el que esta institución procesal se encuentra inscripta; aunque –debo decirlo– es claro para mí que la ley exuda un sesgo autoritario de esa concepción, por más que se diga que la legislación recoge –en última instancia– los criterios de la jurisprudencia vigente”*, en MERTEKIAN, Eduardo, “La efectividad de las medidas cautelares como instrumentos de control (luces y sombras)”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP p. 209.

²⁸ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 303.

²⁹ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*; CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares, a propósito de la Ley 26.854”, en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”;

donde nos referiremos a este aspecto, particularmente sobre la regulación del instituto del informe previo.

Como apuntáramos, el legislador ha incorporado al texto de la LMC las distintas construcciones creadas en doctrina y jurisprudencia por ausencia de normativa específica.

Así, en virtud del régimen exorbitante del derecho administrativo y procesal administrativo, su primer artículo ha definido el ámbito de aplicación, determinándolo a las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos.

Como corolario de ello, ha especificado la aplicación supletoria del CPCCN, siempre y cuando sus prescripciones no sean incompatibles.

Su articulado legisló con precisión, tal vez excesiva en ciertos aspectos, tal como parte de la doctrina lo ha interpretado³⁰, los presupuestos de otorgamiento de la suspensión de efectos de actos estatales –art. 13–, de las medidas positivas –art. 14–, de las medidas de no innovar –art. 15– y de las medidas cautelares solicitadas por el estado.

También, tal como la CSJN sentó a partir del precedente “Hughes Tool Company”³¹, la LMC ha incorporado expresamente el requisito de solicitud de suspensión de efectos en sede administrativa con carácter previo a su requerimiento judicial –art. 13, inc. 2º–.

OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía de la protección cautelar en los procesos contra el estado por la Ley 26.854”, en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el estado es parte (ley 26.854)” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”; MIDÓN, Marcelo S., “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”; ROJAS, Jorge A., “El nuevo régimen de medidas cautelares frente al Estado” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit.; BASTERRA, Marcela, *El proceso constitucional de amparo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CSJN, 7/3/1985, “Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina”, Fallos 307:178.

Por otro lado, también ha acogido y regulado en sus artículos quinto y octavo, lo referente a la vigencia de las medidas cautelares frente al Estado, como así también su caducidad.

El objeto de la presente referenciación de los distintos aspectos que ya el fuero contencioso-administrativo federal, la Corte Suprema como también la doctrina administrativista venía desarrollando en torno a las medidas cautelares del derecho administrativo, ha tenido como fin exponer la forma en que en los hechos, el régimen exorbitante del derecho administrativo se ha manifestado y cómo el legislador lo ha venido a plasmar en la LMC.

Como podrá apreciarse, uno de los institutos que en el capítulo que antecede nos hemos referido pero que hasta aquí hemos omitido, ha sido el del informe o traslado previo al otorgamiento de la tutela cautelar.

Dicha omisión ha sido efectuada adrede ya que es allí donde entiendo, se ha producido una sustancial modificación a las construcciones que venían efectuándose optando el legislador por un sendero seguido por algunas regulaciones provinciales³², sentando nuevos principios y excepciones particularizadas, que han venido a replantear el instituto bajo comentario, causando en el ejercicio tribunalicio diario sustanciales modificaciones que merecen un pormenorizado tratamiento desde el punto de vista procesal, constitucional y convencional.

III. EL INFORME PREVIO (ART. 4° LMC)

III.1. PRINCIPIO TOMADO POR LA LMC

Como lo adelantamos en el párrafo anterior, la LMC ha venido a innovar sustancialmente sobre el principio que regía en el ámbito federal en materia de medidas cautelares que consiste en que son dictadas sin contradictorio previo, o *inaudita parte*, cuyo fundamento recae en razones de urgencia y efectividad³³.

El art. 4 de la LMC ha establecido el principio de intervención administrativa previa, sentando:

³² Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Art. 23; Código Contencioso Administrativo de Tierra del Fuego, Art. 18; Código Contencioso Administrativo de Santa Fe, Art. 15; Código Contencioso Administrativo de Jujuy, Art. 30; Código Procesal Administrativo de Neuquén, Art. 21.

³³ Cfr. OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento...”, *op. cit.*, p. 98.

“1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.

2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días.

3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada” (el subrayado me pertenece).

De la exposición de motivos de la LMC, surge que el proyecto se ha “*inspirado en regulaciones extranjeras (art. 131 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1998) y locales (art. 15 de la Ley N° 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras) ...[y] consagra un procedimiento de informe previo de la autoridad pública demandada para que ésta se expida sobre el interés público comprometido y demás condiciones de admisibilidad y procedencia cautelar*”³⁴.

Sin perjuicio de los aspectos sustanciales referidos a las cuestiones constitucionales del precepto transcripto, sobre las que detalladamente nos

³⁴ Proyecto de Ley presentado al Senado de la Nación Argentina el 8 de abril de 2013, Mensaje de Elevación N° 377/13, Expediente N° 6/13.

adentraremos en el capítulo IV, la LMC ha ido aún más allá que anteriores proyectos que fueron presentados al Congreso de la Nación sobre la temática.

Así, el proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo –aprobado por el Senado en el año 2008 pero que luego, en la Cámara de Diputados perdiera estado parlamentario–, partiendo del mismo principio de intervención administrativa previa al despacho cautelar, habilitaba al juez a exceptuarlo teniendo en cuenta “*la naturaleza de la medida solicitada o urgencia de su provisión*”³⁵.

La LMC, salvo los supuestos de excepción que analizaremos en el capítulo III.2, no hace distinciones con respecto al tipo de actuación (u omisión) cuyos efectos se intentan neutralizar ni su grado de generalidad o singularidad. El art. 4º tampoco establece diferencias en cuanto a las características del objeto litigioso. Por ende, la aplicación de este procedimiento no está condicionado por una cuestión de hecho o puramente de derecho, o en su caso mixta³⁶.

En definitiva, para el vigente régimen cautelar, el principio³⁷ es que el juez interviniente debe requerir a la autoridad pública que resulte sujeto pasivo de la medida, que produzca un informe dando cuenta del interés público comprometido por la solicitud cautelar, pudiendo además expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada, en cuyo caso deberá acompañar las constancias documentales que considere pertinentes.

³⁵ Como lo indica el inc. 3º del art. 4º de la LMC, el art. 2º, inc. 2º de la LMC establece ciertos supuestos de excepción al principio de intervención administrativa previa:

“2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.”

³⁶ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 337.

³⁷ Cuando en el capítulo IV analicemos el requerimiento del informe previo, consideraremos brevemente la constitucionalidad de su exigencia en los supuestos donde la autoridad pública, ante la petición de una medida cautelar autónoma ya se expidió en sede administrativa sobre el pedido de suspensión, o en el caso de una medida cautelar anticipada o conjunta a la demanda.

III.1.1. FUNDAMENTOS. CONTENIDO Y ALCANCE.

Ahora bien, ¿qué debe interpretarse por un informe *que dé cuenta del interés público comprometido y de la posibilidad de expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada?*

Indudablemente, la respuesta de este interrogante nos remitirá nuevamente al desarrollo que efectuamos en el capítulo II, particularmente al referirnos a la naturaleza del derecho administrativo.

Allí, expusimos que el fundamento del régimen exorbitante que caracteriza al derecho procesal administrativo, venía dado por el hecho de que la función administrativa tiene como fin específico la gestión directa e inmediata del bien común³⁸, que necesariamente debe reflejar el principio de dignidad humana y el deber jurídico fundamental de todas las autoridades públicas de respetar y proteger, sin discriminaciones, los derechos humanos fundamentales que son inherentes a ese principio³⁹.

En virtud de ello es que el interés público, tal como la jurisprudencia de la CSJN lo ha aceptado, constituye un elemento de ineludible consideración para evaluar la tutela cautelar⁴⁰.

De tal forma, la LMC exige al juez competente que requiera a la autoridad pública que resulte sujeto pasivo de la medida solicitada el informe previo que dé cuenta del interés público comprometido.

Ahora bien, tal como se ha postulado, ante una petición cautelar, *“el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor se debe ponderar si el perjuicio al interés*

³⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, *op. cit.*, p. 5.

³⁹ SAMMARTINO, Patricio M. E., *Extinción...*, *op. cit.*

⁴⁰ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, p. 243.

Ver además, CSJN, 29/9/1987, “Provincia de Mendoza c/ Estado Nacional, Fallos 310:1928; íd., 8/10/1991, “Astilleros Alianza SA de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN) s/ daños y perjuicios (incidente)”, Fallos 314:1202; íd., 23/11/1995, “Grinbank, Daniel E. – incidente– c/ Fisco nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos 318:2431, entre otros.

*general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla*⁴¹.

En oportunidad de comentar el artículo que nos encontramos analizando, se ha dicho que el informe “*debe ser una exposición clara, concreta y objetiva acerca de:*

1) cuales son los bienes jurídicos, comunes y compartidos, que aparecen protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encauza la relación procesal;

2) cuales son las consecuencias, materiales fácticas y jurídicas, previsibles que habrá de ocasionar la medida solicitada sobre las relaciones de utilidad común que, in concreto, protege el interés público;

3) si las secuelas que habrán de sobrevenir a la medida cautelar solicitada se propagarán, o no, sobre uno o más intereses públicos que resultan de impostergable satisfacción;

*4) si, en virtud del despacho favorable de la protección cautelar requerida, la porción del interés público provisionalmente insatisfecho tendrá o no efectos irreversibles sobre los bienes que él está llamado a tutelar*⁴².

Ese análisis habrá de contener el informe previo que la Administración pública deberá producir dentro del plazo legalmente establecido.

Como puede apreciarse, no quedan dudas del nuevo camino que el legislador de la LMC ha adoptado, en comparación a aquel que se aplicaba hasta su dictado, donde más allá de que con carácter previo a resolver el juez requiriera el expediente administrativo, el trámite cautelar se llevaba adelante *inaudita parte* y la Administración, recién luego de trabada la medida, se adentraría en el proceso judicial cautelar.

Vemos entonces que el criterio sustentado en la idea de la necesidad de admitir el contradictorio en lo cautelar, en el ámbito contencioso

⁴¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, op. cit., p. 257, particularmente nota n° 970; CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo...”, op. cit., p. 56.

⁴² SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, op. cit., p. 336.

administrativo⁴³, se ha impuesto, no tomando, en mi opinión, una fórmula moderada, donde, por ejemplo se facultara al juez a sustanciar el pedido cuando existan razones que lo justifique⁴⁴, o, como más adelante lo analizaremos, aún cuando dicho principio se invierta, que admita ciertas facultades al juez de exceptuarlo, teniendo en cuenta la naturaleza de la medida solicitada que se peticiona o la urgencia en despacharla⁴⁵.

García Pullés, años antes de la entrada en vigencia de la LMC, pronunciándose en contra de la sustanciación previa del pedido cautelar con la contraparte, señaló que dicha situación *“no solo no se ajusta, sino que parte de la falta de comprensión de la economía de la ley procesal y posterga las instituciones creadas por el legislador para atender a las circunstancias que pretenden juzgarse.*

*La decisión cautelar debe adoptarse teniendo en cuenta que la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido”*⁴⁶.

En palabras de la CSJN, *“es que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”*⁴⁷.

⁴³ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 394.

⁴⁴ OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento...”, *op. cit.*, p. 98; COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, p. 243; CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo...”, *op. cit.*, p. 57: Aquí, el autor sostiene *“en ciertos supuestos donde el interés público adquiere importancia relevante, no vemos mal que se corra un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias podría fortalecerlo, no existiendo, ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. No obstante ello, hasta el dictado de esta ley [se refiere a la LMC], eran los jueces los que en cada caso concreto debían ponderar si era necesario el referido emplazamiento, dado que la técnica de la justicia provisional inmediata requiere de un análisis agudo y particular de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de cada caso”*.

⁴⁵ Proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Senado de la Nación en el año 2008.

⁴⁶ GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Medidas...*, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁷ CSJN, 20/12/1984, “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/ Medida de no innovar”, Fallos 306:2060; *id.*, 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711; *id.*, 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés

III.1.2. ¿UNA NUEVA PRERROGATIVA PROCESAL?

En virtud del específico régimen instaurado por la LMC, el legislador ha venido a reconocer expresamente la existencia de una nueva prerrogativa procesal en cabeza de la Administración pública.

Si se compara al instituto cautelar del derecho procesal civil con el de la LMC, esta exigencia de un informe previo no podría encontrar arraigo en el derecho procesal administrativo sino fuera dentro de una prerrogativa. Ello en función de la disparidad procesal que el requerimiento de dicho informe ocasiona al solicitante, aun cuando encuentre garantías suficientes que equilibren la posición del particular en el proceso cautelar⁴⁸.

Se ha dicho que el informe previo, por sí, se erige como un elemento más de convicción del que el magistrado podrá valerse a la hora de hacer lugar o no a la medida cautelar peticionada, porque hasta esa instancia, los elementos existentes sólo resultan los aportados por el peticionante en reclamo de la tutela de derechos propios⁴⁹.

No obstante, queda por responder el interrogante relativo a la vinculación existente entre el informe previo como elemento de convicción que servirá de ayuda al juez para el despacho de la cautela, que en doctrina ha sido calificado como *informe-noticia*⁵⁰, con el segundo aspecto contenido en la prerrogativa que recae sobre la Administración, plasmada en el art. 4º LMC, *expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada*.⁵¹

Las condiciones de admisibilidad, entiendo que han de ser definidas como aquellas principalmente formales que el solicitante debe acreditar para que su pretensión cautelar pueda ser considerada por el juez –v. gr.: solicitud de suspensión de efectos previa en sede administrativa, que el plazo de caducidad del art. 25 LNPA no haya operado–.

c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814; id., 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261; id., 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126, entre otros.

⁴⁸ La medida cautelar interina. Sobre este instituto nos referiremos en el capítulo IV.

⁴⁹ LYNN, Virginia, *Medidas...*, op. cit., p. 73.

⁵⁰ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, op. cit., p. 336.

⁵¹ Sobre la naturaleza jurídica del informe previo, nos referiremos en el Capítulo III. 3.

Por su parte, las condiciones de procedencia son aquellas que no impiden que el juez pueda considerar la petición cautelar, pero que su falta de acreditación suficiente determinará el rechazo de la cautela peticionada –v. gr.: los requisitos establecidos en los arts. 13, 14, 15 y 16–.

Previo a responder por el interrogante relativo a la vinculación del informe previo con la facultad de expedirse sobre las condiciones apuntadas, es preciso efectuar una serie de consideraciones al respecto, debido a que, como fuera apuntado más arriba, el fundamento primario de la tutela cautelar administrativa radica en asegurar el cumplimiento oportuno del principio de legalidad o juridicidad⁵².

Desde esa línea, si bien el artículo en comentario pone sobre la Administración la facultad –bajo la alocución “podrá”– de expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada, ello resulta indudablemente vinculado con el contenido del informe previo que deberá evacuar y ha de ser interpretada de forma análoga a la situación que surge del art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (“LNPA”) –anulación de oficio del acto administrativo–.

Sobre la situación en torno a aquel artículo de la LNPA, la doctrina ha entendido que tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquella resulte pertinente, como la deducción de la demanda judicial, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen un *deber de cumplimiento ineludible* que corresponde a la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio⁵³.

⁵² Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 454.

⁵³ COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada ‘acción de lesividad’”, en AA.VV., *El estado constitucional de derecho y el derecho administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 43. Como indica el autor, esa postura ha sido sostenida en doctrina en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, 2a edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 181; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4° edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 646; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 287. La Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado también, que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es “una obligación de la Administración” (Dictámenes: 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.) y, a su vez, que “*esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutar la revocación, o*

Entiendo que la vinculación entre el informe previo y el pronunciamiento acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada resulta similar.

Naturalmente, la autoridad requerida no podría optar por formular una oposición sustancialmente infundada.

Por otro lado, tampoco podría sostenerse que el incumplimiento por parte de la actora de los requisitos de admisibilidad o de procedencia exigidos para su otorgamiento, pueda eximir a la Administración de formular las correspondientes oposiciones y cuestionamientos respecto de los argumentos invocados en la medida solicitada, en virtud de la expresa habilitación normativa que la LMC le ha fijado a tales efectos, reconociéndola como parte del proceso cautelar.

Sin perjuicio de si la producción del informe previo y esta facultad de expedirse constituyen “obligaciones” o “cargas”, punto sobre el que volveremos en el capítulo III.3.2.2., advierto que estos dos componentes de la prerrogativa procesal instaurada por el legislador en el art. 4º de la LMC, han de ser necesariamente ejercidas por la autoridad sujeto pasiva de la medida.

Digo necesariamente por que una de las características de las prerrogativas es su irrenunciabilidad⁵⁴. Lo que no implica una mera teorización académica sobre el instituto en cuestión, ya que esta particularidad demandará un preciso comportamiento por parte de la Administración y necesariamente, como veremos más adelante, habrá de producir efectos determinantes en el proceso cautelar donde, como hemos sostenido, estos dos componentes que integran la prerrogativa comentada no pueden ser escindidos por la íntima vinculación que los une.

Además, una interpretación en este sentido, necesariamente hace a la seguridad jurídica porque, el particular peticionante, como el juez interviniente, sabrán a qué atenerse⁵⁵.

bien –admitida la existencia de la ilegitimidad– deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto” (Dictámenes: 183:275; 200:133; 205:128; 214:68).

⁵⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, op. cit., ps. 419-420 –ver particularmente cita nº 1568– y ps. 424-425.

⁵⁵ *Ibíd.* Particularmente cita nº 1588, donde con referencia a RECASÉNS SICHES, el autor cita el pasaje que dice “...*El derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido) ...*”.

III.1.3. PROCESOS ALCANZADOS.

Por imperativo de la LMC –art. 1º–, a las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, les será de aplicación el art. 4º de la ley.

Sin perjuicio de las excepciones al principio allí establecido que analizaremos en el capítulo que sigue, resulta adecuado considerar tres supuestos: (i) qué ocurre en procesos especiales como el amparo; (ii) si el art. 4º es de aplicación cuando la pretensión cautelar es efectuada por la Administración pública; y (iii) si la LMC se aplica en aquellos procesos judiciales que tramiten en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(i) Así como la LMC ha fijado como principio la aplicación del art. 4º a toda pretensión cautelar postulada contra actuaciones u omisiones del Estado nacional o sus entes descentralizados, también ha expresamente excluido, en su art. 19, a los aspectos que no serán de aplicación en el proceso regido por la Ley Nº 16.986.

Analizado dicho precepto, advertimos que la exigencia del informe previo subsiste para el proceso constitucional de amparo, con la salvedad efectuada en el art. 4º, inc. 2º, por cuanto el plazo máximo de cinco (5) días para la producción del informe, será de tres (3) días.

Sobre el punto, considero que el tratamiento que la LMC ha otorgado a las medidas cautelares en el proceso de amparo, no se ajusta a las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional.

Como se ha sostenido en doctrina, “*el derecho a solicitar – y obtener llegado el caso– la tutela cautelar respecto de cualquier interés jurídico afectado por el obrar estatal deriva directamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –incorporada a nuestro derecho como contenido esencial de la garantía prevista en el art. 18, CN–.*”⁵⁶

En el marco de la acción de amparo, a fin de que los derechos afectados y cuyo resguardo se solicita se vean efectivamente tutelados, es necesario que exista un sistema cautelar que garantice, en esos términos, la eficacia de la acción constitucional en cuestión, toda vez que constituye un complemento indispensable de todo proceso⁵⁷.

⁵⁶ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar...*, op. cit, p. 65.

⁵⁷ Cfr. Ibídem, p. 306.

Asimismo, a fin de juzgar la aptitud del sistema cautelar que garantice la eficacia del amparo, es preciso considerar que *“un efecto destacable de la reforma constitucional de 1994 es que elevó la acción de amparo al mismo nivel de los derechos que pretende proteger”*⁵⁸

En tal sentido, la constitucionalización del amparo indudablemente ha venido a fortalecer los derechos constitucionales en situaciones de urgencia, donde no resultaría ajustado a este fortalecimiento, una regulación de su proceso cautelar que no brinde una adecuada tutela que permita asegurar el cumplimiento de una sentencia que juzgue la afectación de derechos fundamentales.

Así, se ha postulado que en el marco de los procesos de amparo, debido a las circunstancias involucradas, *“los jueces...en ejercicio de los amplios poderes con que cuentan, están facultados para dictar cuantas medidas resulten adecuadas...a fin de procurar la vigencia del principio que gobierna la materia: ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón’”*⁵⁹.

En esa línea, dado que el fundamento de la acción de amparo, las reglamentaciones que de ese precepto puedan efectuarse deberán necesariamente juzgarse con estrictez.

De tal forma, así como con la entrada en vigencia de la reforma constitucional, otras prerrogativas estatales contenidas en la Ley 16.986 fueron dejadas de lado –v. gr.: art. 2° inc. a) relativo al agotamiento de la instancia administrativa– a fin de asegurar el acceso directo de los justiciables a la instancia judicial, considero que similar tratamiento debe darse al informe previo de la LMC.

Esa interpretación no importaría un quiebre en el equilibrio entre prerrogativas y garantías porque el propio fundamento constitucional del amparo parte de privilegiar la tutela rápida y expedita de bienes jurídicos que por su jerarquía no pueden admitir demora.

⁵⁸ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3° edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 483.

⁵⁹ MORELLO, Augusto M., VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, 5° edición, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p. 181.

(ii) Los arts. 16⁶⁰ y 17⁶¹ de la LMC regulan las medidas cautelares solicitadas por el Estado. En el primer caso recepta la potestad cautelar genérica en cabeza de la Administración y, en el segundo, una específica para la tutela urgente del interés público comprometido ante interrupciones de servicios públicos.

La regulación de dichas pretensiones cautelares se ha centrado en reconocer legitimación a la Administración para ejercitar dicha facultad y definir los presupuestos que, como solicitante, la autoridad pública requirente deberá cumplimentar. Sin embargo, no ha incorporado previsiones específicas como sí lo ha hecho sobre aquellas cautelas solicitadas por los particulares –v. gr.: procedencia del informe previo en este caso a quien resultará afectado por la medida que pueda dictarse, disposiciones particulares relativas a la vigencia y caducidad, entre otras–.

En el punto III.1 sostuvimos que la LMC ha receptado el principio de intervención administrativa previa. Ello, de la lectura de las expresas previsiones de la norma para el trámite de aquellas medidas cautelares en donde la autoridad pública resulta destinataria de la medida.

En doctrina, se ha sostenido que en el caso de las medidas cautelares de los arts. 16 y 17 de la LMC, su otorgamiento debe resolverse previo traslado con la contraparte, con arreglo al principio de bilateralidad establecido en el art. 4º de la

⁶⁰ “Artículo 16: El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad;
2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada;
3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal”.

⁶¹ “Artículo 17: Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación”.

ley, a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio del destinatario de la resolución cautelar⁶².

Como seguidamente se verá, no comparto esa postura porque para dilucidar si ante la falta de regulación expresa en la LMC sobre si el informe previo debe en esos casos ser requerido a quien pueda resultar afectado por la medida cautelar solicitada por la autoridad pública, es preciso traer nuevamente a colación cuál es el fin perseguido por el art. 4º de la LMC.

Así, el propio texto del art. 4º indica que el contenido del informe deberá *dar cuenta del interés público comprometido*.

En virtud de ello, el esquema dispuesto por el legislador determinaría que, en un proceso cautelar, el informe previo debería ser requerido a aquella parte cuya principal finalidad de actuación sea la de velar por el interés público.

De acuerdo al régimen jurídico de las funciones del Estado, el fin esencial de la función administrativa, cuya titularidad, en principio, se encuentra en cabeza de los distintos órganos de la Administración pública, para quien la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público⁶³ y su defensa, constituye un deber indispensable e irrenunciable⁶⁴.

En esa línea, podemos sostener que la exigibilidad del informe previo como potestad administrativa, resultaría exigible únicamente cuando el destinatario de la medida cautelar ejerce función administrativa. De lo contrario, de acuerdo con el espíritu de la LMC, el fundamento de la prerrogativa del informe previo estaría ausente.

Ahora bien, en ese escenario, es preciso analizar cómo operaría el requerimiento del informe previo cuando el sujeto destinatario de la medida sea otra persona que ejerza función administrativa.

Ese tipo de relaciones jurídicas se enmarcan dentro de las interadministrativas. La doctrina ha sostenido que una de las características propias de las controversias interadministrativas es que *“se elimina todo enfrentamiento entre sujetos*

⁶² SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado nacional”, en AA.VV., CICERO, Nidia Karina (Directora), *Legislación usual: derecho administrativo*, Tomo II, 1º edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 1068.

⁶³ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴ COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla”, publicado en *El Derecho – Administrativo*, suplemento del 8/6/2016, ps. 3-4.

*estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público*⁶⁵.

Como corolario de ello, toda vez que el requerimiento del informe previo se trata de una prerrogativa en cabeza de la Administración, en una situación jurídica donde el régimen imperante torne inaplicables las prerrogativas del poder público, su exigibilidad no es posible.

(iii) Queda por referirnos a la aplicabilidad del régimen de la LMC, en particular su art. 4º, a aquellos pleitos que tramiten en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Recientemente, el Máximo Tribunal nacional se ha pronunciado al respecto, sentando que la jurisdicción originaria de la Corte se halla fuera del alcance de la LMC, con el fundamento que aquella previene directamente de la Constitución Nacional y, como consecuencia de ello, no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna⁶⁶.

Considero adecuada la conclusión a la que la CSJN ha arribado, en los supuestos que consideraré, pero debo disentir en los fundamentos. De sostenerse que la competencia originaria del tribunal no resulta reglamentable porque previene directamente de la Constitución Nacional, los planteos que puedan ser efectuados en dicha instancia, no podrían, por ejemplo, encontrar cauce procesal en el CPCCN, y siguiendo esa lógica, deberían quedar librados a la costumbre judicial del tribunal.

Por ello, entiendo que la inaplicabilidad del art. 4º de la LMC no puede diferir según la instancia judicial en la que el trámite cautelar se dirima.

En consecuencia, la aplicabilidad o no de dicho precepto deberá juzgarse según las circunstancias de hecho de los casos sometidos ante la CSJN en competencia originaria.

Así, por ejemplo, la prerrogativa del art. 4º de la LMC no resultaría aplicable cuando la controversia judicial se suscite entre dos o más personas

⁶⁵ IVANEGA, Miriam Mabel, *Principios de la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 169-170; GALLI BASUALDO, Martín, “Los actos interadministrativos”, en AA.VV., TAWIL, Guido Santiago, *Acto administrativo*, 1º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 31.

⁶⁶ CSJN, 24/11/2015, “Provincia de Córdoba c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, sin cita de Fallos, Expte. N° 783/2013, considerando 4º.

estatales pertenecientes a distintas esferas de competencia constitucional (Nación-Provincia, Nación-Municipio), porque nuevamente nos encontraríamos en presencia de una relación jurídica interadministrativa.

III.2. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO. EL ART. 2.2 DE LA LMC

Como hemos postulado más arriba, el legislador, al sancionar la LMC, ha establecido expresamente una nueva prerrogativa procesal en cabeza de la Administración.

No obstante, en el inciso 3° del artículo 4° ha plasmado una excepción al principio de intervención administrativa previa del sujeto pasivo de la medida, excluyendo el requerimiento del informe previo en aquellos supuestos donde la tutela tenga como objeto la protección de la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, o que el peticionante, independientemente del derecho involucrado, integre un sector socialmente vulnerable, situación que habrá de acreditar en el proceso.

Sobre este punto volveremos en el capítulo IV cuando efectuemos el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de estas excepciones.

III.3. NATURALEZA JURÍDICA

El desarrollo de este capítulo requiere un análisis de tres aspectos que están indudablemente vinculados, a partir de donde podrá extraerse una conclusión definitoria sobre las características del proceso cautelar legislado por la LMC y las consecuencias prácticas que proyecta sobre las partes procesales:

- La naturaleza jurídica de la resolución judicial que ordena la evacuación del informe previo;
- la naturaleza jurídica del informe previo; y
- la consideración de estos institutos a la luz del reformado proceso judicial diseñado por la LMC.

III.3.1. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN QUE ORDENA LA EVACUACIÓN DEL INFORME PREVIO.

Como hemos desarrollado en los acápites precedentes, parte de la doctrina, a la que no adherimos en este punto, ha postulado que “*la ley en comentario, introdujo un procedimiento previo, breve y sencillo, por cuyo conducto el tribunal, antes de decidir, se abastece de información pública necesaria y útil para resolver adecuada y prudentemente si estima o desestima la pretensión cautelar*”⁶⁷.

Del propio texto del art. 4° de la LMC surge la obligación que se le impone al juez interviniente de requerir el informe previo a la autoridad pública. Obligación que hace a la observancia del debido proceso legal en materia cautelar frente al Estado, tornando su evacuación, en consecuencia, en un ineludible deber⁶⁸, tal como lo indicáramos en el capítulo III.1.2.

Ante la indudable naturaleza imperativa de su requerimiento en sede judicial, la disposición del informe previo integra el grupo de los actos procesales que se definen como de comunicación o transmisión, que resultan “*aquellos que tienen por objeto poner en conocimiento de las partes, de los terceros o de los funcionarios judiciales o administrativos, sea una petición formulada en el proceso o el contenido de una resolución judicial*”⁶⁹.

Dentro de ese grupo, el tipo de acto procesal al que más se asemeja el requerimiento de informe resulta el traslado⁷⁰, entendido como “*aquellas providencias mediante las cuales los jueces o tribunales deciden poner en conocimiento de las partes o de los terceros las peticiones encaminadas a obtener una resolución capaz de afectarlos, concediéndoles de tal manera la oportunidad de formular alegaciones...en apoyo de los derechos que estiman asistirles*”⁷¹.

⁶⁷ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 333.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 338.

⁶⁹ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Tomo V –actos procesales–, segunda reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 339-340.

⁷⁰ CNCAF, Sala II, 19/11/15, “López Larsen, Pablo c/ Administración Nacional de Parques Nacionales s/ Proceso de Conocimiento”; *id.*, Sala III, 29/3/16, Incidente N° 1 s/ Inc. de Medida Cautelar en autos “QND S.A. c/ EN – M. Economía-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.

⁷¹ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 340.

III.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME PREVIO

Resulta oportuno tratar el segundo aspecto indicado: la naturaleza jurídica del propio informe previo.

El análisis de este extremo resulta trascendente a los efectos del presente trabajo, porque dependiendo de la interpretación que se asigne al instituto, diferirán los efectos que este trámite pueda tener sobre el proceso cautelar. Indudablemente no tendrá el mismo significado reconocer al informe previo naturaleza de, por ejemplo, contestación de demanda o contestación de traslado, que de simple informe.

Para la consideración de la naturaleza jurídica resulta importante recordar y analizar otros “informes” que han sido legislados, particularmente para el amparo y el amparo por mora.

Esta remisión es de gran valor debido a que, como veremos, en oportunidad de la sanción de las normas regulatorias de los procesos mencionados, similares discusiones a la planteada en el presente trabajo se han planteado y al día de hoy son temas que ocasionan no menores discusiones en los tribunales.

III.3.2.1. El caso del amparo y del amparo por mora

El instituto del informe del art. 8° de la Ley de Amparo N° 16.986, como adelantáramos, planteó una discusión similar en torno a su naturaleza⁷². Dicha norma indica: “*Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá la autoridad*”

⁷² RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, 3° edición, La Rocca, Buenos Aires, 2003, ps.409-411. El autor hace un raconto histórico de la postura asumida por la CSJN en el precedente “Morano, Adolfo J. y otros” del 29/9/1961 (Fallos 251:86), dictado aún antes de la entrada en vigencia de la Ley de Amparo, donde consagró carácter bilateral del proceso de amparo sentando “*que el carácter excepcional del amparo no excluye la vigencia de los principios básicos del derecho procesal, entre los cuales, naturalmente, sobresalen los relativos a la defensa de aquel contra quien se dirige la acción (Fallos 248:536). Sin que esa defensa sea resguardada, a lo menos en la medida necesaria para que su esencia no aparezca desconocida, no puede haber juicio constitucionalmente válido, dentro del ordenamiento jurídico argentino*”. Sin embargo, agrega, que no faltaron opiniones que sostuvieron la unilateralidad del amparo, solución que se adecuaría más al origen cautelar que sirvió de causa a dicho proceso constitucional urgente. Así, refiere al voto del Dr. Aberastury en el precedente de la CSJN “Pinales SRL” del 14/7/1961 –también previo a la ley de amparo– (Fallos 250:151), como a la opinión de Orgaz que concebía al amparo como un proceso urgentísimo y unilateral (ORGAZ, Alfredo, “La legislación sobre amparo”, LL, 102-1072). El autor termina rectificando su postura original por la que el informe del art. 8 significaba una verdadera contestación de demanda, debido a las diferencias existentes entre dicho acto normado por el CPCCN y este específico del amparo –limitaciones probatorias, entre otras–, terminando por interpretarlo como un proceso de bilateralidad atenuada.

que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso.

El requerido deberá cumplir la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor.

Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo.” (el subrayado me pertenece)

De la simple lectura del artículo, se aprecian las similitudes y diferencias que el informe del régimen de amparo, al menos en su concepción normativa originaria, tiene con lo prescripto para las contestaciones de demanda en el art. 356 del CPCCN⁷³.

Ahora bien, como vemos, la ley de amparo también ha normado un *informe* que, de acuerdo con la naturaleza de aquel proceso constitucional, posiblemente diferirá del *informe previo* de la LMC y que, a su vez, tampoco tendrá el mismo significado del *informe* previsto en el art. 28 de la LNPA para el amparo por mora.

En este último caso, el art. 28 de la LNPA indica que el juez “*requerirá a la autoridad administrativa interviniente que...informe sobre las causas de la mora aducida...Contestando el requerimiento...se resolverá lo pertinente acerca de la mora...*”.

⁷³ Artículo 356 CPCCN: “*En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas de que intente valerse.*”

Deberá, además:

1) Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso.

No estarán sujetos al cumplimiento de la carga mencionada en el párrafo precedente, el defensor oficial y el demandado que intervinieren en el proceso como sucesor a título universal de quien participó en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba.

2) Especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa.

3) Observar, en lo aplicable, los requisitos prescritos en el artículo 330”.

Nuevamente, de la simple lectura de dicho artículo, se aprecia la similitud que este tiene respecto del primer párrafo del art. 8° de la Ley de Amparo, aunque parte de la doctrina ha sostenido que el informe normado en este artículo encontraría limitado su objeto a aportar al proceso datos concretos y precisos acerca del estado de las actuaciones administrativas⁷⁴.

Desde esa línea doctrinaria, que no compartimos, el *informe* del art. 28 de la LNPA, al menos de lo que la norma expresamente determina que su contenido debería ser, no constituiría un acto de defensa o resistencia sino de mera transmisión objetiva de datos contenidos en un expediente administrativo. En este supuesto, ante ausencia de regulación específica de dicho instituto, no resultaría de aplicación analógica el régimen de la Ley N° 16.986 –diseñado para un proceso contencioso–, sino las previsiones del CPCCN relativas a la prueba de informes (arts. 396 y ss.)⁷⁵.

Sin embargo, se ha señalado que una postura como la indicada en el párrafo precedente, no toma en cuenta la práctica cotidiana del amparo por mora vernáculo porque a la hora de evacuar el mentado *informe*, la autoridad administrativa requerida no presenta un escrito aséptico sino que, por el contrario, además de intentar justificar su mora, suele introducir reparos y oposiciones a la procedencia de la pretensión del actor, sea por cuestiones fácticas o por valoraciones jurídicas⁷⁶.

De ello, podría colegirse que el instituto del informe en el amparo por mora, sin perjuicio de la previsión normativa donde como parte de la doctrina

⁷⁴ Así, se ha postulado que a diferencia del informe previsto en el art. 8° de la Ley de Amparo –que reúne la doble condición de ser *informe-noticia* pero también *informe-réplica*– el informe que produce la autoridad requerida en el amparo por mora es un mero informe-noticia que de modo alguno puede ser identificado como la contestación de una demanda. SAMMARTINO, Patricio M. E., *Amparo y administración. En el estado constitucional social de derecho*, Tomo I, 1° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 693-694.

⁷⁵ *Ibidem*.

La CSJN, ha sostenido que el amparo por mora de la administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el artículo 28 de la LNPA y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial. Dictamen del Procurador al que el Tribunal remite, en CSJN, 14/9/2000, “Ambrosino, Miriam G. y otro c/ Obra Social del Personal de Refinerías de Maíz s/ pago de diferencias salariales”, Fallos 323:2602

⁷⁶ Cfr. GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, 1° edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 87.

lo ha entendido, no implica la bilateralización del proceso judicial⁷⁷, la actitud procesal que la Administración adopta al contestarlo, termina convirtiéndolo en uno bilateral de conocimiento sumario, debido a las distintas limitaciones que en dicho trámite le es impuesto en virtud de su propio objeto –v. gr.: apertura a prueba–⁷⁸.

Por consiguiente, en línea con la postura citada, podría interpretarse que sin perjuicio de la delimitación del objeto del informe de acuerdo con el art. 28 de la LNPA, por la naturaleza jurídica del amparo por mora como una especie de la acción de amparo constitucional⁷⁹, nada impediría que la Administración requerida en oportunidad de contestarlo ejerza su derecho de defensa, asumiendo las consecuencias que conlleva un proceso bilateral.

De estos dos tipos de informes referidos, puede sostenerse que el legislador ha empleado en los distintos ordenamientos particulares, iguales términos –informe–, pero con distinto contenido y alcance, según le fuera reconocido.

Sin embargo, debido a la forma en que los tribunales han mantenido una postura flexible en torno al objeto de cada uno de los institutos comentados, particularmente a partir de la tolerancia de amplísimo despliegue de actividad procesal, estos procesos judiciales se han “ordinarizado” en exceso de lo prescripto por sus propias reglamentaciones.

En tal sentido, no obstante las observaciones que doctrinariamente se han postulado a las que hemos hecho referencia⁸⁰, el informe del art. 8 de la Ley de Amparo, como el del 28 de la LNPA para el amparo por mora, tanto de acuerdo con sus específicas naturalezas jurídicas, como la “ordinarización” apuntada, hoy pueden interpretarse como *informes-noticia* y a su vez *informes-réplica*⁸¹. Como corolario de ello, en estos procesos judiciales se encuentra inserta la contradicción y los restantes elementos propios de un proceso contencioso bilateral.

⁷⁷ HUTCHINSON, Tomás, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 21, p. 15.

⁷⁸ GUSMAN, Alfredo S., *Juicio...*, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁹ Ver referencia jurisprudencial expuesta en la nota N° 75.

⁸⁰ Ver nota N° 72.

⁸¹ Por el significado de dichos términos, ver nota N° 74.

III.3.2.2. El informe previo de la LMC.

¿Qué ocurre entonces con el informe previo del art. 4° de la LMC?

Como lo hemos sostenido en el punto III.1.2., la prerrogativa incorporada por el legislador en el art. 4° se comprende de dos partes que tienen una vinculación que resulta, en ciertos casos, inescindible, demandando en aquellas oportunidades la adopción por parte de la autoridad requerida de una actitud procesal de oposición.

Se ha postulado que *“mientras la evacuación del informe es un deber procesal, un imperativo jurídico que la autoridad pública debe cumplir con objetividad, el pronunciamiento de la autoridad con relación a la admisibilidad y procedencia de la pretensión cautelar, en cambio, es solo una carga procesal que podrá ser o no cumplida, sin que su inobservancia genere ningún tipo de sanción”*⁸²

Como carga procesal, su cumplimiento o incumplimiento resultará posible siempre desde el punto de vista procesal. Ahora bien, considero que dicha interpretación no resulta posible en el derecho administrativo porque de acuerdo con los caracteres propios de las prerrogativas de la Administración pública, la falta de adopción o el ejercicio abusivo de una conducta procesal de oposición en esos casos que hiciéramos referencia no podría dejarse pasar por alto desde esta área del derecho, particularmente desde su rama disciplinaria.

El autor citado indica que el informe previo constituye un *informe-noticia*⁸³, pero en sus escritos no asigna naturaleza a esta facultad de la Administración de expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar.

Como lo indicáramos previamente respecto del amparo por mora, de acuerdo con la previsión del art. 28 de la LNPA, el objeto del informe allí requerido debería limitarse sólo a dar cuenta de las causas de la demora aducida, pero luego, como consecuencia de su naturaleza análoga al amparo constitucional⁸⁴, o como en doctrina que no compartimos se ha sostenido, según la actitud procesal que la

⁸² SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 338.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Ver referencia jurisprudencial expuesta en la nota N° 75

Administración tomara, dicho proceso mutaría hacia uno bilateral y de conocimiento sumarísimo⁸⁵.

En el caso de la LMC, esta última cuestión –la bilateralización del proceso cautelar–, entiendo que ha sido directamente prevista en la norma al “facultar”, con los alcances apuntados previamente, a la autoridad sujeto pasiva de la medida a expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la cautela solicitada, no dejando librado a la suerte de la postura procesal que se adopte, la naturaleza del proceso, independientemente de si la autoridad cumplió o no con su deber de oposición.⁸⁶

Es decir, a diferencia de la situación del amparo por mora, siguiendo términos empleados, el informe previo de la LMC, por imposición normativa debe ser caracterizado como un *informe-réplica*, que naturalmente traerá ciertas consecuencias al proceso, sobre las que volveremos más adelante.

III.3.3. EL INFORME PREVIO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCESO CAUTELAR

Sin ánimo de ser reiterativo sobre el punto, hemos indicado que la LMC ha introducido modificaciones sobre el régimen normativo-pretoriano que regía el instituto cautelar con anterioridad en el ámbito federal, dejando de lado el principio *inaudita parte* de trámite cautelar, por el de intervención administrativa previa, cuando la Administración resulta parte requerida, o cuando en los términos de los arts. 16 y 17, el sujeto destinatario de la medida ejerza función administrativa en los supuestos indicados.

Oportunamente cuestionamos este punto, haciendo referencia a lo que señalara García Pullés años antes de la entrada en vigencia de la LMC, donde la sustanciación previa del pedido cautelar con la contraparte “*no solo no se ajusta, sino que parte de la falta de comprensión de la economía de la ley procesal y posterga las*

⁸⁵ GUSMAN, Alfredo S., *Juicio...*, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁶ De esa forma, desde el punto de vista procesal, al establecerse la “facultad” de oposición como una carga, se lo faculta a ejercer el derecho de defensa de los intereses que tiene a su cargo. PALACIO define a las cargas procesales como “*la necesidad de una determinada actuación para prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable. A diferencia de los deberes, que siempre presentan imperativos impuestos en el interés de un tercero o de la comunidad, las cargas son imperativos del propio interés*”, por consiguiente, su ejercicio es renunciabile. PALACIO, Lino E., *Manual...*, *op. cit.*, ps. 58-59.

*instituciones creadas por el legislador para atender a las circunstancias que pretenden juzgarse*⁸⁷.

Ante esa situación, considero que la postura que el legislador ha adoptado con la LMC, ha sido la de transformar el proceso de las medidas cautelares en un proceso de conocimiento sumario, cuyo objeto es el fin cautelar solicitado, quedando de la clásica medida cautelar del contencioso administrativo, la nueva medida interina del art. 4º, inciso 1º, apartado 3º de la LMC, con las particulares exigencias que para el otorgamiento de esta se han previsto⁸⁸.

Entonces, por medio del informe previo y la prerrogativa procesal instaurada en el art. 4º, considero que se ha atemperado uno de los principales caracteres de las medidas cautelares, que es la consideración de si sus presupuestos están o no cumplimentados sobre bases *prima facie* verosímiles⁸⁹, por un análisis más sustancial de dichos extremos.

Confirma esta tesis el diferimiento de la resolución sobre su otorgamiento hacia posteriores instancias –intervención administrativa previa mediante⁹⁰–, aun contando el juez con la facultad de adecuar la pretensión cautelar formulada por el requirente.

En línea con estas nuevas características del proceso cautelar –particularmente por el alejamiento de sus caracteres propios⁹¹ y por la imposición normativa del art. 4º– es que salvo para las excepciones del art. 2º inciso 2º, como en los casos de los arts. 16 y 17, con las salvedades apuntadas, el legislador ha

⁸⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Medidas...*, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁸ Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran. Sobre este punto volveremos en el capítulo IV.

⁸⁹ CSJN, 20/12/1984, “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/ Medida de no innovar”, Fallos 306:2060; *id.*, 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711; *id.*, 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814; *id.*, 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261; *id.*, 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126, entre otros.

⁹⁰ De la forma apuntada en el capítulo III.1.2.

⁹¹ Dictado inaudita parte sobre bases *prima facie* verosímiles, naturaleza instrumental.

optado por no postergar o aplazar el ejercicio del derecho de defensa hasta instancias posteriores, como ocurre con las medidas cautelares del proceso civil y comercial.

Así, desde un análisis procesalista, podría sostenerse que la LMC y su informe previo refleja el principio por el cual *las decisiones judiciales no pueden ser adoptadas sin el previo traslado a la parte contra la cual se pide o, lo que es lo mismo, sin que se otorgue a esta última oportunidad de defensa*⁹².

Dentro del derecho procesal administrativo, dicho impedimento resultaría el ejercicio de la defensa del interés público en el proceso, como el derecho que los órganos en ejercicio de la función administrativa han de proteger, expresamente demandado por la ley procesal –la LMC–.

Como corolario de ello, el informe requerido, como la “facultad-deber” de oposición que el art. 4º LMC le reconoce a la autoridad pública requerida para que lleve adelante en esta instancia procesal, necesariamente producirían efectos sobre el proceso cautelar judicial ya que, por imperativo normativo, el fundamento del traslado previo del art. 4º resultaría una consecuencia directa del principio de bilateralidad procesal.

Ello independientemente de la posición que las partes puedan adoptar respecto de la pretensión cautelar que sea esbozada⁹³, que, naturalmente, producirá efectos adicionales al proceso judicial y, como consecuencia de ello, habrán de ser interpretadas de forma tal que se condiga con la nueva naturaleza del proceso cautelar contencioso administrativo.

Sin perjuicio de lo hasta aquí sostenido, distintas posturas se han erigido en disímiles sentidos respecto de si el proceso de conocimiento sumario en lo que hoy se convertido el proceso cautelar, es bilateral o unilateral, con todas las consecuencias que ello importa.

⁹² MORELLO, Augusto Mario..., *Códigos...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 606

⁹³ Recordamos que la producción del informe previo por sí solo, desde un punto de vista del derecho procesal, es un *deber* de la autoridad pública, y su oposición en dicha oportunidad procesal, una *carga procesal*. Sin embargo, sobre la facultad de oposición, de acuerdo a lo desarrollado en los Capítulos III.1.2. y III.3.2.2., sostengo que desde el punto de vista del derecho administrativo, esta no puede ser interpretada como una *carga procesal* sino como un *deber* en cabeza de la administración, debido a la naturaleza de prerrogativa que ostenta.

III.3.4. LAS DISTINTAS POSTURAS

Luego de entrada en vigencia la LMC, numerosas piezas doctrinarias han analizado la forma en que el nuevo marco normativo cautelar ha legislado el instituto en cuestión, tratando los distintos institutos que el régimen sancionado ha venido a incorporar, a partir, en principio⁹⁴, de los vigentes criterios de la jurisprudencia especializada.

Dentro de las distintas aproximaciones al instituto, la vasta mayoría de los autores se han explayado sobre el informe previo y las consecuencias que su exigencia ha traído sobre el proceso cautelar, si lo bilateraliza o si el principio de trámite *inaudita parte* se mantiene o ha sido “atemperado”.

En esa línea, desde el derecho administrativo, BALBÍN⁹⁵, SIMÓN PADRÓS⁹⁶, VALLEFÍN⁹⁷, LYNN⁹⁸, CASSAGNE E.⁹⁹ y COMADIRA J.P.¹⁰⁰, como desde el derecho procesal, OTEIZA¹⁰¹, ROJAS¹⁰² y GOZAÍNI¹⁰³, han sostenido que el informe previo del art. 4º produce una bilateralización del proceso cautelar, dejando de lado el principio sentado en el art. 198 del CPCCN que determina que las medidas cautelares se decretan y cumplen si audiencia de la otra parte.

Por otro lado, SAMMARTINO¹⁰⁴, con fundamento en la naturaleza jurídica que le asigna *–informe-noticia–*, sostiene que el proceso cautelar, luego de la sanción de la LMC, ha mutado de uno unilateral a uno unilateral atenuado.

Por su lado, el fuero contencioso administrativo federal, se ha inclinado por considerar que la sola presentación del informe previo importa el

⁹⁴ Sobre este punto, ver lo expuesto en la nota N° 27.

⁹⁵ BALBÍN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, 3º edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 774.

⁹⁶ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas...”, *op. cit.*, ps. 1018-1019.

⁹⁷ VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, ps. 92-94.

⁹⁸ LYNN, Virginia, *Medidas...*, *op. cit.*, p. 116. La autora, al referirse a la bilateralidad instaurada por la LMC, la define como una bilateralidad atenuada.

⁹⁹ CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁰ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, ps. 242 y ss.

¹⁰¹ OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento...”, *op. cit.*, ps. 98-99.

¹⁰² ROJAS, Jorge A., “El nuevo...”, *op. cit.*, ps. 133-135.

¹⁰³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas...”, *op. cit.*, ps. 76-77.

¹⁰⁴ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, ps. 332 y ss.

cumplimiento de un requisito legal, pero que no puede considerarse que la producción de ese informe implique por sí bilateralización del proceso¹⁰⁵.

Sin embargo, en el supuesto que la autoridad pública requerida adoptase un temperamento de oposición a la pretensión cautelar explicitando la falta de verificación de las condiciones de admisibilidad y procedencia, acompañando las constancias documentales que considere pertinentes (art. 4º, inc. 1º, segundo párrafo de la LMC), dicha circunstancia, dado que las defensas opuestas excederían el contenido de un mero informe, configurarían la bilateralidad propia de una incidencia¹⁰⁶.

De tal forma, el fuero contencioso administrativo federal, a efectos de determinar el carácter bilateral o unilateral del proceso, se atiene al temperamento procesal que la autoridad requerida adopte en oportunidad de evacuar el informe previo.

Como hemos sostenido, en nuestra opinión, dicha escisión del art. 4º de la LMC no parecería posible, ya que, en última instancia, el no ejercicio del deber de oposición, no puede hacer mutar un proceso normativamente consagrado como bilateral en uno unilateral¹⁰⁷.

III.4. EFECTOS SOBRE EL PROCESO

La asignación de uno u otro significado o naturaleza al informe previo impacta directamente en los institutos que componen al proceso cautelar, y, de acuerdo con cómo se lo categorice, dependerá la interpretación a la que en casos de conflicto o duda deberá acudir para integrar dicho marco jurídico.

¹⁰⁵ CNCAF, Sala III, 27/10/2015, “Fretes, Leonela Daiana c/ EN – M. Seguridad –GN– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, *id.*, 21/5/2015, Incidente N° 1 en Autos “Central Puerto SA C/ EN- AFIP-DGI s/Proceso de Conocimiento”; *id.*, 13/8/15, Incidente N° 2 en autos “CNCA SA c/ EN -Mº ECONOMIA-SCI-AFIP y otro s/ medida cautelar (autónoma)”; *id.*, Sala V, 9/4/2015, Incidente N° 1 en autos “Navas Marta Laura c/ UBA -Resol 694/09 (944/08)- Resol 263/09 s/Empleo Público”, entre otros.

¹⁰⁶ CNCAF, Sala IV, 17/5/2016, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN – M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar (autónoma)”, *id.*, 10/2/2015, “Telefónica de Argentina SA c/ EN - CNC s/ Medida Cautelar (autónoma)”.

¹⁰⁷ Téngase presente el caso de los procesos ordinarios donde el demandado no cumple con la carga de contestar demanda. Ello no importa la modificación de un proceso bilateral de conocimiento en uno unilateral, ya que, de lo contrario, ello importaría automáticamente, por ejemplo, que todas las afirmaciones efectuadas en su escrito de demanda se tengan como válidas, sin que aquellas cuestiones que estrictamente puedan ser probadas por la documental acompañada a la demanda, que por el efecto de la declaración de rebeldía se tendrán por reconocida, deban ser probadas (cuestiones técnicas donde una pericia resulte necesaria).

Como apuntáramos más arriba, la bilateralidad o contradicción refleja el principio por el cual *las decisiones judiciales no pueden ser adoptadas sin el previo traslado a la parte contra la cual se pide o, lo que es lo mismo, sin que se otorgue a esta última oportunidad de defensa*¹⁰⁸.

Es preciso recordar que la observancia de la defensa en juicio, como derecho constitucional, no debe importar un ejercicio absoluto y no reglamentable, en el sentido que debe entenderse cumplimentado dicho recaudo en la medida en que se acuerde una *razonable y suficiente* oportunidad de ser oída y de producir probanzas que convengan a su situación dentro del proceso¹⁰⁹.

En esa línea, si bien, por principio constitucional, a la adopción de decisiones judiciales debe preceder el ejercicio del derecho de defensa de las partes intervinientes en el pleito, en los procesos cautelares civiles, debido a su naturaleza, dicha intervención se difiere a instancias posteriores, sin que ello importe necesariamente una lesión al derecho de defensa.

En ese sentido, parecería que la LMC, al menos respecto de la parte estatal interviniente, dejó de lado dicho diferimiento. Sin embargo, el fuero contencioso administrativo federal, como más adelante analizaremos detalladamente, aun frente a esta sustancial innovación de la LMC, sostiene que en lo relativo al resguardo del derecho de defensa en el proceso cautelar, ante la falta de una norma expresa que disponga lo contrario, debe respetarse el principio general de trámite *inaudita parte* receptado por el art. 198 del CPCCN¹¹⁰.

Debido a ello, es que a la hora de analizar las posturas doctrinarias al respecto, pese a que la vasta mayoría de la doctrina sostenga que el proceso es netamente bilateral, lo cierto es que dicha bilateralidad, su reglamentación por la LMC y extensión consagrada, tal como la jurisprudencia lo ha entendido, ha de ser en última instancia juzgada e interpretada de acuerdo con el fin y bajo la óptica de un proceso cautelar y no necesariamente por medio de una comparación con un proceso de conocimiento ordinario.

¹⁰⁸ MORELLO, Augusto Mario..., *Códigos...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 606.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ CNCAF, Sala III, 29/3/16, Incidente N° 1 en autos “QND S.A. c/ EN-M ECONOMIA-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”; *id.*, 26/5/15, Incidente N° 1 en autos “Olimpico S.R.L. c/EN-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, *id.*, 21/5/15, Incidente N° 4 en autos “Erfolg S.R.L. c/ EN-M ECONOMIA y FP-SCI y otro s/ Proceso de Conocimiento”, entre otros.

III.4.1. LA INTEGRACIÓN DE LA LITIS

La primera consecuencia que acarrea la caracterización de un proceso judicial como bilateral es la necesidad de integrar la litis con todas aquellas partes que deban ser involucradas en el proceso desde su origen, como elemento central del principio de contradicción que deriva de la cláusula constitucional del derecho de defensa de la persona y sus derechos¹¹¹.

Así, se ha sostenido que la regla es que las medidas cautelares deben limitarse a las partes procesales, debiendo seguirse un carácter restrictivo respecto a la adopción de medidas cautelares puedan recaer sobre terceros que no han intervenido en el juicio¹¹², si bien cabría excepcionalmente admitir la adopción de medidas cuyos efectos recaigan sobre terceros que no han intervenido en el juicio, cuando ello hace a la tutela, precisamente, del derecho de aquellas¹¹³.

En virtud de ello, ¿en una situación donde el decreto de una medida cautelar pueda tener efecto además de sobre la Administración, sobre terceros particulares, debería ser integrada la litis con estos y admitir la posibilidad que emitan su informe previo o ejerzan su derecho de defensa en esa instancia procesal?

En el capítulo III.1.3, al referirnos a las medidas cautelares solicitadas por la Administración –arts. 16 y 17 de la LMC–, sostuvimos que, salvo en situaciones particulares, la exigencia del informe previo –y, consecuentemente la integración de la litis con todos los posibles destinatarios con carácter previo a resolver sobre su despacho, por imperativo de la prerrogativa del art. 4º, con las consecuencias y desigualdades que naturalmente ello ocasionaría–, resultaría ajeno al proceso cautelar de la LMC.

Ahora bien, existen determinadas materias donde, como recientemente ha ocurrido¹¹⁴, particulares presentan pretensiones cautelares cuyo otorgamiento impacta sectorialmente –sector aerocomercial–.

¹¹¹ PALACIO, Lino Enrique, “*Derecho procesal...*”, *op. cit.*, Tomo I, p. 262.

¹¹² CNCAF, Sala I, 18/4/2002, “Círculo Cerrado SA - Incidente Med y otros c/ Inspección General de Justicia s/ amparo ley 16.986”.

¹¹³ KIELMANOVICH, Jorge, *Código procesal civil y comercial de la nación: comentado y anotado*, Tomo I, 4º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 414.

¹¹⁴ Juzgado Federal de Primera Instancia de San Martín N° 2, 10/1/2018, “Marisi, Leandro y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional – PEN Ministerio de Transporte de la Nación y otro s/Amparo Ambiental”. Ante un planteo con fundamento en cuestiones de distinta naturaleza –ambiental, resguardo de sitios de memoria, vicios en el procedimiento administrativo, aspectos de seguridad–, con posibilidad de impacto en distintos sectores, se otorgó una medida cautelar de no innovar, ordenando, por un lado, la abstención de comienzo

De acuerdo a lo que sostuvimos en el capítulo III.1.3., ha sido correcta la decisión de no ordenar integrar la litis con una aerolínea afectada y la concesionaria del aeropuerto. Respecto de la primera, porque indudablemente no ejerce función administrativa. En el caso de la concesionaria, debo recalcar que pese a que en doctrina se ha entendido que particulares pueden ejercer función administrativa¹¹⁵, en el caso no solo no surgía del régimen de concesión que efectivamente se encontraba desempeñándola sino que de los propios hechos del caso, tampoco surgía evidencia alguna de ello debido a que se su actuación se limitaba a efectuar refacciones edilicias en la terminal aérea.

¿La omisión de traslado de la petición cautelar para la evacuación del informe previo, importaría la ineficacia de la medida otorgada?¹¹⁶

Como expusimos más arriba, la producción del informe previo constituye una obligación inexcusable que impediría tener como válido un proceso en esas circunstancias¹¹⁷, constituyendo para la LMC una de sus principales y más sustanciales obligaciones. Por ello, considero que aún cuando en el art. 4º no se haya establecido expresamente una causal de ineficacia sobre la medida dictada omitiendo su integración al proceso y por consiguiente el requerimiento de su informe previo, de acuerdo con la línea sostenida por la LMC, sin perjuicio de la jurisprudencia del fuero contencioso sobre el punto¹¹⁸, que como veremos más adelante exceptúa el traslado previo a resolver sobre un pedido de prórroga de la cautelar otorgada, la medida dictada de esta forma, debería ser ineficaz respecto de la parte pública que no fue integrada.

de actividades aerocomerciales a una aerolínea y, por otro lado, al Ministerio de Transporte, que se abstenga de continuar con las obras en el aeropuerto –aunque de la lectura del pronunciamiento y particularmente de la prueba producida, la concesionaria Aeropuertos Argentina 2000, se encontraba realizando dichas tareas–

¹¹⁵ COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 6-7; BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 246 y ss.

¹¹⁶ La CSJN y la CNCAF sostienen que es nula la sentencia dictada sin que la litis haya sido adecuadamente integrada, la omisión de citar a todos aquellos que necesariamente deben intervenir en el pleito. CSJN 31/7/2012, “Ruarte Bazán, Roque Carlos c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 335:1412. CNCAF, Sala IV, 21/12/1995, “Impsat S. A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.

¹¹⁷ SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 338.

¹¹⁸ CNCAF, Sala III, 29/3/16, Incidente N° 1 en autos “QND S.A. c/ EN-M ECONOMIA-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”; *id.*, 26/5/15, Incidente N° 1 en autos “Olímpico S.R.L. c/EN-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, *id.*, 21/5/15, Incidente N° 4 en autos “Erfolg S.R.L. c/ EN-M ECONOMIA y FP-SCI y otro s/ Proceso de Conocimiento”, entre otros.

Eso en el supuesto que la cautela hubiera sido otorgada. Sobre el caso donde pese a su no integración la medida peticionada fuera rechazada, volveremos al tratar los efectos sobre la etapa recursiva.

Resulta oportuno preguntarse si en virtud del principio de bilateralidad o contradicción, debería admitirse en el marco de un proceso cautelar la intervención de terceros.

Para dar respuesta a ese interrogante, han de considerarse dos cuestiones. Por un lado, la naturaleza del proceso cautelar de la LMC, que sin perjuicio de las mutaciones que ha padecido, no puede dejar de ser, en última instancia, un proceso de conocimiento sumario, y, por el otro, el hecho de que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no debería depender, como la CSJN ha sostenido, *de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertido en el proceso principal, sino de un análisis de la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido*¹¹⁹.

Respecto de la participación de terceros en el pleito, considero que debería admitirse su participación voluntaria en esta instancia procesal¹²⁰,

¹¹⁹ CSJN, 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711; *id.*, 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814; *id.*, 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261; *id.*, 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126, entre otros.

¹²⁰ Como coadyuvante, en el supuesto de intervención adhesiva simple, es decir, quien se presenta colaborando con alguna de las partes en forma voluntaria y sujetando su intervención a la pretensión de la parte principal. Ampliar en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018, en prensa; AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Las partes en el proceso administrativo”, en AA.VV., TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, 1º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 225; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, ps. 176-177; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 93; DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, ps. 80-81; FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, ps. 274-275.

Sobre el punto, la CSJN ha sostenido que “*cabe reconocer la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa*”. En relación a los coadyuvantes sentó que “si bien no serán perjudicados en forma directa por la sentencia que se pronuncie con relación a quienes son parte en el expediente, pueden sufrir consecuencias indirectas en virtud de la posición o de las relaciones jurídicas de las que son titulares”. CSJN, 28/3/2006, “Provincia del Neuquén c/ Estado Nacional (MEI -

siempre que, en línea con lo postulado en el art. 4º de la LMC, esta se efectúe según el alcance que ha de serle asignado a la parte principal que coadyuva¹²¹, es decir, a efectos de brindar información suficiente al juzgador sobre el compromiso del interés público involucrado –ya que lo restante resultaría ajeno a las previsiones de la LMC–, siempre que su intervención¹²², no ocasione demoras irrazonables durante el trámite de sustanciación previo al despacho o no de la cautela.

El fuero contencioso-administrativo federal ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente denegando dicha posibilidad, con fundamento en que la defensa o ejercicio de prerrogativas estatales sólo pueden ser opuestas por los entes estatales¹²³.

III.4.2. DEFENSAS OPONIBLES

¿Resultan deducibles las excepciones en el nuevo proceso cautelar?

Las excepciones se comprenden dentro de los actos procesales de defensa, particularmente de oposición¹²⁴. Sin perjuicio de los distintos efectos y oportunidades de resolución que el régimen procesal contempla para su tratamiento, al representar un desprendimiento natural del derecho de defensa, es que

Secretaría de Transporte - CNRT) s/ acción declarativa”, Fallos 329:942; *id.*, 10/4/2003, “Loveli S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, Fallos 326:1276, entre otros.

¹²¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas...*, *op. cit.*, p. 155. Previo a la LMC, el autor citado, aunque refiriéndose a la posibilidad de intervención de terceros en el proceso cautelar en instancias recursivas, admitía su participación. Considero que luego de la sanción de la LMC, dicha participación ha de permitirse en instancias procesales previas como en oportunidad de evacuar el informe previo.

¹²² Que debería ocurrir en los mismos términos procesales que la parte a la que coadyuva: dentro del plazo del art. 4º, etc.

¹²³ Pronunciamiento original del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3, del 5/5/15, en autos “Cabaleiro, Luis Fernando c/ EN – Ministerio de Agricultura y Ganadería y otro s/ Proceso de Conocimiento”, luego confirmado por la Sala III del fuero, por Sentencia Interlocutoria del 21/3/2017.

En autos, en primera instancia se había tenido por habilitada la instancia judicial y rechazado la cautelar solicitada. Contra dicho pronunciamiento, el Estado nacional y una empresa como coadyuvante, interpusieron recurso de apelación cuestionando el punto de la resolución que tenía como habilitada la instancia, facultad que se comprende dentro de la posibilidad de expedirse sobre las condiciones de admisibilidad de la medida solicitada a las autoridades públicas sujetas pasivas de la medida. En el caso, la cautela solicitada, de haber sido otorgada, habría tenido efectos sobre el tercero coadyuvante.

¹²⁴ PALACIO, Lino E., *Manual...*, *op. cit.*, p. 124.

resulta indudable que en el marco de un proceso judicial bilateral, su deducción deba admitirse.

Ahora bien, en el proceso cautelar normado por la LMC el legislador ha hecho referencia, aunque no expresamente, a dos excepciones en particular: la habilitación de instancia cautelar y la incompetencia.

En el caso del requisito de habilitación de instancia para la petición de aquellas medidas cautelares suspensivas de efectos de actos encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa, la previsión del art. 4º de la LMC, en tanto “faculta” a la Administración, con el alcance apuntado más arriba, a expedirse sobre las condiciones de admisibilidad de la medida, sería el cauce idóneo para plantear dicha defensa fundada en esta otra nueva prerrogativa procesal de la Administración contenida en el art. 13 inc. 2º de la LMC.

Respecto de la incompetencia, la LMC ha plasmado de forma expresa que el juez, al recibir el requerimiento y como primera medida, debe expedirse sobre su competencia y, recién entonces, de acuerdo con el derecho o sustancia involucrada, disponer el traslado del art. 4º. Dicho extremo, junto a la verificación de los demás recaudos de habilitación de instancia ya eran cumplimentados antes de la LMC, por una aplicación *mutatis mutandi* del art. 31 de la LNPA¹²⁵.

Por otra parte, ha dejado de lado el principio de vigencia de las medidas dictadas por jueces incompetentes, por tenerlas como ineficaces, como así también regulado en su art. 20 el trámite de la inhibitoria.

Al margen de estas previsiones, respecto de la procedencia de las excepciones en el proceso cautelar de la LMC, siguiendo la postura que asigna naturaleza bilateral al proceso cautelar, su deducción debería admitirse y la instancia procesal para ello debería ser al contestar el informe previo, asimilándolo en este caso a una contestación de demanda, que la jurisprudencia la interpreta como la “primera presentación” en los términos del art. 346 CPCCN¹²⁶. Así se ha entendido en un precedente del fuero civil y comercial federal¹²⁷.

¹²⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas...*, *op. cit.*, ps. 140-141.

¹²⁶ CNCiv, Sala C, 11/6/98, ED, 180-625, 36-SJ, citado por: FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 66, nota N° 33.

¹²⁷ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, 18/3/2017, “Asociación Civil Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación C/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/Medidas Cautelares”. Al resolver el recurso de reposición deducido por el Estado nacional, dentro de otros

Dicha postura es la que ha de seguirse de acuerdo con la línea que entiende bilateral el proceso cautelar.

Sin perjuicio de ello, nuevamente, en estos casos debería resultar un imperativo para el juez la adecuada e inteligente consideración de las circunstancias del caso, particularmente si hubo despacho favorable de una medida interina previamente, ya que el trámite de las excepciones, de sustanciarse por las previsiones contenidas en el CPCCN, llevará tiempo que en los hechos importará frustrar absolutamente el fin propio del proceso cautelar.

En función de ello y las circunstancias de cada caso, creo conveniente que, pese a la incidencia de la bilateralidad traída por la LMC al proceso cautelar, el trámite a imprimirle a las excepciones deberá adecuarse a la naturaleza del instituto cautelar.

Por consiguiente, en caso de no haberse decretado una medida interina, si el juez encontrase prima facie acreditados los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos, a fin de no comprometer severamente los intereses de la parte peticionante, debería decretar de oficio una medida interina¹²⁸ hasta tanto las excepciones se hayan sustanciado y resuelto, u optar por resolver la cautelar sin sustanciación previa de las excepciones, difiriendo oportunamente su tratamiento a la instancia recursiva.

Finalmente, resta considerar una práctica que en ocasiones el fuero contencioso ha adoptado, que consiste en correr traslado del informe a la parte solicitante de la medida¹²⁹, previo a la intervención que habitualmente requiere del ministerio público antes de que el expediente quede en condiciones de ser despachada la medida.

argumentos, cuestionando la competencia, el juez interviniente sostuvo que “*debo destacar que la competencia no fue cuestionada al brindar el informe requerido a fs. 32 (conf. fs. 78/84), por lo que la recurrente ha consentido la competencia de quien suscribe para entender en la presente causa.*”

¹²⁸ En este supuesto, debería interpretarse que la petición de la medida interina está implícitamente formulada en la pretensión cautelar. En ese sentido: SAMMARTINO, Patricio M. E., “Medidas...”, *op. cit.*, p. 339.

¹²⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, 10/11/17, “Vázquez, José Luis c/ EN – M. Justicia y DDHH – DNRPACP s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.

Sobre el punto, la jurisprudencia, en oportunidad de pronunciarse sobre el traslado del informe del art. 8 de la Ley 16.986, sostuvo que dicha disposición resulta facultativa para el sentenciante¹³⁰.

Como adelantara al iniciar este acápite, el ejercicio del derecho de defensa no puede efectuarse de forma absoluta sino que en cada tipo de proceso ha de mediar una razonable reglamentación que se adecue al fin que cada instituto procesal trata de proteger. Es por ello que aun si en el caso de la LMC el traslado del informe previo a la parte solicitante fuera facultativo, a su otorgamiento debería preceder un concienzudo análisis de las circunstancias del caso a fin de no tornar ilusoria la tutela judicial efectiva del solicitante.

Asimismo, toda vez que la LMC en su art. 13º, inc. 3º, ha previsto expresamente la posibilidad de interponer recurso de reposición, además de los restantes remedios de revisión procesal vigentes para las partes, se habilitan amplias y suficientes posibilidades de revisión posterior para ambas partes.

III.4.3. PRUEBA

¿Bajo la peculiar bilateralidad instaurada por la LMC, qué contenido habría de asignarle al derecho de defensa en estos procesos cautelares? ¿luego de contestado el informe previo, podría abrirse a prueba el expediente con el objeto de que el juez tenga mayores elementos de convicción para resolver?

Entiendo que esta situación no sería posible por los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque el art. 4º de la LMC al reglar la facultad de oposición de la autoridad administrativa en esa instancia procesal, expresamente indica que en caso que adopte esa postura procesal, *acompañará las constancias documentales que considere pertinentes*, lo que debe traducirse que el legislador, en esta oportunidad procesal, ha preferido, con acierto, limitar la prueba a la documental, para ser aprovechada por el juez al momento de resolver, como elemento de convicción suficiente.

¹³⁰ CNCAF, Sala I, 14/5/1998, “Camberley S.A. c/ Secretaría de Industria Comercio y Minería s/ amparo ley 16.986”. El voto mayoritario, ante un planteo de nulidad efectuado sostuvo que “*el traslado del informe no se exhibe como un imperativo procesal en la ley 16.986; por lo que, al resultar facultativo para el sentenciante, su omisión no puede justificar la nulidad impetrada*”.

En segundo lugar, porque tal como expusimos más arriba y como la CSJN ha reiterado en numerosos pronunciamientos, *resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, que ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud*¹³¹.

De tal forma que la apertura a prueba terminaría finalmente por anular las últimas características propias del instituto cautelar que este proceso aún conserva luego de la sanción de la LMC, que, como hemos expuesto, ha venido a modificar sustancialmente varias de sus notas propias, al menos en el derecho procesal civil.

III.4.4. TRÁMITE JUDICIAL POSTERIOR

Los procesos judiciales bilaterales acarrear como una de sus características principales la sustanciación de los distintos planteos que a lo largo de la tramitación del expediente puedan surgir, con carácter previo a la resolución de fondo o de sus incidencias.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo sostiene que, en virtud de la postura que ha adoptado sobre la naturaleza jurídica del informe previo¹³², si al contestar el informe la Administración no adoptase una postura procesal de oposición, el proceso cautelar mantendría su unilateralidad aunque indudablemente atenuada, sin perjuicio de la intervención administrativa previa que haya tenido al responder el informe.

De tal forma, en estos supuestos de no oposición ha sostenido que en caso de rechazo de la medida cautelar peticionada, no corresponde la sustanciación del memorial del recurso¹³³, situación que sí debería ocurrir en caso de que se haya concedido.

¹³¹ CSJN, 20/12/1984, “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/ Medida de no innovar”, Fallos 306:2060; íd., 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711; íd., 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814; íd., 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261; íd., 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126, entre otros.

¹³² Sobre este punto nos hemos exployado en el capítulo III.3.4.

¹³³ CNCAF, Sala IV, 17/5/2016, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN – M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar (autónoma)”, íd., 10/2/2015, “Telefónica de Argentina SA c/ EN - CNC s/ Medida Cautelar

No compartimos esta postura y entendemos que aun en el caso que se siga la postura del fuero sobre la no bilateralización del proceso en el supuesto de no mediar oposición de la destinataria de la medida al contestar su informe previo, como se ha postulado, si no se produjera tal sustanciación, la parte apelada se vería privada de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues, si la Cámara revoca la decisión de primera instancia y concede la cautelar, la destinataria sólo podría interponer recursos extraordinarios de limitadísimo acceso¹³⁴.

La sustanciación, en el caso de la reposición con apelación en subsidio y/o la apelación directa, debería entonces efectuarse con aquellas personas con quien la litis haya sido integrada, tal como lo expusieramos en el punto III.4.1 y aquellos particulares que resulten destinatarios de la medida.

En el caso del recurso extraordinario federal¹³⁵, particularmente cuando la medida hubiera sido rechazada o su rechazo confirmado en segunda instancia, la sustanciación del recurso difiere respecto de la reposición y la apelación, regidas por el art. 13º, inc. 3º, de la LMC y parcialmente por las normas del CPCCN, particularmente por el plexo normativo que rige directamente para este supuesto (art. 257 CPCCN)¹³⁶.

(autónoma)”; *id.*, 21/5/2015, “Asociación Cinematográfica de Exhibidores Independientes c/ INCAA s/ proceso de conocimiento”.

¹³⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas...*, *op. cit.*, p. 152-153.

¹³⁵ Sobre la procedencia del recurso extraordinario federal contra decisiones cautelares, ampliar en PALACIO, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica*, 2º edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 88; TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 83; SACRISTÁN, Estela B., “Medidas cautelares y recurso extraordinario”, en AA.VV., CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 396 y ss.

¹³⁶ La vía extraordinaria no vincula exclusivamente al remedio federal con el proceso de conocimiento pleno. Ciertamente, la realidad es que el proceso que antecede a la intervención del Máximo Tribunal nacional resulta indiferente a los efectos de la aplicación de la Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dado que su admisión ha sido reconocida en el marco de distintos procesos constitucionales urgentes como el amparo y el hábeas corpus, como así también en el marco de trámites previos o incidencias de estos o procesos cautelares o de ejecución. Ver CSJN, 10/11/2009, “Asistencia Integral de Medicamentos S.A. c/ Cámara Argentina de Especialidades Medicinales”, Fallos 332:2487; *id.*, 31/3/1999, “Fisco Nacional (DGI) c/ Maulini, José Justo”, Fallos 322:571; *id.*, 28/7/1971, “Manzoratte, Lorenzo Alberto c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 280:228; entre muchos otros.

Este último, dispone que “*de la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por DIEZ (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula*” (subrayado propio).

De su simple lectura se aprecia una distinción respecto de lo reglado por el art. 246 o del art. 260 del CPCCN¹³⁷, al referirse únicamente a *las partes* del proceso, sin la adición que el citado art. 257 ha introducido respecto de aquellas partes *interesadas*.

El fundamento de esta distinción radica en la necesidad de proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer, en esta instancia procesal, sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que sean conducentes para la correcta solución de la causa¹³⁸, con carácter previo a que el Máximo Tribunal nacional dicte su sentencia en última instancia local, contra la cual únicamente podría interponerse revocatoria que, en palabras de la propia Corte, sólo resulta procedente en “*supuestos que presentan caracteres en verdad extraordinarios*”¹³⁹.

Por su lado, la CSJN también ha sostenido que la sustanciación prevista por el art. 257 del CPCCN, “*es condición de validez de todo*

¹³⁷ CPCCN, Artículo 246: “*Cuando procediere la apelación en relación sin efecto diferido, el apelante deberá fundar el recurso dentro de los CINCO (5) días de notificada la providencia que lo acuerde. Del escrito que presente se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. Si el apelante no presentare memorial, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso.*

Si cualquiera de las partes pretendiese que el recurso ha debido otorgarse libremente, podrá solicitar, dentro de TRES (3) días, que el juez rectifique el error.

Igual pedido podrán las partes formular si pretendiesen que el recurso concedido libremente ha debido otorgarse en relación.

Estas normas regirán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276”.

Artículo 260: “*Cuando procediere la apelación en relación sin efecto diferido, el apelante deberá fundar el recurso dentro de los CINCO (5) días de notificada la providencia que lo acuerde. Del escrito que presente se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. Si el apelante no presentare memorial, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso.*

Si cualquiera de las partes pretendiese que el recurso ha debido otorgarse libremente, podrá solicitar, dentro de TRES (3) días, que el juez rectifique el error.

Igual pedido podrán las partes formular si pretendiesen que el recurso concedido libremente ha debido otorgarse en relación.

Estas normas regirán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276”.

¹³⁸ CSJN, 29/04/2008, “Guerra Percowicz, Marcelo Fabián s/ recurso de queja”; *id.*, 18/10/2006, “Piaggi, Ana Isabel c/ UBA”, Fallos: 329:4329.

¹³⁹ CSJN, 16/04/2002, “Frigolomas S.A.G.I. y C. s/ concurso preventivo incidente art. 250 C.P.C.C.N”, Fallos: 325:675, considerando 3°.

pronunciamiento del Tribunal sobre los planteos introducidos en el recurso extraordinario”¹⁴⁰.

En el marco de un proceso cautelar, ¿qué ha de entenderse como *parte interesada*?

Naturalmente, cuando la cautela hubiera sido otorgada y esta además de producir efectos sobre la Administración que oportunamente hubiera sido requerida para que evacúe su informe previo, los tuviera sobre terceros, como hasta la notificación de la sentencia cautelar de primera instancia estos últimos resultan ajenos al proceso, resultarán partes interesadas en los términos del art. 257 del CPCCN aquellos que hubieran recurrido la medida.

La dificultad para dilucidar esta circunstancia se vería en el caso que en las primeras dos instancias judiciales se hubiera rechazado la cautela peticionada, donde la CSJN, de entender reunidos los presupuestos de admisibilidad y procedencia, podría revocar esos decisorios y otorgarla.

En estos supuestos, considero que resultarían *partes interesadas* aquellas con quienes correspondería integrar la litis de la demanda contencioso-administrativa respecto de la que la medida cautelar resulte accesoria.

Por último, en este acápite resta por considerar los efectos del principio de bilateralidad, en el marco del proceso cautelar, sobre los pedidos de prórroga de las medidas otorgadas que efectúen los solicitantes.

Ocurre que en pocas oportunidades los planteos de fondo efectuados en sede administrativa o judicial, de los que las medidas cautelares resultan instrumentales, encuentran resolución final dentro del plazo máximo de vigencia previsto por el art. 5 de la LMC. En consecuencia, su prórroga en una o más oportunidades¹⁴¹ será necesaria y práctica habitual para asegurar el objeto del proceso.

¹⁴⁰ CSJN, 1/12/2015, “Brizuela, Sandra Analía c/Telefónica de Argentina S.A. s/Recurso Directo Ley 24.240”, Fallos: 338:1431; íd., 4/3/2004, “Moliné O Connor, Eduardo s/ remoción”, Fallos: 327:296; íd., 16/4/2002, “Frigolomas S.A.G.I. y C. s/ concurso preventivo incidente art. 250 C.P.C.C.N”, Fallos: 325:675.

¹⁴¹ La CNCAF ha interpretado que la LMC no prohíbe la prórroga en más de una oportunidad, siempre las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada se mantengan. CNCAF, Sala II, 16/2/2014, Incidente N° 1 en autos “Lan Argentina S.A. - Moritan c/ ORSNA - Van Lacke s/Medida Cautelar (Autónoma)”

El interrogante sobre el punto resulta si, ante un pedido de prórroga, en virtud del principio de contradicción o bilateralidad, debería serle requerido un nuevo informe a la autoridad pública destinataria de la medida.

El fuero se ha expedido considerando que dicho requerimiento no es necesario¹⁴².

Dicha interpretación considero que resulta incongruente al fin de la LMC, donde uno de sus principales ejes ha sido el de escuchar previamente a la Administración con el objeto de resguardar debidamente el interés público.

Bajo la inteligencia de la ley, de los presupuestos de procedencia de la medida peticionada, la no afectación del interés público resultaría uno que indudablemente requeriría de la expedición por parte de la Administración para ser evaluado adecuadamente en forma periódica.

Sin embargo, es claro que en esta oportunidad, la etapa para expedirse sobre los restantes presupuestos de admisibilidad y procedencia se encontraría precluida y que la única forma de que la medida otorgada podría ser levantada, sería por medio de un expreso pedido de levantamiento, demostrando la distinta situación de hecho y derecho que lo justifique, porque el derecho de defensa de la Administración debió ejercerse por medio de las vías recursivas previstas y no aquí.

No obstante, su requerimiento resultaría determinante a fin de juzgar la extensión temporal por el que la prórroga habrá de ser concedida, de acuerdo con los fundamentos que la LMC teóricamente viene a defender.

Ante ese panorama, entiendo que la interpretación efectuada por la jurisprudencia respecto del carácter innecesario del requerimiento del informe del art. 4º previo a resolver sobre la prórroga de la medida decretada, resulta cuanto menos incongruente.

¹⁴² CNCAF, Sala II, 19/11/15, “López Larsen, Pablo c/ Administración Nacional de Parques Nacionales s/ Proceso de Conocimiento”; id., Sala III, 29/3/16, Incidente N° 1 s/ Inc. de Medida Cautelar en autos “QND S.A. c/ EN – M. Economía-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”. Los fundamentos de la Cámara han sido que en este caso, la LMC no ha previsto en la norma el traslado del pedido de prórroga; no resulta procedente extender los efectos del art. 4º puesto que el legislador, de haber entendido que debía ser protegido el derecho de defensa de alguna de las partes mediante un traslado previo a la resolución del juzgador, así lo ha dispuesto en forma clara y expresa, conclusión a la que arriba a partir de una interpretación de la letra y espíritu de la norma; y, que ante la falta de norma expresa que disponga lo contrario, debe respetarse el principio general receptado por el 198 del CPCCN.

III.4.5. COSTAS

Respecto de los efectos que el régimen de la LMC ocasiona sobre el proceso, resta que tratemos el relativo a las costas.

La naturaleza de los procesos cautelares no resultan un tema menor para considerar, como ha señalado la CSJN, “*las especiales características del régimen procesal en materia de medidas cautelares, carente de autonomía (art. 198 del Código Procesal) como su naturaleza contingente (arts. 202, 207 del texto legal citado), excluyen la posibilidad de una condena específica en costas en el incidente de medidas precautorias, cuestión que será objeto de consideración al tiempo de dictarse sentencia en el principal, oportunidad en que deberá valorarse la actitud asumida por la demandada en el proceso.*”¹⁴³

Sin embargo, ocurre que en los procesos cautelares del derecho procesal administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el procesal civil, existe y resulta práctica habitual la solicitud de medidas cautelares que tendrán vigencia durante el procedimiento de agotamiento de la instancia administrativa, que no necesariamente tendrá un proceso principal judicial al cual acceder, las cautelares autónomas (art. 13, inc. 2° LMC).

En estos casos, el fuero contencioso administrativo ha sostenido que dada la eventualidad de que no exista proceso principal, debe autorizarse la distribución de costas en el marco de este tipo de procesos, donde incluso, en los distintos incidentes del propio proceso cautelar que puedan generarse, si hay contradicción, es posible un pronunciamiento sobre costas.¹⁴⁴

Por otro lado, en un fallo plenario donde la cuestión planteada era si en los juicios de lanzamiento tramitados con arreglo a lo establecido en la Ley N° 17.901 corresponde un pronunciamiento sobre las costas en los términos del art. 68 del CPCCN, aun cuando se trate de un procedimiento *inaudita parte*, la mayoría de los integrantes de la Cámara consideró que dicho pronunciamiento sí era procedente¹⁴⁵.

¹⁴³ CSJN, 16/11/1976, “C.I.F.E.N. c/ La Avícola Gualaguaychú S.A.”, Fallos 296:397.

¹⁴⁴ CNCAF, Sala IV, 15/12/2011, “AFIP DGI 30001 C/ ASOCIART S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, id., 5/6/2012, “Lichytex S.A. c/ EN M° Economía – Resol 589/08 (expte 60743/11) s/amparo ley 16.986”, entre otros.

¹⁴⁵ CNCAF, en pleno, 23/9/2003, “Estado nacional –Fuerza Aérea Argentina– c/ Asociación Civil Campo de Pato “La Tranquera” s/ Lanzamiento Ley 17.901”.

Entiendo importante traer a colación dicho precedente porque el pronunciamiento se da en el marco de un proceso judicial de naturaleza claramente unilateral, donde a diferencia de lo que ocurre con la LMC, a la parte demandada no se le reconoce la oportunidad de ser oída con anterioridad al momento en que se hace efectivo al lanzamiento.

Para así resolver, el voto mayoritario ha partido del hecho que en nuestro sistema procesal la imposición de costas responde a la finalidad de resarcir al litigante victorioso de los gastos que tuvo que efectuar para obtener el reconocimiento de su derecho en juicio. En otras palabras, que el principio general contenido en el art. 68 del CPCCN se funda en el hecho objetivo de la derrota y procura resguardar de manera integral el derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, donde en caso contrario, los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traducirían en una disminución del derecho judicialmente declarado.

En definitiva, vemos que la imposición de costas, tal como el citado plenario ha apuntado, no resulta una consecuencia directa del carácter bilateral del proceso, sino que se produce por consecuencia de la configuración de un supuesto de derrota objetiva. No obstante ello, esto no importa desconocer lo que apuntáramos más arriba respecto de la procedencia de la condena en costas en un supuesto de contradicción, sino que, por el contrario, la controversia no dejará dudas sobre su procedencia, pero su inexistencia no necesariamente implica que se omita el pronunciamiento a esos efectos.

En función de ello, aun cuando se postule el carácter unilateral del proceso cautelar reglado por la LMC, no resultaría óbice el pronunciamiento sobre costas en las cautelares sean autónomas, anticipadas o accesorias a un proceso principal, situación que se reafirmaría con el ejercicio por parte de la autoridad requerida de su prerrogativa procesal.

III.5. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

Del presente capítulo podemos apreciar el diseño que procesalmente el legislador ha diseñado para el nuevo régimen de medidas cautelares en las causas en las que el Estado es parte o interviene.

Salvo particulares circunstancias –art. 4º, inc. 3º–, se ha consolidado el principio de intervención administrativa previa al despacho de la medida, sin que para ello se haya previsto ningún otro parámetro que pueda admitir apartarse del texto de la ley cuando, por ejemplo, ante la petición de una medida cautelar autónoma la Administración ya se expidió en sede administrativa sobre el pedido de suspensión, o en

el caso de una medida cautelar anticipada o conjunta a la demanda, si la vía administrativa ya se agotó, donde indudablemente la autoridad requerida ya habría emitido su “informe” sobre el compromiso del interés público en el caso.

Hemos sostenido que, en virtud de la exorbitancia de esta previsión y su alejamiento del principio de trámite *inaudita parte* que rige para las medidas cautelares del derecho procesal civil, el requerimiento del informe previo y el otorgamiento a la Administración de la facultad de expedirse en esa instancia procesal sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida peticionada, emergen como una nueva prerrogativa procesal de la Administración, encontrando el particular su garantía en la medida interina.

Esta facultad de expedirse sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia constituye una facultad/deber de la Administración, constituyendo esa instancia procesal, por habilitación normativa, la oportunidad de formular las defensas que le caben como autoridad a cargo de la tutela directa e inmediata del bien común.

De los dos aspectos que integran la prerrogativa apuntada – la evacuación del informe y la facultad-deber de oposición–, postulamos que, por imperativo normativo, el proceso cautelar se ha tornado bilateral, produciendo una serie de efectos y consecuencias –sobre la integración de la litis, la amplitud del derecho de defensa o probatoria que podrá desplegarse y el trámite procesal posterior en instancias recursivas–.

Sostuvimos que dicha calificación de proceso bilateral surge de la propia imposición legal y no ha de determinarse sobre la conducta que cada una de las partes intervinientes asuma en el proceso.

IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el capítulo precedente hemos abordado al informe previo, analizándolo desde el punto de vista del derecho administrativo, concluyendo que su positivización en el art. 4 de la LMC ha significado la creación de una nueva prerrogativa estatal, que por la naturaleza jurídica que ostenta, produce una serie de consecuencias sobre el proceso cautelar.

Sin embargo, al referirnos a la exorbitancia caracterizante del régimen administrativo, seguimos la línea de Comadira sosteniendo que dicho carácter deriva de la especificidad del contenido equilibrado de prerrogativas y garantías

y del carácter de derecho común de la Administración pública, ámbito este último, excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado¹⁴⁶.

En tal sentido, puede considerarse que el desarrollo del capítulo III se ha centrado en un análisis estrictamente de la prerrogativa.

Por consiguiente, a fin de juzgar la existencia de un equilibrio entre dicha prerrogativa y, por ende, la constitucionalidad del informe previo de la LMC, es preciso analizarlo desde el punto de vista de las garantías del particular, determinando en concreto si su exigencia atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, si su regulación es razonable y si está razonablemente equilibrado con las garantías de los particulares.

IV.1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva, de la forma que en la actualidad se lo concibe, ha encontrado fundamento en el derecho argentino en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, particularmente dentro este último, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde en sus artículos 8° y 25, dicho instrumento ha plasmado y desarrollado el contenido de la garantía.

Sin perjuicio de ello, previo a la reforma constitucional de 1994, la CSJN sentó el principio con fundamento en que *“la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional –que emerge de la garantía del debido proceso– cual es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional”*¹⁴⁷.

Este derecho de los particulares se erige como una de sus principales y más sustanciales garantías. Además de integrarse de la garantía del debido proceso, que históricamente se ha interpretado que comprende facultad de demandar, defenderse, probar y obtener un pronunciamiento conforme a derecho, la Comisión

¹⁴⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, op. cit., ps. 1-3.

¹⁴⁷ CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454, considerando 16.

Interamericana de Derechos Humano, ha sostenido que: “261. *El SIDH ha reconocido que la noción de “efectividad” que surge del artículo 25 de la CADH, requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo*205. *Lo anterior, aún cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión, requiera de un periodo temporal más extenso.*”¹⁴⁸

Se ha sostenido que “*el derecho a solicitar –y obtener llegado el caso– la tutela cautelar respecto de cualquier interés jurídico afectado por el obrar estatal deriva directamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –incorporada a nuestro derecho como contenido esencial de la garantía prevista en el art. 18, CN– y, por lo tanto, su procedencia no depende de coincidencia o correspondencia alguna –esto sólo podría determinarse sobre la base de una consideración positiva del requisito referente al *fumus bonis iuris*, imponiendo al juez cautelar el examen anticipado de las probabilidades de éxito de la demanda– con el derecho invocado en la pretensión de fondo*”¹⁴⁹

De tal forma, tal como el citado autor sostiene, la tutela cautelar “*integra el contenido esencial del derecho de defensa en juicio –impuesto como garantía fundamental de nuestro sistema por el art. 18, CN–, a la par que el mantenimiento de la legalidad jurídica objetiva y de la seriedad de la actividad judicial, aquella tiende en mayor medida a satisfacer el derecho sustantivo a una protección judicial completa y efectiva. Sólo así será posible interpretar que la garantía fundamental a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, contenido básico del sistema judicial en el Estado de Derecho, constituye una realidad palpable y no una simple fórmula vacía de contenido.*”¹⁵⁰

Por su parte, la vinculación entre la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares, encuentra fundamento en el hecho que tal como la CSJN lo ha sostenido, la garantía del art. 18 de la Constitución no sólo comprende el acceso a los

¹⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe del 7 de septiembre de 2007, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”.

¹⁴⁹ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 65

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 67.

tribunales (derecho a la jurisdicción), sino también la posibilidad de obtener una sentencia útil que resuelva definitivamente la cuestión en un plazo razonable.¹⁵¹

Como corolario de ello, a fin de poder oportunamente obtener una sentencia útil al concluir un proceso judicial, las herramientas procesales que por defecto permitirán asegurar esa situación, no son otras que las medidas cautelares.

En virtud de lo expuesto, la efectividad del derecho de defensa previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, contenido a su vez en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 25 de la CADH, rige para las medidas cautelares, y desde este punto ha de ser evaluado el informe previo de la LMC.

IV.2. EL INFORME PREVIO A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como surge del art. 4 de la LMC, salvo los supuestos en donde la exigencia del informe previo ha sido excluido, su requerimiento en esta instancia procesal resulta obligatorio, quedando la pretensión del solicitante, hasta tanto el juez despache admitiendo o rechazando la cautela peticionada, desprovista de protección cautelar.

Debido a que dicho período, por el propio abarrotamiento de los tribunales, como así también por la incidencia de los plazos procesales asignados para la emisión del informe y la facultad de que el juez que gire el expediente al Ministerio Público a fin de que se expida con carácter previo a su resolución, habitualmente este dura un mes, el legislador previó en el texto del art. 4 de la LMC la medida cautelar interina.

El inciso 1º, apartado 3º de dicho artículo reza: *“Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo asignado para su producción”*.

Tal como lo sostuvimos más arriba, la LMC ha transformado el instituto cautelar de forma tal que la cautelar interina es, en mi opinión, todo lo que ha quedado de la medida cautelar clásica.

¹⁵¹ CSJN, 17/10/1978, “Mozzatti, Camilo y otro”, Fallos 310:937; id., 22/04/1980, “Fundación San Martín de Tours s/ Recurso de Amparo”, Fallos 302:299; id., 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261.

La concepción de la medida cautelar interina por el legislador de la LMC, entiendo que ha dado primacía al interés público por sobre el punto de equilibrio que debería existir respecto de los intereses particulares. De la simple lectura del artículo se aprecia que para su otorgamiento ya no resulta suficiente la demostración de los requisitos exigibles para la medida cautelar peticionada, sino que además encuentra un agravante que sujeta su otorgamiento a la ocurrencia de *circunstancias graves y objetivamente impostergables*.

La exposición de motivos de la LMC sostiene que como fuentes ha tomado la ley de jurisdicción de medidas cautelares española de 1998 y la Ley Nº 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De la primera, las similitudes resultan claras. En aquel ordenamiento, su art. 131 ha establecido el principio de sustanciación con audiencia de la parte contraria, pero a diferencia del texto argentino, donde este requiere la demostración de *circunstancias graves y objetivamente impostergables*, la medida interina en el régimen español, que la doctrina denomina provisionalísima¹⁵², requiere para su otorgamiento *circunstancias de especial urgencia*.

La simple diferencia terminológica da cuenta de la mayor gravedad exigible por la LMC.

Por su lado, respecto del plazo de vigencia en caso de otorgamiento, coincido con la posición que sostiene que para que esta cautelar sea verdaderamente efectiva y no termine desnaturalizándose, debería extender su vigencia temporal hasta tanto el juez se pronuncie sobre la pretensión cautelar peticionada por el particular. De lo contrario, la finalidad perseguida por la propia norma se vería frustrada si la mera presentación del informe o vencido el plazo para producirlo, el acto suspendido, si fuera el caso, adquiriera nuevamente ejecutoriedad, siendo, por tanto, susceptible de ser ejecutado por la Administración hasta el dictado de la medida cautelar¹⁵³.

Debido a que las propias herramientas procesales disponibles que permitan efectivizar la providencia cautelar llevan valioso tiempo, vale preguntarse si realmente el diseño del proceso cautelar efectuado por el legislador resulta proporcionado y resguarda suficientemente la tutela judicial efectiva. En numerosas oportunidades, como por ejemplo en los concursos públicos donde en principio no habría

¹⁵² RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-Administrativa en España*, Scientia Iurídica – Tomo LIV, Nº 301, 2005, p. 52.

¹⁵³ COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión...”, *op. cit.*, p. 245.

derechos involucrados como los contenidos en el art. 2.2 de la LMC, la urgencia que puede demandar la tutela cautelar por los propios plazos del procedimiento administrativo, no se ajusta a los procesos y plazos judiciales.

A su vez, es preciso considerar la forma en que la LMC ha definido la obligatoriedad del informe previo o su exclusión.

El art. 4º, inc. 3º de la LMC ha tomado un criterio de distinción según el tipo de derecho en juego, mas no ha estipulado como un segundo parámetro a tomar en cuenta la evaluación de las circunstancias del caso que permita exceptuar el requerimiento del informe previo.

Considero que la distinción efectuada por el art. 4º inc. 3º resulta de suma importancia porque en el siglo XXI, los derechos enumerados en aquella disposición, deben necesariamente contar con una tutela sustancial y procesal preferente que asegure su vigencia en un plazo más que razonable.

Sin embargo, la no previsión de un segundo parámetro de exclusión, como la que el Proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Senado de la Nación en el año 2008, entre otros, directamente adoptaba, entiendo que, cuanto menos, produce roces con la tutela judicial efectiva debido a la desproporción que importa la espera causada por la evacuación del informe por parte de la Administración y el dictamen del Ministerio Público.

Esto así porque considero que exigir el informe previo en todos y cada uno de los casos que no se encuentren exceptuados, como seguidamente veremos, atenta contra el propio instituto cautelar y la tutela judicial efectiva al constituir un ritualismo inútil.

Para explicar esto, es preciso considerar cuál es el fin de exigir un informe previo que dé cuenta del interés público en esta instancia procesal.

Más arriba sostuvimos que este es contar con el pronunciamiento de la Administración pública sobre cómo la medida cautelar pueda afectar el interés público por el que directa e indirectamente ha de velar, entendiendo que *“el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o*

*reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial*¹⁵⁴.

El art. 13, inc. 2º de la LMC requiere que con carácter previo a la interposición cautelar, el particular peticione la suspensión de efectos del acto en sede administrativa y, recién, contestado dicho requerimiento o vencido el plazo de cinco días, se habilita la instancia judicial.

Si la Administración respondiera en término, donde indudablemente indicaría cuál sería el interés público comprometido en la suspensión, vale preguntarse en ese supuesto, ¿cuál sería el fundamento para exigir un nuevo pronunciamiento de parte de la Administración sobre el mismo objeto, pero ahora en sede judicial?

Por otro lado, ¿para qué serviría requerir un nuevo informe previo cuando la vía administrativa se agotó, donde, nuevamente, la Administración ya evaluó el interés público comprometido al resolver el recurso administrativo deducido?

En este supuesto, las objeciones que podrían efectuarse serían relativas a si la petición cautelar anticipada dio cumplimiento a los requisitos de admisibilidad previstos en el título IV de la LNPA –agotamiento de la vía y plazo de caducidad–.

Sin embargo, sobre la primera de las objeciones, así como en el caso de la demanda judicial dicho control debe ser ejercido de oficio por el juez interviniente –art. 31 *in fine*, LNPA–, sin perjuicio de la posibilidad que a la Administración demandada le queda para excepcionares por esas causales en oportunidad de contestar demanda, no creo que realmente dicha circunstancia debiera erigirse como un obstáculo para el acceso ágil y eficiente a la justicia previniendo una reiteración de procesos judiciales a los mismos efectos y como consecuencia de ello un abarrotamiento de tribunales por ritualismos.

Como ha sostenido Calamandrei, *“las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia –celeridad y ponderación– tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo, hacerlas pronto,*

¹⁵⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo, MONTI, Laura (Colaboradora), *Procedimientos...*, *op. cit.*, p. 257, particularmente nota nº 970; CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo...”, *op. cit.*, p. 56.

*dejando el problema del bien y el mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación”.*¹⁵⁵

La falta de otro parámetro que permita excluir a este tipo de peticiones cautelares del principio establecido por la LMC, entiendo que causa graves perjuicios a los particulares y atentan directamente contra su derecho a la tutela judicial efectiva.

IV.3. LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL INFORME PREVIO

En el capítulo precedente hemos analizado al informe previo desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva y brevemente sobre la razonabilidad de su exigencia.

Desde el principio del presente trabajo y por efecto propio del derecho administrativo, ha quedado expuesto que el interés público y su consideración en el instituto en comentario, resulta un aspecto central de las medidas cautelares del derecho procesal administrativo.

El despacho de una cautela ha de estar acompañado de la adecuada valoración de este extremo, pero sin perder de vista el derecho a la tutela judicial efectiva del peticionante que, más aun luego de la reforma constitucional de 1994, no podría válidamente sostenerse que sólo bastaría con la ponderación del primero, dejando de lado el interés particular invocado, que indudablemente representaría un quiebre del delgado equilibrio entre prerrogativas y garantías.

De apartarse de este equilibrio, la facultad de control de la actividad administrativa sería pura ficción¹⁵⁶.

El juicio de constitucionalidad del proceso cautelar que ha adoptado el legislador de la LMC, será superado en aquellas situaciones donde el equilibrio mentado se mantenga en los hechos y no sólo para supuestos de excepción previstos en la ley que realmente son merecedores de una tutela diferenciada.

¹⁵⁵ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 140; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas...*, op p. Cit., p. 25.

¹⁵⁶ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas...*, op. cit., p. 32.

Dicho equilibrio, sin dudas se ha perdido por la ordinarización que el proceso cautelar ha padecido, donde de la medida cautelar clásica sólo ha quedado la medida interina, con las modificaciones que previamente apuntáramos.

Sobre el particular y los efectos que la LMC ha producido sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, se ha sostenido que “[la ley,] *en vez de apuntalar facilitando el acceso a la tutela cautelar a los sectores más vulnerables se le quitaron las garantías ya conquistadas a quienes no integran ese grupo...la legislación no propone un progreso en los derechos de los desfavorecidos sino que se limita a mantener lo que ya tenían en la regulación anterior (caución juratoria, despacho unilateral, no limitación temporal), desmejorando la situación del resto de la sociedad que ahora ve más dificultosa la defensa de sus derechos*”¹⁵⁷.

Así, considerando las advertencias que hemos indicado en el capítulo anterior sobre las circunstancias agravadas que habrán de existir para que la medida cautelar interina pueda proceder, como también el ritualismo inútil que se genera por la permanente exigencia del informe previo sin considerar la situación de hecho de cada caso, de no poder superarse dichos obstáculos con una distinta interpretación de los preceptos de la ley, tornarían inconstitucional, en los casos concretos, al informe previo del art. 4 de la LMC.

IV.4. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

En el presente capítulo hemos tratado de efectuar desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva y proporcionalidad como garantía del particular, un análisis de la prerrogativa procesal de la Administración del informe previo que la LMC ha establecido.

Se ha partido del reconocimiento de dicho derecho efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, y cómo este, de acuerdo con los órganos que integran el sistema interamericano de derechos humanos, aplica a las medidas cautelares, asignándoles un valor sustancial, en lugar de concebirlas como una mera herramienta instrumental.

¹⁵⁷ BUTELER, Alfonso, “Régimen federal de medidas cautelares”, RDA, 2015-101-1179, citado por PERRINO, Pablo E., “Nuevos medios de tutela urgente frente al estado”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP, p. 23.

Vimos que la LMC, a fin de contrapesar la prerrogativa estatal, reguló como garantía a la medida cautelar interina, aunque formulamos disquisiciones sobre la manera en que fue legislada ya que su aura de protección se ha agravado respecto de las fuentes inspiradoras de la LMC, particularmente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa española de 1998, y cómo, además, la regulación de su vigencia no se adecua a la realidad del proceso cautelar.

Por otro lado, también analizamos distintos supuestos en donde consideramos que el requerimiento del informe previo constituiría un ritualismo inútil.

Finalmente, sostuvimos que estas situaciones que permiten el quiebre del equilibrio entre prerrogativas estatales y garantías de los particulares importan la inconstitucionalidad del régimen en algunos casos concretos.

V. COLOFÓN

La adopción del principio de intervención administrativa previa ha producido sustanciales modificaciones al régimen cautelar, tal como se lo venía conociendo, independientemente de las situaciones que pretorianamente el poder judicial, en particular, el fuero contencioso administrativo federal, creaba.

Estas innovaciones han traído consecuencias sobre el proceso cautelar. En algunos casos, correctamente se ha optado por otorgar un régimen diferenciado a ciertas situaciones jurídicas que merecen una tutela diferenciada.

En otros, donde la vasta mayoría de las peticiones cautelares se enmarcan, han venido a ocasionar no menores alteraciones que, en ciertas circunstancias, implica un avasallamiento de las garantías particulares por el interés público, produciéndose la ruptura del equilibrio que entre estos dos debe existir, en el derecho administrativo.

El régimen que la LMC ha adoptado respecto del informe previo, desafortunadamente se ha inclinado por una alternativa que ha sobrepuesto la valoración del interés público y la defensa de ciertos derechos en concreto y sectores sociales vulnerados, muy posiblemente omitiendo brindar una herramienta jurídica eficaz para la tutela de la vasta mayoría de las situaciones jurídicas.

Esta conclusión, siempre referida al particular instituto que ha sido objeto del presente trabajo cuya crítica únicamente se ha efectuado desde un estricto análisis académico y práctico de la situación, entiendo que encuentra su respaldo

en una diferente aproximación al estudio de los institutos del derecho y de sus fundamentos.

García de Enterría sostenía que la “*resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales...Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia previsional que las medidas cautelares hacen posible*”¹⁵⁸.

La pérdida de habilidad del instrumento cautelar que ha efectuado el instituto del informe previo, bajo el argumento de la necesidad de que el juez interviniente cuente con las herramientas necesarias para juzgar debidamente la afectación del interés público al pronunciarse sobre la admisibilidad de la medida, importa una innecesaria postergación de justicia y resulta lesivo a la tutela judicial efectiva.

A la hora de legislarse sobre institutos tan delicados en el derecho administrativo, como resultan las medidas cautelares, resulta indispensable no perder el norte, que no es otro que la juridicidad y el mantenimiento del equilibrio entre prerrogativas y garantías, permitiendo de tal manera el adecuado funcionamiento del Estado, sin que ello avasalle a los particulares.

Mismo objetivo ha de seguirse para su interpretación, donde distinguir entre la interpretación irrazonable de una norma, de una interpretación razonable de una norma irrazonable¹⁵⁹, podrá en última instancia salvar la legitimidad del precepto.

En ese sentido, no debe confundirse al interés público con la ponderación de circunstancias e instituciones propias de la coyuntura de una Administración de turno, como tampoco identificar a la dignidad humana únicamente con situaciones que si bien deben y es correcto que merezcan tutelas diferenciadas, únicamente sean éstas situaciones las contempladas y se omita, en los supuestos apuntados, ponderar tantas otras que desafortunadamente parecerían no merecer una adecuada y eficaz protección jurídica. Las interpretaciones de estos conceptos habrán de

¹⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 203.

¹⁵⁹ CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, publicado en LL, cita online: AR/DOC/1577/2009.

variar según circunstancias históricas, pero la comunidad y la ciudadanía libre perduran en el tiempo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Las partes en el proceso administrativo”, en AA.VV., TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, 1° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- BALBÍN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, 3° edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BASTERRA, Marcela, *El proceso constitucional de amparo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945
- CASSAGNE, Ezequiel, “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares, a propósito de la Ley 26.854”, en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ma edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2011.
- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I, Traducción española de la 3° edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1922.
- CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, publicado en LL, cita online: AR/DOC/1577/2009.
- COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla”, publicado en *El Derecho – Administrativo*, suplemento del 8/6/2016.
 - “Anulación del acto administrativo irregular declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada ‘acción de lesividad’”, en AA.VV., *El estado constitucional de derecho y el derecho administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017.
 - “Efectos de las medidas cautelares autónomas en función de la oportunidad procesal en que se solicitan”, Carta de Noticias de la Procuración General de la Ciudad, Año 1, Número 2, del 18 de marzo del 2013.
- COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo en la nueva ley de medidas cautelares en las que el estado es parte”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP.

- COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
 - *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.
- FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- GALLI BASUALDO, Martín, “Los actos interadministrativos”, en AA.VV., TAWIL, Guido Santiago, *Acto administrativo*, 1ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, 1ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
 - *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el estado es parte (ley 26.854)” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, 1ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Tomos I, II y III, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
 - “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 21.
- IVANEGA, Miriam, *Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 323, 2005.
 - *Principios de la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005.

- KIELMANOVICH, Jorge, *Código procesal civil y comercial de la nación: comentado y anotado*, Tomo I, 4º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- LYNN, Virginia, *Medidas cautelares contra el Estado*, 1º edición, Ed. Astrea – Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015.
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4º edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, “La efectividad de las medidas cautelares como instrumentos de control (luces y sombras)”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP.
- MIDÓN, Marcelo S., “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- MONTI, Laura M., VIEITO FERREIRO, Mabel, “La demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción y las excepciones en el proceso contencioso administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando –Directores–, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Guadalberto Lucas, BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Tomos I y II-C, 2º edición reelaborada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- MORELLO, Augusto M., VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, 5º edición, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2004.
- OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía de la protección cautelar en los procesos contra el estado por la Ley 26.854”, en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Tomo V –actos procesales–, segunda reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
 - *Manual de derecho procesal civil*, 17º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
 - *El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica*, 2º edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- PERRINO, Pablo E., “Nuevos medios de tutela urgente frente al estado”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP.
- RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, 3º edición, La Rocca, Buenos Aires, 2003.

- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-Administrativa en España*, Scientia Iurídica – Tomo LIV, N° 301, 2005.
- ROJAS, Jorge A., “El nuevo régimen de medidas cautelares frente al Estado” en LL, suplemento especial mayo de 2013, “Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854”.
- SACRISTÁN, Estela B., “Medidas cautelares y recurso extraordinario”, en AA.VV., CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- SAMMARTINO, Patricio M. E., *Amparo y administración. En el estado constitucional social de derecho*, Tomo I, 1° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
 - “Medidas cautelares en los casos en los que es parte el estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Tomo II, Astrea – Ed. RAP.
 - “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, publicado en LL, cita online: AR/DOC/3777/2016.
- SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado nacional”, en AA.VV., CICERO, Nidia Karina (Directora), *Legislación usual: derecho administrativo*, Tomo II, 1° edición, La Ley, Buenos Aires, 2015.
 - *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 394.
- TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al estado. Continuidades y rupturas*, 1° edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.
- WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, 1° edición, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- 20/12/1984, “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/ Medida de no innovar”, Fallos 306:2060.
- 14/9/2000, “Ambrosino, Miriam G. y otro c/ Obra Social del Personal de Refinerías de Maíz s/ pago de diferencias salariales”, Fallos 323:2602.
- 28/11/1985, “Arizu, Enrique e Hijos S.A. c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 307:2267.

- 10/11/2009, “Asistencia Integral de Medicamentos S.A. c/ Cámara Argentina de Especialidades Medicinales”, Fallos 332:2487.
- 6/10/1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios”, Fallos 314:1202.
- 1/12/2015, “Brizuela, Sandra Analía c/Telefónica de Argentina S.A. s/Recurso Directo Ley 24.240”, Fallos: 338:1431.
- 16/11/1976, “C.I.F.E.N. c/ La Avícola Gualeguaychú S.A.”, Fallos 296:397.
- 19/12/2006, “Díaz, Ruth Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (imposibilidad de la actora de ser nombrada camarista por el Senado de Buenos Aires), Fallos 329:5814.
- 27/3/2007, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Provincia de Mendoza s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos 330:1261.
- 31/3/1999, “Fisco Nacional (DGI) c/ Maulini, José Justo”, Fallos 322:571.
- 16/4/2002, “Frigolomas S.A.G.I. y C. s/ concurso preventivo incidente art. 250 C.P.C.C.N”, Fallos: 325:675.
- 22/04/1980, “Fundación San Martín de Tours s/ Recurso de Amparo”, Fallos 302:299.:
- 30/6/1941, “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 190:142.
- 23/11/1995, “Grinbank, Daniel E. –incidente– c/ Fisco nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos 318:2431.
- 22/5/2012, “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares” Fallos 335:705.
- 29/4/2008, “Guerra Percowicz, Marcelo Fabián s/ recurso de queja”, sin cita de Fallos.
- 7/3/1985, “Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina”, Fallos 307:178.
- 10/4/2003, “Loveli S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, Fallos 326:1276, entre otros.
- 28/7/1971, “Manzoratte, Lorenzo Alberto c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 280:228.
- 20/6/2006, “Mendoza, Beatriz S., y otros c/ Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo)”, Fallos 329:2316.
- 4/3/2004, “Moliné O’Connor, Eduardo s/ remoción”, Fallos: 327:296.
- 17/10/1978, “Mozzatti, Camilo y otro”, Fallos 310:937.
- 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126.
- 11/7/2007, “Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis s/ Acción Declarativa de Certeza”, Fallos 330:3126.
- 24/7/1991, “Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro”, Fallos 314:711.

- 18/10/2006, “Piaggi, Ana Isabel c/ UBA”, Fallos: 329:4329.
- 24/11/2015, “Provincia de Córdoba c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, sin cita de Fallos.
- 28/3/2006, “Provincia del Neuquén c/ Estado Nacional (MEI - Secretaría de Transporte - CNRT) s/ acción declarativa”, Fallos 329:942.
- 15/3/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. –Inc. Competencia– c/ E.N. s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, Fallos 334:259.
- 31/7/2012, “Ruarte Bazán, Roque Carlos c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 335:1412.
- 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala I

- 14/05/1998, “Camberley S.A. c/ Secretaría de Industria Comercio y Minería s/ amparo ley 16.986”.
- 18/4/2002, “Círculo Cerrado SA - Incidente Med y otros c/ Inspección General de Justicia s/ amparo ley 16.986”.

Sala II

- 19/11/15, “López Larsen, Pablo c/ Administración Nacional de Parques Nacionales s/ Proceso de Conocimiento”.
- 16/2/2014, Incidente N° 1 en autos “Lan Argentina S.A. - Moritan c/ ORSNA - Van Lacke s/Medida Cautelar (Autónoma)”.

Sala III

- 21/3/2017 “Cabaleiro, Luis Fernando c/ EN – Ministerio de Agricultura y Ganadería y otro s/ Proceso de Conocimiento”.
- 10/12/13, “Cargo Agent SRL c/ DGA s/Código Aduanero - Ley 22415 - art 70”.
- 4/9/14, “Castiglione, Héctor Carlos c/ EN-AFIP- DGI s/Medida Cautelar (Autónoma)”.
- 20/2/1995, “EDESUR SA c/ ENRE – Resol. ENRE n° 18/95”.
- 27/10/2015, “Fretes, Leonela Daiana c/ EN – M. Seguridad –GN– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.
- 19/12/2013, “Hellmann Worldwide Logistics SA c/ EN-M Economía s/Código Aduanero - Ley 22415 – art 70”.
- 21/5/2015, Incidente N° 1 en Autos “Central Puerto SA C/ EN- AFIP- DGI s/Proceso de Conocimiento”.

- 26/5/15, Incidente N° 1 en autos “Olimpico S.R.L. c/EN-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.
- 29/3/16, Incidente N° 1 en autos “QND S.A. c/ EN-M ECONOMIA-SCI-AFIP-DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.
- 13/8/15, Incidente N° 2 en autos “CNCA SA c/ EN -M° ECONOMIA-SCI-AFIP y otro s/ medida cautelar (autónoma)”.
- 21/5/15, Incidente N° 4 en autos “Erfolg S.R.L. c/ EN-M ECONOMIA y FP-SCI y otro s/ Proceso de Conocimiento”.
- 25/10/12, “Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma”.

Sala IV

- 15/12/2011, “AFIP DGI 30001 C/ ASOCIART S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.
- 21/5/2015, “Asociación Cinematográfica de Exhibidores Independientes c/ INCAA s/ proceso de conocimiento”.
- 24/8/1994, “Hisisa Argentina S.A.I.C.I.F.”
- 21/12/1995, “Impsat S. A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.
- 5/6/2012, “Lichytex S.A. c/ EN M° Economía – Resol 589/08 (expte 60743/11) s/amparo ley 16.986”.
- 17/5/2016, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN – M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar (autónoma)”.
- 10/2/2015, “Telefónica de Argentina SA c/ EN - CNC s/ Medida Cautelar (autónoma)”.

Sala V

- 9/4/2015, Incidente N° 1 en autos “Navas Marta Laura c/ UBA -Resol 694/09 (944/08)- Resol 263/09 s/Empleo Público”.
- 17/10/2013, “Procesadora de Boratos Argentinos SA (TF 28429-A) c/ DGA”.

En pleno

- 23/9/2003, “Estado nacional –Fuerza Aérea Argentina– c/ Asociación Civil Campo de Pato “La Tranquera” s/ Lanzamiento Ley 17.901”.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

Sala III

- 14/10/1999, “Grant Prideco Inc.”.

Justicia Federal de Primera Instancia de San Martín

- Juzgado Federal de Primera Instancia de San Martín N° 2, 10/1/2018, “Marisi, Leandro y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional – PEN Ministerio de Transporte de la Nación y otro s/Amparo Ambiental”.

Justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal

- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, 5/5/15, “Cabaleiro, Luis Fernando c/ EN – Ministerio de Agricultura y Ganadería y otro s/ Proceso de Conocimiento”.
- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, 10/11/17, “Vázquez, José Luis c/ EN – M. Justicia y DDHH – DNRPACP s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.

Justicia de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal

- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, 18/3/2017, “Asociación Civil Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación C/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/Medidas Cautelares”.

Dictámenes Procuración del Tesoro de la Nación

- 183:275.
- 200:133.
- 205:128.
- 207:517.
- 214:68.
- 215:189.
- 234:465.
- 236:91.
- 236:306.
- 327:512.