

Las medidas cautelares contra la Administración*

Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549

Por Beltrán Gambier y Carlos A. Zubiaur

1. Introducción

Las medidas cautelares contra la Administración, dictadas ya sea en el marco de una acción contenciosoadministrativa o en forma autónoma, se han constituido, en el orden nacional, en un importante remedio procesal para los administrados frente a la inoperancia actual de la acción de amparo.

Encontramos en la doctrina nacional¹ y extranjera² numerosos estudios en torno a este instituto y en los últimos años la jurisprudencia de nuestros tribunales re-

* Artículo publicado en LL, 1993-D-690. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Grau, Armando E., *Medida de no innovar contra la Administración pública*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1964, p. 273; Cassagne, Juan C., *La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, conferencia en el curso internacional sobre nuevas tendencias del contenciosoadministrativo, Caracas, 15 al 18 de febrero de 1993, inédito, y *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971, p. 105; Reimundín, Ricardo, *La suspensión del acto administrativo como medida de no innovar*, JA, 1967-IV-280, y *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Bs. As., Astrea, 1979; Ulla, Decio C. F. - Lepenies, Irmgard E., *La tutela cautelar administrativa*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 4, 1990, p. 261; Linares, Juan F., *La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*, "Revista del Colegio de Abogados", n° 6, 1942, p. 821; Spota, Alberto G., *Medidas cautelares*, en "Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina", Bs. As., Ediar, 1946, y *Fundamento jurídico de la medida de no innovar*, JA, 1956-II-232; Martínez, Hernán J., *La tutela cautelar administrativa del acto administrativo*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 2, 1989, p. 337; Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. II, Bs. As., Depalma, 1984, p. 799; Peyrano, Jorge W., *Medida cautelar innovativa*, Bs. As., Depalma, 1981; Estrada, Juan R. de, *Normalización universitaria y estabilidad docente. Medida de no innovar y agotamiento de la vía administrativa*, ED, 10/3/88; Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, Bs. As., Macchi, 1987, p. V-57; Fiorini, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 1968, p. 1064; Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. VI, Bs. As., Plus Ultra, 1972, p. 188; Barra, Rodolfo C., *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-419, y *Ejecutoriedad del acto administrativo*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 1, 1989, p. 65; Hutchinson, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, 124-679; Sarmiento García, Jorge, *Proceso administrativo*, en "El Poder Judicial", Bs. As., Depalma, 1989, p. 308 y ss., especialmente p. 335 y 336; Borio, Fernando R., *El principio general de la ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos*, ED, 88-749, especialmente p. 764; Snopek, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la Administración pública*, La Plata, Platense, 1985; Pozo Gowland, Héctor M., *La suspensión de los efectos de los actos administrativos*, LL, 1993-B-424.

² García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, y *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio "fumus boni iuris" (auto del 20/12/90) y su trascendencia general*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 69, p. 65; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, p. 75; *La suspensión del acto administrativo*, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 61, p. 111, y *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 256; Chinchilla Marín,

gistra interesantes precedentes que han ido perfilando y precisando los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares.

La jurisprudencia se ha inclinado por exigir los requisitos del art. 230 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación³. Sin embargo, la apreciación en punto a la configuración de la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) y del peligro en la demora (*periculum in mora*) ha sido diversa y no siempre puede divisarse con claridad un criterio uniforme que confiera cierta seguridad al particular que se encuentra ante una compleja situación jurídica cuya única posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva⁴ es a través de una medida cautelar. Incluso la combinación de estos presupuestos ha merecido distinto tratamiento jurisprudencial.

Son muchos los interrogantes que pueden plantearse en esta línea a los jueces y abogados –tanto de particulares como del Estado–: ¿Hasta qué punto debe resultar verosímil el derecho que funda la pretensión del administrado?, ¿qué tipo de peligro permite acoger una medida cautelar?, ¿un perjuicio sólo grave?, o ¿grave y, a su vez, irreparable? En su caso, ¿qué clase de irreparabilidad es la que debe tenerse en cuenta?

El análisis que pretendemos realizar no puede perder de vista la situación de emergencia económica y administrativa en la que se encuentra el Estado nacional, fundamentalmente a partir de la sanción de las leyes 23.696 y 23.697 y los innumerables decretos de necesidad y urgencia. La suspensión de la ejecución de sentencias contra el Estado y la consolidación de la deuda interna dispuesta por la ley 23.982 constituyen un marco de referencia que no puede soslayarse en la búsqueda de soluciones en esta materia.

Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; Campo Cabal, Juan M., *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Bogotá, Temis, 1989; Parejo Alfonso, Luciano, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 49, p. 19; Tornos Mas, Joaquín, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso administrativo y doctrina jurisprudencial*, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 61, p. 119; Betancor Rodríguez, Andrés, *El acto ejecutivo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Coca Vita, Eduardo, *A vueltas con la suspensión de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*, "Revista de la Administración Pública", n° 127, Madrid, 1992, p. 241; Fonti Llovet, Tomás, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 34, p. 477; Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, Montecorvo, 1986; Bacigalupo, Mariano, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991*, "Revista de la Administración Pública", n° 128, Madrid, 1992, p. 413; Schwartz, Bernard, *Administrative law*, Little Brown, 1991, p. 91.

³ Mairal sostiene que la jurisprudencia exige la presencia de las condiciones comunes de toda medida cautelar, o sea, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, añadiendo dos notas derivadas del carácter excepcional de la medida frente a la Administración, a saber la procedencia del interés público y el análisis de las condiciones de algunos tribunales a exigir la presencia de un perjuicio no meramente grave sino "irreparable" (p. 799). Señala que "la procedencia de la medida no será una consecuencia automática de la presencia de los requisitos en cuestión, ya que dependerá siempre de la apreciación discrecional del juez" (Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 809).

⁴ Esta es la expresión utilizada por la Constitución española de 1978 que prescribe "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24). Este precepto es una suerte de reformulación moderna de nuestra garantía de defensa en juicio (art. 18, Const. nacional). En este sentido Barra, *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-419.

Veamos por qué: si un particular resulta afectado por un acto administrativo que es reputado ilegítimo y que a su vez le causa un grave perjuicio, deberá recorrer el casi siempre lento camino de la instancia administrativa. Una vez agotada ésta, debe iniciar una acción judicial cuyo trámite pueda durar más de un lustro. Una vez obtenida la sentencia firme, el particular puede encontrarse ante las dificultades que la situación de emergencia, acarrea a la ejecución de sentencias y, lo que es aún peor, ante la posibilidad cierta de percibir bonos a diez o quince años en lugar de pesos.

Frente al desolador panorama descrito, la tutela judicial efectiva que muchas veces otorgan las medidas cautelares constituye un principio de vital importancia en el Estado de derecho de nuestros días⁵.

Con el análisis que desarrollaremos, esperamos contribuir a la búsqueda de soluciones que permitan compatibilizar del mejor modo las prerrogativas de la Administración con las garantías del administrado⁶.

2. La suspensión de los efectos del acto administrativo y otras medidas cautelares contra la Administración pública

La ley 19.549 prevé la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta (art. 12).

Sin embargo, el universo de situaciones en el cual puede presentarse la necesidad de garantizar la tutela del particular, excede los supuestos previstos en el art. 12⁷, en tanto existen numerosos casos en los que no se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo. Ya en el ámbito jurisdiccional, muchas veces mediante la solicitud de medidas cautelares no se pretende la suspensión del acto impugnado sino la no modificación de la situación existente mientras tramita la causa principal. Ello se plantea, por ejemplo, en aquellas causas que versan sobre el empleo público originadas por la aplicación de sanciones segregativas en las que se

⁵ Refiriéndose al sistema español, señala González Pérez que “el actual sistema de medidas cautelares no responde a las exigencias de la tutela judicial efectiva, es algo que nadie duda. La crítica es unánime. Porque, aunque es indudable que no se limitan a lo que la LJ regula expresamente y que son admisibles las que se prevén en la ley procesal civil –como la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad–, en modo alguno garantizan la plena efectividad de una sentencia condenatoria de la Administración (*La reforma de la legislación procesal administrativa*, p. 76 y 77).

⁶ Al referirse Parejo Alfonso al conflicto entre el poder público y las posiciones privadas, señala que éste no puede resolverse simplistamente sobre la base de la regla general de la primacía formal del poder público sobre el privado (*La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, p. 26).

⁷ Así, se ha señalado que “la tutela judicial cautelar no puede continuar reducida a la figura de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos” (Parejo Alfonso, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, p. 26). Resulta interesante el análisis efectuado por Ulla y Lepenies, *La tutela cautelar administrativa*, p. 226 y 227; allí estudian las medidas cautelares en los códigos contenciosoadministrativos provinciales contemporáneos destacando que bajo la denominación de medidas cautelares y preliminares, se establecen distintos tipos de medidas previstas para conservar los bienes objeto de la litis o de pruebas pasibles de desaparición o comprobación de alguna situación de hecho.

procura evitar que, mientras dure la tramitación de la causa principal, se cubra la vacante originada por la aplicación de la sanción⁸.

Igual supuesto se plantea en los casos en que se impugna un acto que dispone el secuestro de mercadería por parte de la Administración Nacional de Aduanas y se solicita que no se disponga su comercialización⁹.

En estos casos no se pretende la suspensión del acto impugnado sino que la Administración se abstenga de una actuación futura que es consecuencia de él. Se trata, pues, de medidas de no innovar.

En el supuesto en que se solicita judicialmente la suspensión de los efectos de un acto, existe cierta tendencia a considerar que estamos ante la prohibición de innovar¹⁰. Por nuestra parte, creemos que en esos casos estamos ante medidas cautelares de tipo innovativo¹¹ toda vez que se debe alterar la situación jurídica existente, esto es, un acto administrativo que surte efectos¹².

En otros casos, el carácter innovativo aparece con más claridad. Así, por ejemplo, si el propietario de un campo amenazado por una inundación que se generará

⁸ En la causa “Álvarez” la medida cautelar solicitada tuvo por objeto que la demandada se abstuviera de cubrir las vacantes originadas por las bajas de los actores (CNContAdmFed, Sala I, 28/2/85, “Álvarez, Enrique E. y otro c/Estado nacional - Secretaría de Inteligencia de Estado s/nulidad de resolución”). En contra de esa pretensión en la causa “Coelho”, se sostuvo que “si las medidas tienden a que se torne ilusoria la sentencia favorable que pueda obtener el actor nada impide a que mientras dure el juicio, el Estado, en uso de atribuciones que le son propias, y atento las necesidades del servicio, nombre al personal necesario. Obtenida la hipotética sentencia firme favorable, el Estado deberá proveer a la reincorporación de los agentes arbitrando los medios necesarios” (CNContAdmFed, Sala IV, 14/5/85, “Coelho, Guillermo I. E. c/Estado nacional s/nulidad de resolución”). En igual sentido CNContAdmFed, Sala IV, 6/8/85, “Rodríguez, Roberto J. y otro c/Estado nacional s/incidente de apelación”).

⁹ CS, 10/6/80, “Sudamericana Intercambio c/Nación Argentina”, *Fallos*, 302:530, y *LL*, 1981-A-583.

¹⁰ Sobre este punto Hutchinson señala que “en el caso de un acto administrativo del que se alegue su nulidad, si se dicta una medida cautelar innovativa, se volvería al estado anterior al dictado del acto, esto es, se retrotraería la situación a la vigencia antes de su emisión”. Agrega más adelante, que si el juez dispone la suspensión de los efectos del acto no está ordenando una medida cautelar innovativa (*La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, 124-680 a 682).

¹¹ Cfr. Peyrano, *Medida cautelar innovativa*, p. 47 y ss.; señala, en este sentido, Martínez que a partir de la prohibición de innovar la jurisdicción ha proveído verdaderas medidas innovativas respecto de actos administrativos (Martínez, *La tutela cautelar administrativa del acto administrativo*, p. 353).

¹² En un sentido equivalente se ha manifestado Pozo Gowland sosteniendo que el planteo de las medidas cautelares “respecto de actos administrativos plantea adicionalmente dificultades específicas que pueden obstaculizar su procedencia: falta de idoneidad de la prohibición de innovar para suspender los efectos de un acto administrativo, ya que tal medida tiende a que no se modifique una situación de hecho ya existente, cuando precisamente el administrado pretende todo lo contrario, vale decir que se suspenda la ejecución de un acto que al momento de solicitarse la medida cautelar ya se está cumpliendo. Ello hace que en sentido estricto corresponda la aplicación de una medida cautelar innovativa” (Pozo Gowland, *La suspensión de los efectos de los actos administrativos*, *LL*, 1993-B-424). Peyrano, la define como “una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables, mediante la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (Peyrano, *Medida cautelar innovativa*, p. 21). Martínez, *La tutela cautelar administrativa del acto administrativo*, p. 353).

por una obra hidráulica proyectada, solicita, mediante una medida cautelar, que se modifique mínimamente la ejecución de dicha obra demostrando, dentro del restringido marco cognoscitivo de que se trata, que con el cambio propuesto no se afecta la finalidad perseguida con la obra ni –sustancialmente– la ecuación económica del proyecto y se evita, de ese modo, el daño a su propiedad, estaremos en presencia de una medida cautelar innovativa¹³.

Se trata, pues, de las llamadas “medidas cautelares positivas”. Estas han sido analizadas en forma reciente por García de Enterría¹⁴ al comentar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante la cual “frente a un acto administrativo denegatorio de la Administración impone a ésta como medida provisional, mientras el proceso se sustancia, una determinada conducta y una decisión de condena en términos procesales”. Agregando seguidamente que la “limitación estricta de las medidas cautelares a la única medida de la ‘suspensión de la ejecución’ del acto impugnado, que es lo que resulta del texto literal del art. 122 y ss. de la ley de la jurisdicción contenciosoadministrativa, queda definitivamente superada, y esto marca un hito histórico en la actuación de nuestros tribunales”¹⁵.

Otro caso interesante es el resuelto también por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 14 de octubre de 1991. Se trataba la denegatoria de una licencia municipal de instalación de un bar-cafetería por el hecho de que se vulneraba el régimen de distancias mínimas establecido por la ordenanza reguladora de establecimientos de hotelería y asimilados. En este caso, la Sala del Tribunal dispuso una medida cautelar positiva condenando a la Administración a continuar el procedimiento sobre la base de la forma de medir que parece más adecuada a la “aparición de buen derecho”¹⁶.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación autoriza este tipo de medidas al disponer, en su art. 232, que “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”¹⁷. En

¹³ La procedencia de una medida de este tipo es una cuestión opinable y dependerá de las circunstancias de cada caso en particular.

¹⁴ García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, p. 215 y siguientes.

¹⁵ Señala, en este sentido, González Pérez: “Es evidente que una correcta interpretación del ordenamiento procesal administrativo conforme a los principios constitucionales –concretamente, del art. 24 de la Const.– permite a los tribunales del orden contenciosoadministrativo –como lo ha puesto de relieve algunas recientes decisiones jurisprudenciales– la adopción de cuantas medidas fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recayere incluso las de contenido positivo que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta o que habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada” (*La reforma de la legislación procesal administrativa*, p. 77).

¹⁶ García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, p. 245 y ss., especialmente p. 249 y 257.

¹⁷ Fenochietto, Carlos E. - Arazí, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, t. I, Bs. As., Depalma, 1985, p. 743 y siguientes. Al referirse a esta norma, Colombo señala: “Deben distinguirse los presupuestos del poder cautelar, que son aquellos requisitos, de la potestad que el art. 232 confiere al juez, con toda amplitud, de adecuar los medios más aptos para obtener el aseguramiento. Es, por

el ámbito provincial el Código Contencioso Administrativo de Corrientes prevé expresamente este tipo de medidas cautelares innovativas (art. 23, ley 4106).

El óbice que se les puede encontrar a las medidas cautelares innovativas es la posible intromisión que puede suponer el órgano judicial en la esfera de competencia de la Administración.

Más allá de lo opinable de esta delicada cuestión, entendemos que mediante la utilización de este remedio cautelar, la justicia puede fortalecer el rol que tiene asignado en punto al control de legalidad del obrar administrativo¹⁸ y, de este modo, garantizar plenamente la “tutela judicial efectiva” que se asienta, en nuestro sistema, en la garantía de defensa en juicio¹⁹.

3. Fundamento de las medidas cautelares

Tradicionalmente se ha sostenido que el fundamento de las medidas cautelares reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso²⁰, evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que se dicten²¹. Sin embargo, la jurisprudencia ha utilizado dicho argumento para fundar el *periculum in mora*. Así, dijo la Corte Suprema en “Albornoz”²² que el peligro en la demora “pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar puedan restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”. En la misma línea, en “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés” dijo el

tanto, un poder cautelar residual y no una atribución indiscriminada: debe siempre existir un fundado temor de frustración del derecho. Es una directiva de carácter fluido que ha tenido varias concreciones en la jurisprudencia” (Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I. Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, p. 389).

¹⁸ Señala Marienhoff, en posición que seguimos, que “la suspensión, por sí misma, es un procedimiento de control *stricto sensu*, si bien de alcances limitados”. Agrega, seguidamente, que “la suspensión tiene sus alcances y consecuencias: evitar la ejecución de un acto dañoso e ilegal, para dar lugar a que la situación sea después debidamente analizada. Es un procedimiento de obvia juridicidad y de suficiente contenido para erigirse en especie autónoma de control” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982, p. 658 y 659). Por su parte, Parejo Alfonso, en esta línea, señala que “no siendo la tutela judicial cautelar o provisional más que una pieza de control judicial de la Administración, es claro que como ésta, está en función de los principios vertebrantes del derecho administrativo (*La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, p. 23).

¹⁹ Cfr. Cassagne, *La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, p. 39.

²⁰ Cfr. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 382 y 382, allí señala refiriéndose a la prohibición de innovar que “concreta, en el aspecto cautelar, el principio de igualdad de las partes” y se “funda en el principio de la inalterabilidad de la cosa litigiosa, concurriendo los requisitos y resguarda la inmodificabilidad de las cosas objeto de la litis”.

²¹ *Fallos*, 247:63; 265:236; CNContAdmFed, Sala I, 22/11/88, *in re* “Maschwitz, Horacio A. c/DGI s/repetición”; *id.*, Sala II, 23/2/82, *Irurzun SA c/Estado nacional*, *LL*, 1982-C-401; *id.*, *id.*, 14/10/82, “Pesquera del Atlántico SA c/BCRA”, *ED*, 102-526; *id.*, Sala III, 22/6/82, “Asociación Mutual Ferroviaria del Litoral y Norte Argentino c/EFA”, *LL*, 1980-D-519; *id.*, *id.*, 22/6/82, “Alberdi, Jorge y otra c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, *JA*, 1984-I-608. Mairal sostiene que este fundamento hacía precedente la medida incluso cuando las normas procesales no la preveían expresamente (*Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 800 y 801).

²² CS, 20/12/84, “Albornoz, Evaristo I. c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación”, *ED*, 113-477.

Alto Tribunal que a la verosimilitud en el derecho y la imposibilidad de obtener por otras vías precautorias la protección que se pide, se agrega el peligro en la demora, “de manera tal que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho o derecho pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible”²³.

Como puede advertirse, existe cierta confusión argumental en torno al fundamento general de las medidas cautelares, con la configuración del presupuesto establecido en el art. 230, inc. 2° del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Desde nuestra perspectiva, el fundamento general de las medidas cautelares contra la Administración descansa sobre dos pilares.

El primero, garantizar el principio de legalidad en tiempo oportuno. Esta idea está íntimamente conectada con el principio de la tutela judicial efectiva que, como vimos, no es otra cosa que la contracara de la garantía de defensa²⁴. Las medidas sólo deben ser acordadas si están destinadas a impedir la ilegalidad del obrar de la Administración, o para evitar perjuicios graves a los particulares²⁵. El segundo fundamento está constituido por la necesidad de evitar perjuicios graves, tanto para el Estado como para el particular, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la causa.

En este sentido, señala Chinchilla Marín que “la finalidad de las medidas cautelares no es sólo mantener un *status quo* modificado por un acto administrativo, sino asegurar provisionalmente que la tutela judicial, que en su día puede otorgar una sentencia, sea eficaz y que –como dice la Constitución– no se produzca indefensión”²⁶.

Desde una perspectiva práctica, también puede señalarse que la generalizada lentitud de los procesos contenciosoadministrativos puede encontrar cierto remedio con la vigencia efectiva de la tutela cautelar de los derechos²⁷.

²³ “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés c/Provincia de Buenos Aires y otra s/acción declarativa”, 21/5/87.

²⁴ Se ha propugnado colocar al “debido proceso adjetivo” en la categoría de principio general del derecho. Así, sostiene Cassagne en este sentido que “si la Administración conculca los principios generales del derecho, y si éstos forman parte del ordenamiento jurídico, esa conducta no puede quedar al margen de la protección jurisdiccional, porque de ser así esto implicaría una real denegación de justicia” (Cassagne, Juan C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 96); ver, además, Ulla - Lepenies, *La tutela cautelar administrativa*, p. 263.

²⁵ Coincidimos con Cassagne cuando al referirse a las causales de suspensión señala respecto de la razón de interés público que “resulta de una amplitud exagerada, aparte de que carecerá en general de sentido para el administrado, aunque se estableciera la suspensión obligatoria del acto en tales supuestos, por la sencilla razón de que persigue –en la mayor parte de los casos– la satisfacción de un interés privado” (Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, p. 219).

²⁶ Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, p. 159.

²⁷ Así, aunque refiriéndose a otra realidad, García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, p. 194, 195, 208, 267 y 268; en este sentido, Bacigalupo, trae a colación una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en la cual se sostiene que la tutela de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos sólo será efectiva si pone a disposición de las partes medios que permitan evitar que durante el proceso se consumen hechos que, comprobada *a posteriori* la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, sean irreversibles y/o tengan efectos irreparables (Bacigalupo, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991*, p. 416).

4. Los presupuestos de las medidas cautelares en la jurisprudencia

Ante la ausencia de un código contenciosoadministrativo, la jurisprudencia de los tribunales federales exige como presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares contra un acto administrativo la configuración de los requisitos establecidos en el art. 230 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Por el contrario, muchos de los códigos procesales contenciososadministrativos provinciales²⁸ prevén expresamente la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo impugnado. Para ello exigen distintos recaudos.

En algunos casos, se requiere la configuración de perjuicios irreparables, como en los códigos de las provincias de Buenos Aires (art. 22, ley 2961) y de Mendoza (art. 22, ley 3918).

Por su parte, los códigos de las provincias de Formosa (art. 22, ley 584) y Neuquén (ley 1305) exigen acreditar que *prima facie* la disposición es nula o puede producir un daño grave si aparece como anulable.

A su vez, el Código de la provincia de Misiones (art. 28, ley 52) establece la procedencia de la suspensión “a) cuando la resolución impugnada sea *prima facie* nula por incompetencia o violación manifiesta de la ley; b) cuando la ejecución de la misma puede producir un daño irreparable, si a la vez la resolución es *prima facie* legal, aunque la ilegalidad lo sea por motivos diferentes de lo expresado en el inciso anterior”.

Pese a ello la mayoría de los códigos contenciosoadministrativos provinciales no indican expresamente los presupuestos para la procedencia de este tipo de medidas²⁹. En estos casos, entendemos, serán de aplicación los presupuestos exigidos en las correspondientes leyes de procedimientos administrativas³⁰.

Por último, la ley 2403 de la provincia de Catamarca establece una remisión en este tema al Código Procesal Civil y Comercial.

a) La verosimilitud en el derecho o el “fumus boni iuris”

La jurisprudencia analizada en punto a la necesidad de la configuración del *fumus boni iuris* muestra pautas que se han ido reiterando. Veamos:

En el caso “Irurzun” se señaló que “el tribunal no tiene la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, siendo sólo menester examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que por ello implique prejuzgamiento”³¹. Ello es consecuencia, como se dijo en “Borgo”, del reducido marco de conocimiento que es característico

²⁸ Ver Sarmiento García, *Proceso administrativo*, p. 335.

²⁹ Cfr. Códigos de las provincias de Santa Fe (art. 29, ley 4106); Santa Cruz (art. 15, ley 22); La Rioja (art. 27, ley 1005); Chaco (art. 28, ley 848), y Jujuy (art. 30, ley 1888).

³⁰ Ello es previsto expresamente en el art. 62 de la ley 952 de la provincia de La Pampa.

³¹ CNContAdmFed, Sala II, 23/2/92, “Irurzun SA c/Gobierno nacional y otro”, LL, 1982-C-401; íd., íd., 18/6/85, “Barbaran, Luis A. c/Estado nacional - Ministerio de Educación y Justicia s/amparo”; íd., íd., 22/8/85, “Carfina Cía. Financiera SA s/res. 441 y 298 Banco Central”.

de las medidas cautelares³². En esta línea, en “Pesquera del Atlántico” se ha agregado a lo anterior que ello es posible debido a que el “ordenamiento adjetivo acuerda a medidas de esta índole carácter esencialmente provisional (art. 202) pues, re-examinadas que sean las circunstancias, nada impide enmendar, modificar y aun revocar lo que fuere menester y resultare justo”³³. En “Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal” se expresó que “para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente –apropiado al estado del trámite– sea dado percibir un *fumus boni iuris* en el peticionario”³⁴.

Basta con la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero³⁵.

Con algún matiz diferencial, en “Coelho” se ha sostenido que “si bien en una medida cautelar debe apreciarse si el derecho del peticionante *prima facie* aparece como verosímil, ello no debe hacerse con extrema superficialidad que deje sin efecto un principio legal de tanta trascendencia como el analizado” (se refiere a la presunción de legitimidad)³⁶. En “Finsur” se dijo que la presunción de validez, que trae como consecuencia la adopción de un criterio más estricto para apreciar la existencia de verosimilitud del derecho invocado como fundamento de una medida de no innovar “se requiere que quien la solicita demuestre, fehacientemente –salvo que ella fuera manifiesta– y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la situación de fondo, la ilegitimidad del acto cuestionado o la violación del orden jurídico para hacer caer dicha presunción”³⁷.

En un fallo de la Corte Suprema uno de sus integrantes, con voto en disidencia, ha sostenido que “la naturaleza de medidas como la solicitada (prohibición de innovar), no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, sólo resulta exigible el *fumus boni iuris*, pues 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 hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”³⁸.

Frente a este panorama jurisprudencial, cabe preguntarse, entonces, de qué modo debe ser realizada la apreciación del *fumus boni iuris*. En este sentido, ha señalado García de Enterría “que no se trata de apelar al *flair* o al olfato del juez (el

³² CNContAdmFed, Sala II, 11/5/89, “Borgo, Hermes F. c/Junta Nacional de Granos s/ordinario”.

³³ CNContAdmFed, Sala II, 14/2/82, “Pesquera del Atlántico SA c/Banco Central”, LL, 102-527; en igual sentido CNContAdmFed, Sala II, 22/8/85, “Carfina Cía. Financiera SA s/res. 441 y 298 Banco Central” y Sala II, 12/3/91, “Laborde, Bernardo y otros c/Estado nacional y otros”.

³⁴ CNFedCivCom, Sala II, 15/7/83, “Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo SA”, JA, 1984-III-418 y ss., especialmente p. 419.

³⁵ CFed Rosario, Sala B, 4/4/88, “Cipoma SA c/Gobierno nacional”, JA, 1988-II-316.

³⁶ CNContAdmFed, Sala IV, 14/5/85, “Coelho, Guillermo c/Estado nacional (MOSP) s/nulidad de resolución”; id., id., 6/8/85, “Rodríguez, Roberto J. y otro c/Estado nacional - SIDE s/incidente de apelación”.

³⁷ CNContAdmFed, Sala IV, 20/2/92, “Finsur Cía. Financiera c/Banco Central s/interrupción de la prescripción s/incidente de recurso de apelación con efecto devolutivo”.

³⁸ CS, 8/9/92, “Rossi Cibils, Miguel A. y otros”, voto en disidencia del doctor Fayt, LL, 1993-B-333.

‘humo de buen derecho’ no se aprecia por la nariz, sino por el juicio objetivo, imponiendo una valoración anticipada y ‘a primera vista’ del fondo del proceso, sin lo cual la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inapreciable, lo que es difícilmente cohonestable con una justicia actuando en un Estado de derecho), sino de ‘administrar justicia legal’, esto es, de acudir a criterios jurídicos perfectamente objetivables”³⁹. Por su parte, Spota ha señalado que este humo deber ser suficientemente denso para colorear el derecho invocado⁴⁰.

Para la apreciación del *fumus boni iuris*, Chinchilla Marín, propone analizar la existencia de dos componentes: por un lado “la aparente existencia de un derecho o interés del recurrente que está corriendo un peligro de sufrir un daño irreversible y, de otro, la probabilidad de que el acto administrativo sea ilegal”⁴¹.

Pese a que existe ciertamente una clara dificultad para establecer pautas generales destinadas a apreciar la verosimilitud del derecho alegado⁴² no cabe duda que la apreciación judicial respecto a su configuración no puede ser realizada en base a criterios subjetivos.

Ocurre en la práctica que a pesar de que las resoluciones sobre medidas cautelares deben ser fundadas (art. 161, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), dicha exigencia muchas veces resulta, total o parcialmente, soslayada por los jueces. En efecto, es frecuente la utilización de expresiones como “no ha quedado palmariamente demostrada la verosimilitud del derecho del que intenta valerse”⁴³ o “que no se advierte, no demuestra el peticionario, el estar ante el mínimo indispensable de verosimilitud en el derecho invocado; conclusión que encuentra sustento... en el muy circunscripto margen de revisión que, en materia disciplinaria –caso de autos– compete a los tribunales del Poder Judicial, sólo comprensivo de supuestos en los que la autoridad sancionatoria hubiere incurrido, de modo palmario y manifiesto, en un arbitrario encuadre o apreciación de los hechos; vicio éste no apreciable en la hipótesis *sub judice*, cuanto menos a esta altura del litigio y ante el rápido análisis que impone el carácter y naturaleza propios de medidas procesales cual la aquí objeto de recurso”⁴⁴.

En otro caso se ha dicho “aun mediando el perjuicio que el afectado invoca, el acto de que se trata no vulnera su derecho con ilegitimidad manifiesta (arg. art. 12, ley 19.549)⁴⁵. También se ha sostenido que “tampoco se aprecia una ilegitimidad

³⁹ García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, p. 75 y 76; Chinchilla Marín también adhiere a esta posición (*La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, p. 46).

⁴⁰ Spota, *Medidas cautelares*, p. 699.

⁴¹ Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, p. 46 y 47.

⁴² En este sentido, Mairal enumera una serie de pautas dadas por la jurisprudencia extranjera en especial del Consejo de Estado francés y por los tribunales de los Estados Unidos de América (*Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 815).

⁴³ CNContAdmFed, Sala I, “El Trébol Soc. Col. c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, LL, 1976-D-49.

⁴⁴ CNContAdmFed, Sala II, “Baya Simpson, Enrique c/Gobierno nacional - Ministerio de Educación y Justicia”, LL, 1987-B-251.

⁴⁵ CNContAdmFed, Sala III, “Asociación Mutual Ferroviaria del Litoral y Norte Argentino c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, LL, 1980-D-519.

que justifique la medida dictada, tanto más cuando no se ha acreditado la existencia de un peligro irreparable para el administrado”⁴⁶.

En todos estos precedentes jurisprudenciales se advierte que no se exteriorizan las pautas con que los respectivos tribunales analizan los presupuestos necesarios para las medidas cautelares. Denotan, claramente, la utilización de un criterio subjetivo que también se aprecia en muchos decisorios que acogen este tipo de medidas.

De lo que se trata, en definitiva, es que los tribunales expliciten los argumentos que los conducen al rechazo o a la concesión de una medida cautelar, para lo cual no constituye óbice el reducido marco cognoscitivo que tiene el juez al resolver. De este modo, la parte que apela la respectiva decisión, podrá controvertir adecuadamente los argumentos esgrimidos y así ejercer plenamente su derecho de defensa y gozar de la tutela judicial efectiva.

Así, por ejemplo, si se rechaza una medida cautelar con el fundamento expreso de que el órgano emisor del acto era competente en razón de la materia, el apelante podrá defender su posición controvirtiendo dicho argumento si, por ejemplo, existe a su juicio otra norma que le resta validez a la invocada por el juez. Ello no podrá ocurrir cuando se desconoce –por no expresarse– el proceso intelectual seguido por el tribunal.

b) El peligro en la demora o “periculum in mora”

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe que “podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que... existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible” (art. 230).

De ello se desprende la posibilidad de que, en caso de no adoptarse la medida, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión⁴⁷.

Del texto de la norma citada surgen tres supuestos de peligro. Estos son:

1) Que la modificación de la situación existente influya en la sentencia.

Veamos un ejemplo. La Administración dicta un acto ilegítimo que afecta el normal desenvolvimiento de la actividad del particular al punto de existir riesgo de que deba cesar definitivamente en ella. En este caso si no se suspende el acto, la sentencia será influida por esta situación en tanto deberá reconocer los daños y perjuicios generados por el accionar estatal ilegítimo.

2) Que la ejecución de la sentencia se convirtiera en ineficaz.

Para visualizar este supuesto podemos acudir a otro ejemplo. Un alumno de una universidad estatal es segregado ilegítimamente a poco de iniciar el curso lectivo y demanda, por ello, la nulidad del respectivo acto. De mantenerse la ejecución del acto, la sentencia será ineficaz. Ciertamente que en este caso puede objetarse la

⁴⁶ CNContAdmFed, Sala IV, 18/9/86, “Incidente SUBPCA SACIEel c/Junta Nacional de Carnes s/ordinario”.

⁴⁷ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. VIII, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, p. 34.

existencia de identidad entre el objeto de la demanda y el objeto de la medida. A nuestro juicio, no hay reparo procesal válido para que así sea.

3) Que la sentencia sea de cumplimiento imposible.

Supongamos que una universidad cancela por tiempo indefinido una carrera. Un particular se anota para ingresar en el último curso, es decir, ingresa al primer año para integrar lo que será la última camada. Mediante un acto ilegítimo se impide su ingreso al mismo. En este caso, si no se accede a la medida cautelar, la sentencia será de cumplimiento imposible toda vez que la nulidad perseguida en el juicio tiene como natural objetivo que el aspirante pueda cursar regularmente⁴⁸.

De estos supuestos surge, entonces, que el daño cuya consumación pretende evitarse mediante la medida cautelar puede ser irreparable o de entidad tal que influya en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz.

La jurisprudencia ha interpretado a la luz del precepto comentado, que el peligro alude la configuración de un daño grave e irreparable⁴⁹. Esta postura ha sido criticada por Cassagne al sostener que “actualmente en el orden nacional no es necesario acreditar la existencia de ‘graves perjuicios’ ni menos de ‘perjuicios irreparables’ para solicitar en juicio ordinario la suspensión del acto administrativo como medida de no innovar, en mérito a que tales extremos no son exigidos por el art. 230 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación⁵⁰”.

Ahora bien, ¿qué es en todo caso un daño grave? Se configuraría un daño de este tipo, por ejemplo, cuando el perjuicio ocasionado al particular es cuantioso en relación a su capacidad económica financiera⁵¹, o cuando “el daño que derivaría de la ejecución de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión del mismo”⁵².

Respecto al daño susceptible de ser evitado, Chinchilla Marín distingue el daño de difícil o imposible reparación, lo que no significa que sea irresarcible, sino irreparable, entendiendo entonces que “la irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización”⁵³.

⁴⁸ Aquí también habrá identidad entre el objeto de la demanda y el objeto de la medida.

⁴⁹ CNContAdmFed, Sala I, 23/7/85, “Banco Juncal Coop. Ltda. c/Banco Central”, ED, 105-201; íd., íd., 3/7/86, incidente sobre medida cautelar en “Román Marítima SA c/Administración General de Puertos s/nulidad de acto administrativo”; íd., Sala II, 23/2/82, “Iruzun SA c/Gobierno nacional y otro”, LL, 1982-C-401; íd., Sala III, 13/12/83, “Pérez Álvarez, Mario y otros c/Banco Central”, LL, 1984-C-251. Palacio enumera diversos supuestos en los que a criterio de la jurisprudencia se configura el requisito de daño irreparable que hace procedente la medida cautelar (*Derecho procesal civil*, t. VIII, p. 192, cita 54).

⁵⁰ Cassagne, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 108; señala Barra, en este sentido, que no se requiere que los perjuicios sean irreparables sino que basta su importancia “valorable según las circunstancias” (Barra, *Ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 97).

⁵¹ Señala Linares que el daño grave no es únicamente el daño irreparable o difícilmente reparable (Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 330).

⁵² Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 660 y 661. En igual sentido, Cassagne, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 77.

⁵³ Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, p. 43 y 44; ver también, Valorzi, Andrea, *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1991, p. 79,

Si bien discrepamos con la exigencia de la irreparabilidad del daño en el ámbito del presupuesto *periculum in mora* creemos necesario dar cuenta de algunas posturas doctrinarias que han intentado explicar o a veces fundamentar tal exigencia.

Entre nosotros, Díez ha sostenido que “la irreparabilidad del perjuicio no puede medirse por la cuantía del daño aunque pudiera tener repercusión ruinosa en el patrimonio del particular afectado, pues ha de admitirse que la entidad administrativa demandada tiene solvencia suficiente para proveer a la reparación del daño ocasionado si fuese revocado el acto que lo causó”. Agrega a ello que “la irreparabilidad está relacionada con el derecho mismo que el acto vulnera y habrá perjuicio irreparable con la ejecución del acto administrativo frustrando el derecho subjetivo del interesado sin que a éste le quede una vía apta para conseguir la reparación debida. La locución daño irreparable significa que el daño que causa el acto, por su naturaleza, no puede ser reparable con independencia de la reparación material que pueda o no obtenerse”⁵⁴. En esta línea Spota señala que “no habría, entonces, ‘perjuicio irreparable’: la indemnización, en el caso de declararse procedente, estaría asegurada y nunca tendría alcances solamente líricos la sentencia que declara el derecho del particular frente a la Administración”⁵⁵.

Por su parte, García de Enterría y Fernández han expresado, a este respecto, que “la posibilidad de reparación no debe, pues, medirse en términos económicos. Basta simplemente con que la reparación *in natura* se imposibile o, al menos, difícil, para que proceda la suspensión del acto recurrido”⁵⁶.

Cabe destacar la sistematización propuesta por Mairal⁵⁷ en cuanto señala que existe daño irreparable cuando:

- 1) la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero;
- 2) la sentencia si puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero;
- 3) cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria;
- 4) cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena;
- 5) cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia;
- 6) cuando la previsible magnitud del perjuicio acarrea verosímilmente la insolvencia del recurrente;

allí destaca que “la giurisprudenza civile, al fini della concessione della tutela cautelare, equipara la richiesta irreparabilità alla non risarcibilità del medesimo”.

⁵⁴ Díez, *Derecho administrativo*, p. 191.

⁵⁵ Spota, *Medidas cautelares*, p. 707; es muy interesante el fallo que cita este autor “Puerto Rosario SA c/Gobierno nacional”, JA, 1942-IV-786, allí se analiza no sólo lo atinente a la responsabilidad del perjuicio, sino también el principio *fiscus semper solvens*.

⁵⁶ García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1990, p. 570.

⁵⁷ Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 818 y 827.

7) cuando se ocasiona al particular un perjuicio “desproporcionado”.

Por su parte, Linares enuncia diversos supuestos de daños irreparables, entre los cuales cabe destacar el daño que, pese a la solvencia del que debe pagarlo, resulta de difícil cobro⁵⁸.

Vinculado con este tema se encuentra el principio de la solvencia del Estado (*fiscus semper solvens*), en virtud del cual se considera que éste siempre está en condiciones de indemnizar los daños que produzca su accionar. Este principio dio fundamento a parte de la doctrina y, en general, a la jurisprudencia para desvirtuar la configuración de un supuesto daño irreparable⁵⁹.

Parte de la doctrina se ha expedido en contra de la aplicación de este principio. Así para Spota es deleznable, “ya que la protección jurisdiccional debe ejercerse, en lo posible, preventivamente, sobre todo si se tiene en cuenta que, en nuestro defectuoso sistema legal, las sentencias dictadas en contra de la Nación tiene valor meramente declarativo”⁶⁰.

Para su parte, Marienhoff considera que la fórmula *fiscus semper solvens* es vacua de contenido ético y opina que debe rechazarse “una consideración con tan escaso valor jurídico, como es aquella de que las medidas preventivas o precautorias no proceden frente a la Administración, porque siempre es solvente”⁶¹.

Conectando este principio con la exigencia de que el perjuicio sea irreparable –y reduciendo la cuestión a los términos exigidos por el ordenamiento procesal– señala Cassagne que esta última debe descartarse “no sólo porque no es requerida por la ley sino porque conduce a justificar la reparabilidad del daño en base al dogma de la solvencia del Estado, cuya arcaica fundamentación conduce a legitimar verdaderos despojos e injusticias privando de real contenido a la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la Const. nacional”⁶².

Desde nuestra perspectiva, la reparabilidad no puede tornar inviable, en ningún caso, la procedencia de una medida cautelar no sólo por no ser la solución legal del

⁵⁸ Para Linares otros de los supuestos son: “el daño cuya estimación en dinero constituye una suma desproporcionada con respecto a la solvencia real y efectiva del agente que cause daño; el daño de difícil estimación justa en dinero, como por ejemplo el daño moral o el daño por la pérdida parcial de clientela; el daño debe ser indemnizado por un gran número de personas de difícil individualización, cada una en una pequeña cantidad” (Linares, *La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*, p. 835).

⁵⁹ Palacio, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 193; Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, t. II, p. 1064. Los daños aducidos por el quejoso –se insiste, de estricto contenido patrimonial– son obviamente susceptibles de reparación ulterior si sólo se atiende al hecho de ser el Estado nacional el demandado en el *sub lite*, principio que ya establecido por esta sala (conf. entre otros “Sánchez, Aurora M.” del 14/3/78) es reiterado por el más Alto Tribunal al señalar en fecha reciente, que “los daños que eventualmente pudieran derivarse de la imposibilidad de ejercer los derechos reclamados por los actores, podrán ser compensados mediante una indemnización a cargo del Estado nacional cuya solvencia es indiscutida” (CNContAdmFed, Sala II, 23/2/92, “Iruzun SA c/Gobierno nacional y otro”, LL, 1982-C-401).

⁶⁰ Spota, *Medidas cautelares*, p. 705.

⁶¹ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 660; ver, también, Cassagne, *La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, p. 32.

⁶² Cassagne, *La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, p. 32.

Código Procesal –que como veremos luego es en este punto inaplicable– sino porque, y aunque se admitiera tal aplicación, siempre existe la posibilidad teórica de reparación. La ley 19.549 sólo exige que se pretenda evitar perjuicios graves al interesado y esto ocurre, para nosotros, cuando la reparación *in natura* es imposible o muy difícil, o cuando, según las circunstancias del caso, no sea razonable colocar al particular ante una situación de sacrificio especial que rompa la armonía que debe existir entre las prerrogativas de la Administración y las garantías del particular.

Por lo demás, la sociedad no tiene por qué cargar con la reparación de los daños que muchas veces genera el capricho del funcionario que, so pretexto de mantener lo que considera una buena y legítima decisión y amparado por el carácter ejecutorio del acto administrativo –a veces mantenido innecesariamente a ultranza– coloca al particular en la necesidad de perseguir la nulidad del acto y la consiguiente indemnización.

Y aun cuando consideramos inaplicable el principio de solvencia estatal, éste debe implicar la capacidad de pago de una obligación, pero además dicho pago debe ser inmediato y no diferido en el tiempo.

Sin duda, luego de la declaración de emergencia estatal realizada por las leyes 23.696 y 23.697, el Estado no es capaz de cumplir de un modo inmediato con una condena de daños y perjuicios. Las distintas suspensiones en la ejecución de las sentencias dictadas por el Estado nacional dispuestas por el decr. 679/88, en su momento, y la ley 23.696 y la aplicación del régimen de consolidación de deuda interna establecida por la ley 23.982, ponen de manifiesto que la posible reparación no es inmediata sino diferida en el tiempo⁶³.

De ello se desprende, entonces, que dada la actual situación financiera del Estado y la dilación de los procesos judiciales un daño grave puede tornarse prácticamente en irreparable.

c) Inexistencia de otra medida cautelar

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, luego de exigir la configuración de los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, prescribe que la cautela no pueda obtenerse por medio de otra medida precautoria (art. 230, inc. 3°).

Si bien, desde nuestra perspectiva, el art. 230 no es aplicable a nuestro caso, esa disposición no podría ser interpretada –por quienes postulan la inaplicabilidad del art. 12 de la ley 19.549– en el sentido de que el particular debe solicitar la suspensión de los efectos del acto antes de petitionar la medida cautelar.

Sin embargo, si razonamos en los términos contenidos en la doctrina elaborada en torno a la acción de amparo –en lo que se refiere a la existencia de otras vías– podría pensarse que otra es la solución.

⁶³ Ello además del carácter declarativo que tendrá la sentencia (art. 7°, ley 3952). Borda, Alejandro - Borda, Guillermo J., *El Estado en cesación de pago. La consolidación de la deuda pública interna y la llamada "ley del bono"*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, p. 7 y siguientes. En la causa "Obra Social para la Actividad Docente c/Provincia de Catamarca s/ejecución fiscal" (7/8/90) el doctor Fayt en su voto hizo referencia a "las notorias dificultades económicas por las que atraviesan tanto el Estado nacional como los provinciales, y que los jueces no pueden ignorar so pretexto de un inaceptable idealismo jurídico".

En efecto, si para deducir el amparo es necesario no contar con otras vías y éstas pueden estar constituidas por las recursivas –en cuyo ámbito puede solicitarse el pedido de suspensión de los efectos del acto– podría sostenerse que tal petición debe ser previa a la solicitud de la medida.

Creemos, en este punto, que ésa no es la solución correcta.

En efecto, la norma alude a la existencia de otra medida precautoria –obviamente se refiere a las reguladas en el Capítulo 3° del Título IV del Código– con lo cual el pedido de suspensión previo –en sede administrativa– no es exigible.

Cierto es que, generalmente, el pedido de suspensión resulta accesorio a un recurso administrativo, pero puede también operar en forma independiente al mismo; igualmente que una medida cautelar puede ser solicitada en forma autónoma. Sin embargo ello no puede llevar a sostener que exista una suerte de trámite de agotamiento de la vía administrativa –a través del pedido de suspensión– con carácter previo a la solicitud de la medida cautelar⁶⁴.

Creemos en la improcedencia de tal exigencia en tanto el agotamiento de la vía administrativa es una exigencia necesaria para impugnar judicialmente un acto administrativo, la medida cautelar puede estar desvinculada de la revisión judicial⁶⁵. Así, por ejemplo, si se obtiene una medida cautelar destinada a suspender los efectos del acto en tanto tramita un recurso administrativo, puede ocurrir que dicho recurso sea acogido por la Administración y el particular no necesite accionar judicialmente.

Por lo demás, la realidad indica que la Administración nunca resuelve los pedidos de suspensión de los efectos del acto⁶⁶ y en todo caso, es difícilmente esperable que lo resuelva con la celeridad que tal situación requiere⁶⁷.

5. El artículo 12 de la ley 19.549 frente al sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Como se ha visto, la jurisprudencia del fuero federal de la Capital se ha inclinado por exigir los presupuestos del Código Procesal para el otorgamiento de las medidas cautelares prácticamente ignorando el precepto contenido en el art. 12 de la ley 19.549 que constituye una norma de fondo en la materia.

Estimamos que al resolver una medida cautelar que tiene por objeto la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el juez debe aplicar el citado art. 12, en

⁶⁴ En este sentido, ver Hutchinson, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, 124-683.

⁶⁵ Estamos, pues, ante un procedimiento autónomo de control.

⁶⁶ Marienhoff sostiene que la suspensión del acto administrativo sólo procede con carácter excepcional pero su rechazo sistemático es contrario a toda noción de derecho (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 664). “En la práctica puede suceder, y es común que así suceda, que la Administración no resuelva el pedido del particular consistente en que mientras tramita el recurso administrativo se suspenda precautoriamente el acto, quedando el particular inerte e indefenso ante tal omisión” (Estrada, *Normalización universitaria y estabilidad docente. Medida de no innovar y agotamiento de la vía administrativa*, ED, 10/3/88).

⁶⁷ Señala Martínez que “el solicitante debe demostrar que la prohibición de innovar se impone como única medida cautelar eficaz” (*La tutela cautelar administrativa del acto administrativo*, p. 353).

la medida que se alegue fundadamente una nulidad absoluta o se procure evitar perjuicios graves al particular.

Ya hace un tiempo esta tesis fue desarrollada por Barra⁶⁸ y, más recientemente, por Halperin⁶⁹.

Así sostiene el primero de los mencionados autores que “luego de la sanción de la ley de procedimientos administrativos (que incorpora normas de la materia procesal administrativa, v.gr., todo su Título IV) el régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo tiene su regulación propia, precisamente en el art. 12 comentado. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal en lo referente a las medidas cautelares, para regular sus aspectos procedimentales y las facultades judiciales para apreciar la necesidad y alcances de la contracautela a otorgar por el administrado, sin perjuicio, incluso, de su consideración dentro de las medidas cautelares genéricas previstas por el art. 232 del Cód. Procesal. Es decir, se trata de una medida cautelar de no innovar, pero cuyos requisitos de fondo se encuentran regulados en la ley de procedimientos administrativos”⁷⁰.

Por su parte, al examinar si son exigibles los tres requisitos que la ley procesal establece, señala Halperin que “la ley 19.549, en su art. 12, admite la suspensión del acto administrativo indistintamente, tanto cuando cause perjuicios graves al particular como cuando se alegue fundadamente una nulidad absoluta. En tanto el art. 230 del Cód. Procesal exige que se reúnan los requisitos de ‘verosimilitud del derecho’ (respecto del acto administrativo ‘verosimilitud de irregularidad’) y el ‘peligro en la demora’, y esta última generalmente se trasunta en un perjuicio grave al particular. Resulta, pues, evidente que en estos casos –que son la mayoría– se está exigiendo, al referirse a que se reúnan los extremos del art. 230 del Cód. Procesal, mayores requisitos de los previstos en el art. 12 de la ley 19.549. La tradicional jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, en cuanto sostiene que ‘a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar’, viene a neutralizar de ese modo los efectos de la exigencia del cumplimiento de los requisitos del art. 230 del Cód. Procesal”. Concluye, finalmente, señalando que sería saludable una rectificación del criterio jurisprudencial ceñido al art. 12 de la ley 19.549⁷¹.

También se ha expedido en este sentido De Lazzari⁷² quien sostiene que “la suspensión de la ejecución del acto administrativo posee regulación específica en el

⁶⁸ Barra, *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-419.

⁶⁹ Halperin, David A., *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, “Revista de Derecho Administrativo”, n° 1, p. 131 y siguientes.

⁷⁰ Barra, *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-423. Señala este autor, que “en sede judicial la suspensión de la ejecutoriedad puede obtenerse con la ‘medida de no innovar’ reglada por el art. 230 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, o, cuando no se presenten la totalidad de los requisitos previstos por esa norma, mediante las ‘medidas cautelares genéricas’ del art. 232, es decir, la medida ‘más apta’ (suspensión) para evitar ‘un perjuicio inminente’ que pudiere ocurrir durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho” (Barra, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, “Revista de Derecho Administrativo”, n° 1, p. 97).

⁷¹ Halperin, *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, p. 137 y 138.

⁷² De Lazzari, Eduardo N., *Medidas cautelares*, t. II, La Plata, Platense, p. 245.

art. 12 de la ley 19.549 de procedimientos administrativos. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal en materia de medidas cautelares, para disciplinar todo lo concerniente a los aspectos procedimentales, posibilidad de plantearlas antes, simultáneamente o posteriormente a la demanda, prestación de contracautela, recurribilidad, modificación, carácter provisorio, etcétera. Incluso dentro de este último cuerpo legal sería posible hallar suficiente fundamentación en el art. 232 (medidas cautelares genéricas). Si bien la norma transcripta⁷³ se refiere a la suspensión que tiene lugar dentro de la órbita administrativa, no existe impedimento para decretarla, en iguales condiciones, en sede judicial. Por lo tanto la procedencia queda supeditada a la acreditación de alguno de los siguientes extremos: a) existencia de motivos de interés público; b) para evitar perjuicios graves al interesado; c) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. La demostración debe tener lugar con el grado de apariencia y provisionalidad que es propio de la materia cautelar”.

Coincidimos, en general, con las posturas que acabamos de reseñar⁷⁴.

Desde nuestra perspectiva, si la medida cautelar tiene por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo los extremos exigibles son, en punto a su procedencia sustancial, los contenidos en el art. 12 de la ley 19.549⁷⁵. La concurrencia de uno solo de los requisitos basta para que la medida pueda ser decretada⁷⁶. Sin embargo, serán de aplicación supletoria las normas del Código Procesal en lo que se refiere a su régimen procesal.

Esta interpretación es la que mejor se compadece con el principio de la “tutela judicial efectiva” cuya vigencia no aparece con claridad en la jurisprudencia del fuero federal –que ya hemos reseñado– por el apego que se aprecia a la exigencia de los recaudos del art. 230 del Cód. Procesal. La doctrina del caso “Banco Popular de La Plata” no alcanza para atenuar la exigencia conjunta del *fumus boni iuris* y el *pericu-*

⁷³ Se refiere al art. 12, ley 19.549.

⁷⁴ En contra: Allende Larreta, Agustín, *Las medidas cautelares contra la Administración*, tesina presentada para el master en derecho administrativo de la Universidad Austral, inédito. Señala Allende Larreta que “si bien no compartimos la técnica legislativa de la ley de procedimientos administrativos de incorporar normas procesales administrativas, no hay que desconocer su existencia. Pero las mismas se encuentran dentro del Título IV y referidas a la impugnación judicial de actos administrativos, pero bajo ningún aspecto se puede considerar al art. 12 como una de las normas procesales administrativas, pues como surge claramente es un otorgamiento de competencias a la Administración para disponer la suspensión de sus actos ante la presencia de determinadas circunstancias. A su vez, por los fundamentos ya expuestos en este trabajo, no creemos que el Código Procesal se deba aplicar de una manera supletoria sino de una manera directa en lo referente a las medidas cautelares. Por lo expuesto precedentemente, nos animamos a afirmar que sólo cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el art. 230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho en estrecha relación a la verosimilitud de irregularidad en el acto administrativo y peligro en la demora, debiéndose adicionar el requisito impuesto por el art. 199 del Cód. Procesal en tanto dispone que la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de quien la solicita, quien deberá dar caución por las costas y daños y perjuicios que pudiera ocasionar)”.

⁷⁵ Así, señala Hutchinson que “el acudir, pues, a una ley que regula cuestiones propias del proceso administrativo y aspectos que hacen al acto administrativo, sus efectos y la posibilidad de suspender éstos, es un método de interpretación válido para el caso que nos ocupa” (*La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, 124-681).

⁷⁶ Cassagne, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 101 y 102; Halperin, *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, p. 137, nota 27; Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, Bs. As., Astrea, 1987, p. 269.

lum in mora. En efecto, según aquella –que podría denominarse de la inversa proporcionalidad de los presupuestos– se sostiene que éstos “se hallan relacionados entre sí de tal modo, que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar”⁷⁷.

Esta doctrina, que ha tenido amplio acogimiento jurisprudencial⁷⁸ y doctrinario⁷⁹, no se corresponde con los requisitos exigidos por el art. 12 de la ley 19.549 que, como vimos, exige la configuración de una sola de las hipótesis planteadas⁸⁰.

En lo que se refiere al interés público⁸¹ como presupuesto para solicitar una medida cautelar, entendemos que no puede funcionar en forma exclusiva respecto de los particulares en virtud de su falta de legitimación.

⁷⁷ CNFedCivCom, Sala II, 5/7/83, “Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo SA”.

⁷⁸ CNContAdmFed, Sala I, 5/6/86, “Font, Ricardo M. c/Estado nacional - Ministerio de Educación y Justicia s/amparo”. En igual sentido, CNContAdmFed, Sala I, 23/7/85, “Banco Juncal Coop. Ltda. c/Banco Central”; 3/7/86, Román Marítima SA c/Administración General de Puertos s/nulidad de acto administrativo”; CNContAdmFed, Sala II, 9/4/92, “Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c/Banco Central s/nulidad”; JuzgContAdmFed, n° 2, “Santa Juana SCA c/Gobierno nacional”, JA, 1988-II-301.

⁷⁹ Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 814; Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. V-58.

⁸⁰ Sumado a los supuestos que plantea el art. 12 citado, corresponde analizar la procedencia de las medidas cautelares cuando se alegare fundadamente una nulidad relativa que pudiera ocasionar la invalidez del acto administrativo. Señala Cassagne, en este sentido, que en los supuestos de nulidad absoluta no manifiesta actos anulables o de nulidad relativa, omisiones ilegítimas, etc., “se puede acudir por analogía a la prohibición de innovar legislada en el art. 230 del Cód. Procesal nacional o a las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 de dicho Código” (*La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, p. 27). Ver también, Ulla - Lepenies, *La tutela cautelar administrativa*, p. 268. Esta solución no podría ser desechada por quienes propician la aplicación del art. 230, Cód. Procesal nacional, toda vez que dicha norma exige sólo que el derecho sea verosímil.

⁸¹ Se trata éste de un típico concepto jurídico indeterminado. La doctrina que se refiere a ellos tuvo su origen en Alemania y fue adoptada luego por los autores españoles. Cabe destacar la obra de García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979. Han tratado el tema, entre otros: Mozo Seoane, Antonio, *La discrecionalidad en la Administración pública de España*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 242; Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 223 y 224; Pérez Olea, Manuel, *Discrecionalidad y su fiscalización judicial*, “Revista de Estudios de la Vida Local”, n° 173, 1972, p. 41 y siguientes. En nuestra doctrina, el tema ha sido tratado por Diez, *Derecho administrativo*, t. I, p. 169; Grecco, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, LL, 1980-D-1306; Cassagne indica que esta doctrina constituye el último intento de reducir la discrecionalidad administrativa, ampliando el ámbito de fiscalización jurisdiccional; señala como ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados el “interés público”, la “buena fe”; el “orden público”, y la “fuerza irresistible” (nota 12, p. 141), y propicia, siguiendo a García de Enterría, la idea de que cuando se dan estos conceptos sólo se admite una solución justa (Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, p. 140); ver del mismo autor, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, “Revista de Derecho Administrativo”, n° 3, 1990, p. 95 y ss., especialmente p. 99 a 101; Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, t. 2, Bs. As., Ábaco, 1986, p. 430; Gambier, Beltrán, *El concepto oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio público. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial*, LL, 1988-D-744; Bianchi, Alberto B., *El “writ of certiorari” en nuestra Corte Suprema (La “cuestión federal suficiente” como concepto jurídico indeterminado)*, ED, 125-857; Tawil, Guido S., *El proceso de capitalización de deuda. Cuestiones y perspectiva*,

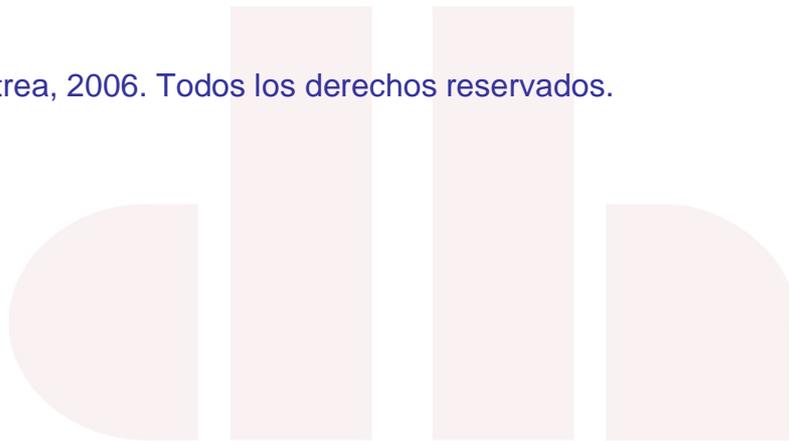
Sin embargo, un particular carente de derecho subjetivo o interés legítimo, podría solicitar en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto contrario al interés público. Ello, en el marco de una mera denuncia.

La Administración, por su parte, no tiene, en principio, restricciones para suspender la ejecución de un acto por razones de interés público.

Desde otra perspectiva y en lo que se refiere a la denegación de las medidas cautelares por razones de interés público, coincidimos con Cassagne en su crítica a esa jurisprudencia y en la necesidad de establecer pautas interpretativas que impidan que la tutela judicial efectiva sea un principio vacuo⁸².

Señalamos, finalmente, que pese a la existencia de claros criterios excesivamente restrictivos que hemos analizado, existen algunos ejemplos aislados de una tendencia más amplia en la admisión de este tipo de medidas⁸³, tendencia que apoyamos fundados en el carácter provisional que ostentan⁸⁴ y en la posibilidad de que los tribunales gradúen conforme a la mayor o menor verosimilitud de las fundamentaciones alegadas el monto de la contracautela que en definitiva los solicitantes deberán prestar⁸⁵.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.



ED, 129-915; Halperin, David - Gambier, Beltrán, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Bs. As., Depalma, 1989, p. 47.

⁸² Señala Cassagne las siguientes pautas: 1) la decisión sobre la apreciación si se afecta o no el interés público corresponde al tribunal y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; 2) el interés público a ponderarse no es del acto en si mismo sino el que se conculca con la medida suspensiva debiendo tratarse –como se ha señalado– de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no se puede fundamentar en un mero interés público de tipo genérico; 3) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; 4) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad, y 5) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona a quien demanda la suspensión” (*La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, p. 33 y 34).

⁸³ CNFedCivCom, Sala II, 5/7/83, “Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo SA”.

⁸⁴ CNContAdmFed, Sala II, 30/10/86, “Baya Simpson, Enrique c/Gobierno nacional - Ministerio de Educación y Justicia”; CFed Rosario, Sala B, 4/4/88, “Cipona SA c/Gobierno nacional”.

⁸⁵ Conf. art. 199, Cód. Proc. nacional; Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 801 y 802.