

Medidas cautelares en el proceso administrativo*

Por Néstor L. Montezanti

*El derecho es la mejor escuela de la imaginación.
Giraudoux*

1. Introducción

Puede predicarse sin hipérbole que las medidas cautelares constituyen la clave de bóveda de la Administración de justicia.

Porque la justicia no es tal si no es oportuna, eficaz (lo cual implica, a despecho de la –sin duda atinada– invectiva de Hamlet¹, *rápida y efectiva*).

En este sentido –y sólo en este sentido– discrepamos con lo sostenido por García de Enterría² cuando asigna un papel tan fundamental al precepto del art. 19-4 de la *Grundgesetz*³, ahora seguido por el art. 24-I de la Const. española de 1978⁴. Simplemente, la justicia que no es eficaz, no es justicia; y este apotegma no necesita ser proclamado.

Convenimos en emplear la palabra *justicia* en sentido institucional, como la resolución orgánica pacífica de conflictos por aplicación del derecho y de la equidad, por terceros imparciales y con carácter definitivo.

Tiene razón, sin embargo, el prestigioso autor español, al enfatizar la importancia histórica de este precepto: las decisiones políticas requieren, sobre todo en nuestros tiempos, de proclamaciones jurídicas, aunque éstas expresen obviedades. No por olvidado, el énfasis es un instrumento “altigrado” de la política.

* Realizado sobre la base del artículo publicado en Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Bs. As., Hammurabi, 2004. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Hamlet, *Prince of Denmark*, acto III, escena I, en “The complete works of William Shakespeare”, Londres, Spring Books, 1978, p. 960. El texto, traducido frecuentemente como *las tardanzas de la justicia* dice, algo más genéricamente: *the law’s delay* (*Obras completas*, tr. Luis Astrana Marín, Madrid, Aguilar, 1967, p. 1359).

² García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, en “Responsa Iurispritorum Digesta”, vol. II, Universidad de Salamanca, 2001, p. 11 a 30.

³ Que reza: “Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (*der ordentliche Rechtsweg*), sin que esto afecte a lo dispuesto en el art. 10, párr. 2º, inc. 2º” (que instituye las restricciones legales a los derechos para proteger el orden liberal y democrático o la existencia o salvaguarda de la Federación o de un Estado regional –país–). Cfr. Daranas Peláez, Mariano, *Las constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 60 y 64 a 65. Es de destacar, sin embargo, que ya la Constitución de Weimar instituyó una específica jurisdicción contenciosoadministrativa con idéntico alcance (art. 107); cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana del 11 de agosto de 1919*, tr. José Rovira Armengol, Madrid, Labor, 1931, p. 108 y 109, y Fleiner, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, tr. Sabino A. Gendín, Barcelona, Labor, 1933, p. 196 y 197.

⁴ “*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*”.

Fue por esto que, integrando la Convención Reformadora de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en 1994, y concretamente su Comisión de Nuevos Derechos, suscribí y voté el actual precepto de su art. 15, que dice: “La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

Texto más contundente y preciso, aunque por cierto en diversa circunstancia, que el del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) al establecer que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal⁵ o de cualquier otro carácter.

Siendo todo lo que antecede incontrovertiblemente cierto, no lo es menos que el Estado no despótico se caracteriza, necesariamente, por la separación de las funciones del poder. Separación que, cuanto más neta, mejor. No sólo es nefasta la atribución exagerada de prerrogativas al órgano ejecutivo, sino que no lo es menos su conferimiento a los de los otros *poderes*. Dice Montesquieu, al respecto, “recíprocamente el Poder Legislativo *no tiene que disponer de la facultad de contener al Poder Ejecutivo*, pues es inútil limitar la ejecución, que tiene sus límites por naturaleza; y además, el Poder Ejecutivo actúa siempre sobre cosas momentáneas. Era éste el defecto del poder de los tribunos de Roma, pues no sólo ponía impedimentos a la legislación, sino también a la ejecución, lo cual *ocasionaba graves perjuicios*”⁶.

Apunta al respecto Benoist que “*el juez no se limita ya a exigir poder desempeñarse con absoluta independencia en su función, lo que es legítimo, sino que pretende ser la encarnación de un poder supremo, sin que nadie se interrogue sobre los fundamentos de esta soberanía absoluta ni se pregunte quién controlará el poder de los jueces, es decir quién custodiará a los custodios. Y más aún: cuando el mismo juez haya violado la ley, por error o parcialidad, ¿quién garantizará la protección del justiciable?*”⁷

⁵ Respecto del carácter de ese tribunal, la jurisprudencia tiene dicho que el Tribunal Fiscal de la Nación se adapta al tipo del pacto, maguer no integrar el Poder Judicial [CNFedContAdm, Sala I, 4/8/88, “Athuel Electrónica SA c/Estado nacional (DGI)”, LL, 1989-D-357; íd., Sala II, 23/6/88, “Haber, Alberto c/Estado nacional (DGI)”, LL, 1989-D-355; íd., Sala III, 16/6/88, “Furlotti, Roberto A. c/Estado nacional (DGI)”, LL, 1989-D-351; íd., Sala IV, “Establecimientos Textiles San Andrés SA c/Gobierno nacional (DGI)”, LL, 1988-C-6]. En contra, Perdomo, Hugo E., *La acción declarativa y el “solve et re-pute”*, LL, 1989-D-350.

⁶ Donde dice *Poder Legislativo* puede decir perfectamente *Poder Judicial*. Montesquieu, Barón de (Charles Louis de Secondat), *Del espíritu de las leyes*, tr. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Bs. As., Hyspamérica, 1984, p. 148. Énfasis nuestro.

⁷ Benoist, Alain de, *Il potere dei giudici*, en “Diorama Letterario” n° 199, Osservatorio, Florencia, dic. 1996, p. 3, traducción y énfasis nuestros.

De modo que el problema de las medidas cautelares en la órbita de la justicia administrativa refiere directamente a la perpetua e inderogable tensión entre libertad y autoridad, tensión que es esencial para la salud de los cuerpos políticos⁸.

Por otra parte, el poder, bien que esencialmente condicionado de malevolencia, tiene también un permanente e inderogable aspecto bienhechor⁹. En este sentido, no debe descartarse que la propia Administración sea capaz de enmendar ella misma sus errores. A los franceses no les fue tan mal¹⁰ ¿Y acaso el *judicial* no es un *poder*?

2. Actos y resoluciones administrativas

Es por esto –por considerar que las medidas cautelares no son incompatibles con la actividad de la propia Administración– que corresponde ocuparse en primer lugar de ellas en el ámbito del proceso administrativo.

Al emplear esta terminología tomamos partido por quienes consideran la existencia de tal proceso, negándose a identificarlo con el procedimiento, por ser cosas materialmente distintas¹¹. Existe un proceso administrativo que cuenta por cierto con un procedimiento que lo encauza, y un proceso judicial administrativo (al que se suele denominar, impropriamente, “contenciosoadministrativo”¹²) que culmina el *iter* impuesto por nuestra Constitución positiva¹³. De todos modos, *peccata minora* ya que, más allá de la castidad de las palabras, todos quieren decir –y quieren, a secas– lo mismo.

En el orden nacional, la ley 19.549 nacional de procedimientos administrativos reformada por las leyes 21.686 y 25.344, disciplina sustancialmente el régimen en su art. 12, que dice: “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.

⁸ Cassagne, Juan C., *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971, p. 19; Montezanti, Néstor L., *Suspensión del acto administrativo*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 1 y nota 1.

⁹ Jouvenel, Bertrand de, *El poder*, tr. J. de Elizaburu, Madrid, Editora Nacional, 1974. Este autor titula al capítulo en que trata el asunto, elocuentemente, “Dualidad esencial del poder”. Esta obra ha sido reeditada, con el título “Sobre el Poder”, por Unión Editorial (Madrid, 1998; 487 págs.)

¹⁰ Cfr. Weil, Prosper, *Le droit administratif*, París, PUF, 1966, p. 9 y 10.

¹¹ Entre los autores nacionales, Escola y Comadira y, entre los extranjeros, Villar y Romero y Sandulli. Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 280 a 282.

¹² Para ser coherente, debería decirse *contencioso-civil*, *contencioso-comercial*, *contencioso-laboral* y hasta –conforme a las corrientes actuales propicias al modelo anglosajón– ¡*contencioso-penal*! El adjetivo no existiría en ciertos casos, como los procesos voluntarios, en que no hay contienda. ¡Como tampoco la hay en muchas actuaciones administrativas, que configuran un cabal *procedimiento*! V.gr., los que concluyen en actos “certificatorios”, “registrales”, “declarativos” y “conformadores” (Dromi, Roberto, *Acto administrativo. Ejecución, suspensión y recursos*, Bs. As., Macchi, 1973, p. 79). En cambio, la denominación tiene perfecta coherencia en Francia e Italia, donde operan una *Administración activa* y una *Administración jurisdiccional*.

¹³ Art. 109. Cfr. Montezanti, *Suspensión del acto administrativo*, p. 19 a 25.

Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y por 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”.

La ley 7647 de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires en su art. 110 establece: “Los actos administrativos tienen la eficacia obligatoria propia de su ejecutividad y acuerdan la posibilidad de una acción directa coactiva como medio de asegurar su cumplimiento. Producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

El inc. 2° del art. 98, por su parte, preceptúa que la interposición del recurso tiene por efecto facultar a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque fundadamente perjuicio irreparable.

Debe apuntarse, en favor de la ley bonaerense, una mayor perfección terminológica¹⁴ y, en contra, una ubicación defectuosa del régimen de la suspensión, incluido en el capítulo “De los recursos”, lo cual podría llevar a la conclusión fácil de que solamente ante ellos puede la Administración suspender. Sin embargo, la doctrina coincide en que esa ubicación no es óbice para predicar la facultad que tiene de obrar de oficio, aun en defecto de recurso¹⁵, posición con la que coincidimos.

Ello, porque el principio de autocontrol de la Administración lo determina, más allá de una norma positiva expresa.

La ley nacional, que distingue entre actos nulos y anulables, admite la posibilidad de suspender a ambos y también a los baldados de nulidad manifiesta.

Alguna doctrina, con base en el –aislado– caso “Pustelnik”¹⁶, predica que esta categoría reviste una cierta autonomía (ya que también incluye a los actos anula-

¹⁴ La expresión *presunción de legitimidad*, como ya lo hemos apuntado (*Suspensión del acto administrativo*, p. 5) es imprecisa y ambigua, condicionada como está por un concepto (que es propio de la doctrina política) que comparte las mismas notas, y que en su base parte de la simplificación de considerar que la única legitimidad es la de la legalidad. Es preferible la de *presunción de validez*, que usa la doctrina española (García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, p. 428) o aun de *legalidad* que, entre nosotros, usó Bartolomé A. Fiorini (*Teoría jurídica del acto administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969, p. 142). También lo es la de *ejecutoriedad*, palabra tomada directamente del italiano, que no existe en nuestro idioma (ni siquiera el novísimo diccionario de la Real Academia Española, aparecido en 2001, la incluye) que se reemplaza ventajosamente con *obligatoriedad coactiva*, *ejecución de oficio* o *acción directa coactiva* (Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1985, p. 254). El término específico de *ejecutividad* ha sido tomado de Manuel M. Díez (*Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Omeba, 1963, p. 279) y, en nuestro criterio, es innecesaria (*Suspensión del acto administrativo*, p. 8).

¹⁵ Botassi, Carlos A., *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 356.

¹⁶ CSJN, *Fallos*, 293:133.

bles, los que tratamos *infra*), sobre la base de que carecería de presunción de validez¹⁷.

No estamos de acuerdo. En primer lugar, porque es insostenible que tal previsión no hubiera sido adoptada de modo categórico por la propia ley.

En segundo lugar, porque, de todas maneras, el acto es válido y, en su caso, eficaz, hasta que un análisis posterior –administrativo o judicial– determine (por corto que sea el *iter* recorrido) esa tamaña invalidez.

Es así que, como concluye Hutchinson, resulta equivocada la posición de los que sostienen que las nulidades manifiestas sufren en derecho administrativo la limitación del principio que rige acerca de la presunción de legitimidad. Esto sólo significa que se presume válido el acto mientras no se alegue o constate su nulidad. Nada más¹⁸.

El art. 17 de la ley nacional consagra la potestad de revocar los actos nulos, salvo que ellos hubiesen generado derechos subjetivos en vías de cumplimiento, en cuyo caso es menester acudir a la vía judicial, en estos términos: “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

Esta es la institución de la llamada “acción de lesividad”¹⁹, sumamente controvertida en doctrina²⁰.

La ley de procedimientos administrativos bonaerense, por ejemplo, no la acepta. Dice su art. 113: “La autoridad administrativa podrá anular, revocar, modificar o sustituir de oficio sus propias resoluciones, antes de su notificación a los interesados. La anulación estará fundada en razones de legalidad, por vicios que afectan el acto administrativo, y la revocación, en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público”²¹.

Y el art. 114 establece: “La Administración no podrá revocar sus propias resoluciones notificadas a los interesados y que den lugar a la acción contenciosoadministrativa, cuando el acto sea formalmente perfecto y no adolezca de vicios que lo hagan anulable”.

De esto puede deducirse sin demasiada dificultad que la prohibición de afectar actos notificados regulares rige exclusivamente para la potestad revocatoria (apoyada en razones de oportunidad y mérito) y no para la anulatoria. Por ello, la inmensa mayoría de sus comentaristas se inclina por sostener que ese silencio equivale a que, en la provincia de Buenos Aires, la Administración tiene ilimitada potestad de

¹⁷ Martínez, Hernán J., *La tutela cautelar administrativa. Suspensión del acto administrativo*, en “Revista de Derecho Administrativo” n° 2, sep.-dic. 1989.

¹⁸ Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 309.

¹⁹ Comadira, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1998, p. 74.

²⁰ Cassagne, Juan C., *El acto administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, p. 402.

²¹ Esta distinción técnica entre *anulación* y *revocación* no aparece en la ley nacional de procedimientos administrativos.

abrogación de este tipo de actos. Tampoco incurre esta ley en la discutible clasificación entre actos nulos y anulables que efectúa, como se ha dicho, su homóloga nacional.

Esta posición se afirmó en ocasión de discutirse el Código Procesal Contencioso Administrativo dispuesto por el art. 215 de la Constitución reformada en 1994, que finalmente plasmaron las leyes 12.008, 12.074 y 12.310. Nada dice éste, ni siquiera oblicuamente, que permita deducir categóricamente la institución de la acción de lesividad. Aunque sí es de apuntar que, al admitir el ordenamiento la posibilidad de que la Administración accione en el procedimiento judicial, tácitamente la habilita para demandar la anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general y de ordenanzas particulares (art. 12.1) y la declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo (art. 12.4), en los casos en que, por razones de complejidad y prudencia, estimare necesario obtener una consolidación jurídica definitiva²².

En el régimen nacional, concedido que la Administración puede revocar por sí el acto nulo de nulidad absoluta, parece obvio que, ínterin así decide, puede también suspender sus efectos.

Si, en cambio, se da la hipótesis de la acción de lesividad, ¿puede la Administración suspender el acto a la espera de la definición del pleito judicial?

Hemos sostenido, antes de ahora, coincidiendo, entre otros, con Gordillo²³ y Hutchinson²⁴, la posición negativa²⁵, sin que mi ilustrado prologuista (mi llorado amigo Comadira), lograra persuadirme de su postura afirmativa, compartida con De Estrada²⁶. Nos guiaba una consideración de tipo lógico: quien no puede lo más no puede lo menos. Y otra de tipo teleológico: siendo que el legislador optó por privar a la Administración de la potestad de descalificar por sí misma a los actos presuntamente nulos productores de efectos jurídicos pendientes, carece de sentido pretender que, en cambio, le confirió la de suspenderlos. Nos parece el argumento más sólido en favor de esta posición.

Sin embargo, después de conocer el excelente trabajo de Canda²⁷, hemos cambiado de opinión. Con sus palabras: “suspensión y revocación constituyen institutos sustancialmente distintos, pues mientras uno es instrumental y provisorio, el otro es definitivo y permanente... siempre en el terreno de los principios, no parecería *prima facie* viable sostener que los requisitos para la procedencia de la revoca-

²² Cfr. Botassi, *El nuevo proceso contencioso administrativo provincial. Su incidencia sobre la LPABA*, en “Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires”, p. 433 a 440. Este autor realiza un enfático y realista alegato en favor de la trasposición de la acción de *lesividad* al ámbito bonaerense.

²³ Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. VI-17.

²⁴ Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 377 y 378.

²⁵ Montezanti, *Suspensión del acto administrativo*, p. 60 y 61.

²⁶ Comadira, *La anulación de oficio del acto administrativo*, p. 213; De Estrada, Juan, *La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular*, LL, 1976-D-820.

²⁷ Canda, Fabián O., *La suspensión del acto administrativo estable*, en “Procedimiento administrativo”, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1998, p. 106 a 120.

ción resultan aplicables al instituto de la suspensión. O, en otras palabras, que la Administración no podrá suspender el acto cuando no pueda revocarlo”.

Esta mudanza es armoniosa con la posición a que nos inclinamos, el sistema más coherente es el que pone el acento en el ejercicio de atribuciones suspensivas por la Administración jurisdiccional, como modo de garantizar la plenitud del Estado de derecho.

De todos modos, este debate no hace otra cosa que expresar una vez más aquel perpetuo dilema entre libertad y autoridad.

El art. 18 de la ley nacional de procedimientos administrativos establece: “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado.

Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicios a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

De esto cabe colegir que, dentro de la categoría de actos regulares se incluyen ¡los irregulares! ¿Qué sentido tendría, si no, mentar el vicio? *Regular* es, en nuestra lengua, “ajustado y conforme a regla”; y *regla* es “ley universal”, “estatuto, constitución o modo”, “precepto, principio o máxima”, “moderación, templanza, medida, tasa”, “orden y concierto invariable”²⁸. Se dice, respecto de esta contradicción expresiva que “evidentemente, el acto regular puede ser un acto viciado, aunque sin adolecer de un vicio de la magnitud de los determinados en el art. 14... Esto debe considerarse que es una sanción del legislador a la mala fe del particular”²⁹. O sea, en buen romance, la categoría legal de regular se integra con dos tipos de actos: los estrictamente tales, por lo menos en sentido gramatical, y los anulables que define el art. 15³⁰.

Lo curioso es que éstos sólo son descalificables en sede judicial, salvo el caso de aquéllos cuyo vicio es conocido por el particular beneficiario.

Sin embargo, por las razones ya explicadas, consideramos que son susceptibles de suspensión –obviamente oficiosa– en sede administrativa.

Las razones para disponer la suspensión en sede administrativa, según el art. 12 de la ley nacional de procedimientos administrativos, son:

- a) el interés público;
- b) evitar perjuicios graves al interesado, y
- c) la alegación fundada de una nulidad absoluta.

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. II, 22^a ed., Madrid, Espasa, 2001, p. 1930 y 1931.

²⁹ Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 384.

³⁰ “Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial”.

Esta última causal no aparece en la ley de procedimientos administrativos de la provincia de Buenos Aires (art. 98, inc. 2°), que, como se ha dicho, no clasifica a las nulidades administrativas en absolutas y relativas.

A su vez, emplea otro adjetivo para calificar el perjuicio a evitar: el de irreparable.

Sobre esto ya enseñó impecablemente Argañarás, al decir que “la irreparabilidad estaría más bien relacionada con el derecho mismo que el acto vulnera, y habría ‘perjuicio irreparable’ cuando la ejecución del acto administrativo hiciera frustráneo el derecho subjetivo del interesado, sin que a éste le quede una vía apta para conseguir la reparación debida. Por ello se ha dicho con acierto que la locución daño irreparable no significaba que para pedir la suspensión bastaba ‘que se perjudique un interés con la ejecución, ni que este interés sufra un menoscabo reintegrable, sino que era necesario que el daño que cause, por su naturaleza, no pueda ser reparable, con independencia de la reparación material que puede o no obtenerse’”³¹.

Más allá de ser esto rigurosamente exacto, es indudable que la expresión empleada por la ley nacional de procedimientos administrativos (a pesar de no ser perfecta por el elevado índice de subjetividad que conlleva –el cual, por otra parte, es inevitable–) aparece como preferible.

Existe una solución –propiciada por Bielsa³²– para mejorar esta incertidumbre generada por los vocablos bisagra, que es la que tientan los códigos de La Rioja (art. 29), Jujuy (art. 32), Santiago del Estero (art. 31), Santa Fe (art. 31) y Tucumán (art. 23). Consiste en un catálogo de casos en que procede la suspensión, en el que por cierto no figuran la percepción de las contribuciones fiscales, la destrucción de cosas peligrosas y la demolición de construcciones ruinosas o insalubres. El riesgo que se corre es que se omita alguna hipótesis ya que la realidad supera la más fértil de las imaginaciones. Puede superarse agregando alguna hipótesis genérica del tipo: en otros supuestos en que la suspensión se evidencie como precedente.

El empleo del verbo *poder* en lo que refiere a la apreciación de la seriedad de la alegación de nulidad absoluta efectuada, es plausible. El Código de La Pampa (art. 55) obliga a la Administración a la suspensión en este caso, con la consecuencia que advierte Hutchinson al decir que “el problema está, muchas veces, en cómo saber, antes de que se entre al fondo del asunto, que el acto es nulo y, en consecuencia, cuándo deben suspenderse sus efectos”³³.

En el sistema francés de justicia administrativa, existe el instituto del *référé*, de resorte exclusivo de la Administración jurisdiccional; vale decir, la Administración activa no puede disponer por ella, en principio, la suspensión de sus propias decisiones, salvo por cierto en caso de advertir la preeminencia de un interés público o de subsanar un error advertido.

El art. 130 del Cód. de Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación prescribe que en caso de urgencia, el presidente del tribunal administrativo o de la corte administrativa de apelación, o el magistrado delegado por al-

³¹ Argañarás, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Bs. As., Tea, 1955, p. 247 y 248.

³² Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Santa Fe, Castelví, 1964, p. 236 a 238.

³³ Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 275.

gundo de ellos, puede, a simple requerimiento que será admisible aun en ausencia de decisión administrativa previa, ordenar todas las medidas útiles sin causar perjuicio al principal ni obstaculizar la ejecución de ninguna decisión administrativa³⁴.

Esta fórmula bastante cicatera es ampliada considerablemente por el art. 54 del decr. 63-766 y, sobre su base, por la jurisprudencia ya consolidada desde el *arrêt Ministre de l'Agriculture c. Claquin* (26/4/61, rec. 259) que computa la alegación seria y la inminencia de perjuicios graves o difícilmente reparables³⁵. Los términos pertinentes son por aplicación del art. 48 de la ordenanza, del 31 de julio de 1945, el Consejo de Estado puede, por decisión fundada y en las condiciones siguientes, ordenar la suspensión de la ejecución de la decisión administrativa o jurisdiccional atacada, si ésta expusiere al apelante a la pérdida definitiva de una suma que no debería estar a su cargo en caso de prosperar la apelación o si la ejecución pudiere ocasionar consecuencias difícilmente reparables y si los fundamentos del pedido aparecen, a primera vista, serios y suficientes para justificar la anulación de la decisión atacada³⁶.

Este esquema ¿es trasplantable a nuestra organización institucional? Seguimos opinando que sí, y que sería útil y beneficioso.

Ciertamente, por obvias razones de índole constitucional (art. 109, Const. nacional) no puede instituirse *in toto* un sistema como el francés, el cual, por otra parte, está hoy en crisis en su propia patria³⁷. Aunque por cierto, dentro de las condiciones lúcidamente enunciadas por la Corte en “Fernández Arias c/Poggio”³⁸, es posible instituir tribunales administrativos, los cuales, por otra parte, existen y –algunos de ellos– funcionan bien.

Pero sí es perfectamente posible instituir un sistema de responsabilidad de los funcionarios que insistieren abusivamente en la ejecución de sus propias medidas o de sus subordinados, combinado con una participación más activa de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico. Podrían éstos deber ser consultados preceptivamente en casos de pedidos de suspensión, y su dictamen afirmativo ser vinculante para la autoridad, salvo una insistencia que aparejaría la responsabilidad del titular de ésta. El dictamen negativo, por su parte, no vinculante, daría sin embargo

³⁴ En el original: *En cas d'urgence, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou le magistrat que l'un d'eux délègue peut, sur simple requête qui, devant le tribunal administratif, sera recevable même en absence d'une décision administrative préalable, ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* (Code Administratif, París, Dalloz, 1992, p. 505).

³⁵ Cfr. Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, vol. II, Bs. As., Depalma, 1984, p. 767 y 768.

³⁶ En el original: *En application de l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 susvisée, le Conseil d'État peut, par décision motivée et dans les conditions fixées ci-après, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision administrative ou juridictionnelle attaquée... si celle-ci risque d'exposer l'appelant à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans le cas où ses conclusions d'appel seraient accueillies... ou... l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* (Code Administratif, p. 555).

³⁷ Cfr. Weil, Prosper - Pouyaud, Dominique, *Le droit administratif*, París, PUF, 1994, p. 122 y *pássim*.

³⁸ Fallos, 247:646.

al funcionario autor la tranquilidad de que su accionar, por lo menos en principio, es jurídicamente atinado.

Gordillo llegó a proyectar un Código Administrativo (para la Municipalidad de General Pueyrredón) que establecía con carácter general el efecto suspensivo de los recursos administrativos, salvo que la autoridad responsable estableciere expresamente lo contrario³⁹. Trátase, tal vez, de la solución ideal, coincidente por otra parte con la que sostiene alguna doctrina italiana⁴⁰, pero de muy dudosa utilidad en el actual estado de nuestras administraciones públicas.

Sin llegar a tanto, puede alcanzarse perfectamente un sistema en el que, sin desmedro de la amplitud de la autotutela de la Administración, sostenga una saludable primacía del principio de responsabilidad (que es ínsito a cualquier recta organización burocrática) de modo de atenuar la omnipotencia que suele apoderarse, cual estólida beodez, de los funcionarios, amenazándolos con gravosas consecuencias en caso de que no sea el espíritu de servicio y la rectitud de las motivaciones, el que presida sus actos. No es, ni más ni menos, que la vigencia plena del principio de legalidad.

No sólo es valioso para el Estado (y, por ende, para la comunidad que él rige y encarna) disponer de una Administración presidida por la vocación de servicio y por la supremacía de la ley, sino que, funcionalmente, es mejor reducir el índice de litigiosidad, no por la resignación ante los desbordes de la autoridad sino por la institución de instancias útiles para prevenir consecuencias disvaliosas, sin necesidad de llegar a los tribunales de justicia.

Observa, a este respecto, Mairal: “Sin embargo, en los Estados Unidos es frecuente ver a la Administración accionar ante los tribunales judiciales persiguiendo el cumplimiento de sus decisiones sin que se observe en la práctica una tal parálisis”⁴¹.

En este sentido, se inscribe —o debe inscribirse— el criterio sentado por la Corte nacional en “Hughes Tool Co. c/Gobierno nacional”⁴², al imponer la necesidad de requerir la suspensión en sede administrativa previo a demandarla judicialmente.

Por el contrario, el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, permite el reclamo judicial de la suspensión sin necesidad de haber articulado el administrativo (art. 25, inc. 2°); solución que, por lo dicho, y sin perjuicio del elevado propósito inspirador, no compartimos⁴³.

Cierto es que todo esto parece más propio de Jauja o de Utopía que de la Argentina, uno de cuyos males endémicos es, precisamente, la falta de cabal burocracia.

³⁹ Gordillo, Agustín A., *Introducción al derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967, p. 243, 248 y 292. Arts. 158 a 162, 187 y 365-2° del proyecto.

⁴⁰ Por caso, Benvenuti, Feliciano, *Autotutela. Diritto amministrativo*, en “Enciclopedia del diritto”, t. IV, Milán, Giuffrè, 1959, p. 537 y Sandulli, Aldo, *Note sul potere amministrativo di coazione*, en “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, 1964, p. 819. En contra, Roehrssen, Guglielmo, *La giustizia amministrativa in Italia*, tr. Jesús Abad Hernando, Bs. As., Depalma, 1986, p. 162.

⁴¹ Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, vol. II, p. 782.

⁴² LL, 1985-C-140, con nota de Maiorano, Jorge L., *Los límites del amparo en un fallo de la Corte Suprema*.

⁴³ Cfr., *El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de Buenos Aires*, “Revista de Derecho Administrativo”, Bs. As., año 8, n° 21/23, 1996, p. 369 a 374.

cia por un lado, y el exceso de burocracia parasitaria y adiposa por el otro⁴⁴. ¡Pero algún día habrá que empezar! Tampoco la justicia es una panacea, como hoy día tiende a predicarse. Y decimos esto no tanto por la calidad, en casos excelente, de quienes la administran, sino por la organización deficiente, la extensión y heterogeneidad social del país, en muchos casos la insuficiente asignación —o distribución— de recursos, los edificios e instalaciones impropias, el índice de litigiosidad, etcétera.

3. Suspensión del acto y procedimiento administrativo

En fin, habrá de llegarse a la instancia judicial. Solamente mediante ella puede satisfacerse el propósito proclamado por el Preámbulo de la Constitución nacional (afianzar la justicia) y asegurarse el principio republicano de la separación de funciones del poder (art. 1°). El problema es cómo se llega.

En el orden nacional, es sabido que, maguer la ya antigua institución del fuero llamado “contencioso administrativo”⁴⁵, no se ha logrado aún dictar un código procesal regulatorio de su actividad. Esta circunstancia fuerza a aplicar (directamente y no por analogía)⁴⁶ las disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial (Libro I, Tít. IV, Cap. III), específicamente en lo que refiere a la prohibición de innovar (Sección 6^a)⁴⁷ y a las medidas cautelares genéricas (Sección 7^a)⁴⁸.

El primer problema que se presenta al juez es cómo compatibilizar la exigencia del *fumus boni iuris* (art. 230-1) con la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo. A este dilema obedece aquella distinción, que *supra* hemos considerado improcedente, entre nulidades manifiestas y no manifiestas. Sea como fuere, es obvio que el requirente de una medida cautelar contra la Administración deberá esforzarse más de la media para poder superar esa presunción, tratándose de un asunto casuístico que no admite demasiado discurso doctrinario. La jurisprudencia ha ido flexibilizándose progresivamente.

En el *iter*, se ha optado por vías alternativas, especialmente la acción de amparo, cuya utilidad histórica es ponderable⁴⁹. Es sabido que ésta habilita expresamente a demandar a la Administración en la medida en que ella actúe con arbitrariedad o

⁴⁴ Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, cap. VIII.

⁴⁵ Leyes 13.998 y 14.180.

⁴⁶ Cfr. Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, vol. II, p. 799.

⁴⁷ Art. 230. *Prohibición de innovar*. “Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que:

1) El derecho fuere verosímil.

2) 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.

3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”.

⁴⁸ Art. 232. *Medidas cautelares genéricas*. “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 pudiere 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”.

⁴⁹ Cfr. Montezanti, Néstor L., *El amparo (algunas reflexiones y sugerencias para mantenerlo útil)*, en “Revista de Derecho Administrativo”, n° 4, Bs. As., may.-ago. 1990, p. 385 a 397.

ilegalidad manifiestas en la conculcación de derechos o garantías reconocidos, expresa o implícitamente, por la Constitución nacional (art. 1º, ley 16.986, hoy recogido por el art. 43 de la Const. en la reforma que se le hizo en 1994).

En el marco del proceso de amparo, el juez puede decretar medidas cautelares, incluso la suspensión de los efectos del acto atacado (art. 15). Pero muchas veces el objeto mismo del amparo puede ser ese, ya que el estrecho marco cognoscitivo puede impedir en múltiples casos un debate amplio, necesario para desentrañar la cuestión y resolverla cabalmente en justicia.

Aunque en nuestros días podría parecer una antigualla, cabe computar también —entre las alternativas— el viejo y benemérito interdicto, admitido desde siempre como medio idóneo en la medida en que recaiga sobre vías de hecho y no sobre la posibilidad del dictado de un acto administrativo⁵⁰. No obstante, al menos en una ocasión, en la provincia de Buenos Aires, se logró enervar un acto administrativo ya ejecutado, mediante la deducción de un simple interdicto de recobrar, aunque el caso merecería mejor ser incluido en un catálogo de disparates y fatalidades judiciales⁵¹.

Llamativamente, el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires excluye a los interdictos de la competencia de este fuero (art. 4º, inc. 2º).

Aquella flexibilización jurisprudencial, más las limitaciones propias del amparo, han llevado a que, en los últimos tiempos, y progresivamente, se acuda a la demanda autónoma cautelar, conforme al art. 195 *in capite* del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, como vía más conducente e idónea para asegurar los derechos de los litigantes haciéndolos efectivos y evitando su frustración anticipada (antes de la sentencia) para compensar el peso de las prerrogativas del poder público⁵².

Decretada y trabada dicha medida, la pertinente demanda deberá interponerse dentro de los diez días, transcurrido cuyo plazo la caducidad se opera *ipso iure*; aunque es posible reiterar el pedido una vez deducida la demanda (art. 207, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

En el caso en que el objeto del pedido cautelar verse sobre la suspensión del acto administrativo, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal ha superado con relativa sencillez el comentado obstáculo creado por la doctrina de “Hughes Tool Co. c/Gobierno nacional”, ya comentada. En este sentido, considera que el plazo a computar para el pedido previo de suspensión en sede administrativa es el del art. 1º, inc. e, ap. 4º, de la ley nacio-

⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 42:295, 29:178, 184:273, 43:140, 52:381, 95:102, 119:158, 141:65, 144:386, 153:231, 191:473, 118:331, 54:145, 180:172, *JA*, 1943-I-726, *JA*, 1960-V, 416.

⁵¹ Cfr. Argañarás, Manuel J., *Suspensión del acto administrativo como medida de no innovar*, *Jus*, 2-88; SCBA, 5/6/62, “Municipalidad de Morón c/Juez en lo Civil y Comercial de Mercedes Dr. Rodolfo Tipitto s/conflicto de poderes”, *Jus*, 2-93. El juez había dejado sin efecto una clausura de un local de esparcimiento nocturno dispuesta por la autoridad municipal por aplicación de la ordenanza sobre moral y buenas costumbres. La Municipalidad ocurrió directamente a la Corte, planteando un conflicto de poderes, el cual el tribunal consideró inexistente en razón de ser apelable ante la Cámara la medida del juez. Ínterin, ésta devino firme.

⁵² Cassagne, Juan C., *Las medidas cautelares en el contenciosoadministrativo*, LL, 2001-B-1092.

nal de procedimientos administrativos, vale decir, diez días; dispensando del requerimiento de pronto despacho⁵³.

Pero las medidas cautelares no se reducen a la suspensión ni se agotan en ella⁵⁴. De hecho, la prohibición de innovar no la incluye, ya que mal puede prohibirse innovar a quien ya innovó⁵⁵.

En cambio, procede la prohibición de innovar cuando aún no se ha dictado un acto administrativo, que es dable presumir que ineluctablemente se dictará, hipótesis contemplada por la propia ley nacional de procedimientos administrativos (art. 32, inc. b).

Procede, igualmente, la medida cautelar innovativa, en multiplicidad de hipótesis. Se han planteado –entre otras– las siguientes:

a) Prohibición de cubrir la vacante dejada por un agente objeto de una sanción expulsiva, mientras se tramita la impugnación judicial de ésta⁵⁶.

b) Modificación –leve– de la traza de una obra pública con el objeto de prevenir consecuencias disvaliosas para una propiedad, derivadas de su ejecución tal como fue inicialmente planeada⁵⁷.

En fecha reciente, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca resolvió un caso similar, decretando la medida cautelar (en el caso, la suspensión de las obras) a la espera de un informe técnico producido por un ente público insospechable; y rechazando en definitiva el amparo al concluir en que la traza redefinida (a resultas de dicha medida cautelar) no afectaba irreparablemente el medio ambiente ni los valores paisajísticos del paraje ni la aptitud productiva de la tierra⁵⁸. Es plausible la actitud del tribunal, ya que el ámbito cognoscitivo estrecho del amparo no es idóneo para desentrañar cuestiones que, por lo general, son técnicamente muy complejas.

⁵³ Conforme a lo que ya había propiciado Mairal (*Control judicial de la Administración pública*, vol. II, p. 806 y 807).

⁵⁴ Grau, Armando E., *Suspensión del acto administrativo y prohibición de innovar contra el Estado*, en “Revista Jurídica de Buenos Aires”, t. III, La Plata, 1965, p. 239 a 252.

⁵⁵ Hutchinson, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo*, ED, 124-677. En contra, Reimundín, Ricardo, *La suspensión del acto administrativo como medida de no innovar*, JA, 1967-IV-280.

⁵⁶ CNFedContAdm, Sala I, 28/2/85, “Álvarez, Enrique E. y otro c/Estado nacional (SIDE) s/nulidad de resolución”.

⁵⁷ Gambier, Beltrán - Zubiaur, Carlos A., *Las medidas cautelares contra la Administración*, LL, 1993-D-706.

⁵⁸ En la especie, se controvertía la traza de una línea de alta tensión del sistema integrado energético nacional, con el argumento de que afectaba la armonía del paisaje, la productividad del suelo y el equilibrio ecológico de la flora y de la avifauna. Ante la oposición de los fundiarios, el ENRE solicitó un estudio técnico a la Universidad oficial de la región, de cuyas resultas se efectuaron algunas correcciones de traza, y en cuya función la Cámara resolvió el caso (CFed BBlanca, Sala II, expte. 56.617, “Breti, Miguel Á. y otros c/ENRE” y expte. 56.785 “Sociedad de Fomento Saldungaray y otros c/ENRE”, res. de 17/3/99 y 26/10/99 y sent. de 18/11/99).

La medida cautelar innovativa puede, incluso, abarcar conductas positivas⁵⁹. Comenta al respecto González Pérez que el ordenamiento procesal administrativo conforme a los principios constitucionales –concretamente, del art. 24 de la Const. nacional– permite a los tribunales 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 determinada⁶⁰.

Si bien esto refiere al ordenamiento español, su transferencia al nuestro es evidente a poco que se considere que el código de la materia no prevé expresamente más que la suspensión estricta⁶¹.

Medidas de este tipo pueden perfectamente constituir el objeto final de una sentencia de algunos tipos de amparo.

Desde esta perspectiva, se vislumbra la medida cautelar autosatisfactiva. Peyrano, quien ha propiciado esta categoría en un trabajo enjundioso, enumera un interesante catálogo jurisprudencial, en que el valor urgencia primó sobre principios reconocidos del proceso judicial, como la bilateralización, la imparcialidad hasta la sentencia, etcétera. Llega a decir este autor, al respecto, con su habitual expresividad: “¿Puede haber alguna duda de que lo único que le interesaba al postulante era la solución de su ‘urgencia’ y nada más y de que, seguramente, una vez conseguido ello, la sustanciación del principal (el amparo) habrá entrado ‘en vía muerta’ por siempre jamás?”⁶².

Sin embargo, y al margen de estos casos límites, que siempre dependen de la prudencia judicial⁶³, la Corte nacional ha dado recientemente un carpetazo al avance de esta doctrina al sostener que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que

⁵⁹ María S. Villarruel sostiene que constituyen una categoría autónoma, sobre la base de que constituirían una situación nueva y no retrotraerían a otra ya existente (*Algunas reflexiones en torno de las denominadas medidas cautelares positivas*, ED, 178-789). A nuestro modo de ver, lo importante es el protagonismo judicial en garantizar la igualdad entre las partes y la eficacia del eventual fallo, más que el casuismo de la solución que conduzca a ello.

⁶⁰ González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 75.

⁶¹ Comenta al respecto Eduardo García de Enterría, anotando un fallo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 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 contencioso administrativo, queda definitivamente superada, y esto marca un hito histórico en la actuación de nuestros tribunales (*La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, p. 215). En el caso, se ordenó a la Administración continuar un procedimiento técnicamente cerrado con una denegación de la habilitación de un bar, sobre la base de una forma de medir más ajustada a la apariencia de buen derecho.

⁶² El actor tenía diagnosticada una sobrevida de dos meses, y requería la realización de un estudio de histocompatibilidad, la asunción de cuyo costo había sido rechazada en sede administrativa (“Cariaga, Eduardo J. c/Ministerio de Salud y Medio Ambiente de Santa Fe”, citado por Peyrano, Jorge W., *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA, 1997-II-926).

⁶³ Es aquí donde se patentiza el deslinde entre el concepto institucional y la inefable *Dijé* de los griegos.

constituye un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa⁶⁴ con el agravante, en el caso de autos, de que la causa ni siquiera ha sido promovida⁶⁵.

En el caso, por vía de una denominada “medida precautelar” o “subcautelar”⁶⁶, se había ordenado devolver al amparista la suma de dinero depositada en un banco (y alcanzada por la restricción dispuesta por el decr. 1570/01 –que instituyó el famoso corralito financiero–) cuya restitución era precisamente el objeto final de la pretensión. Ante la resistencia –fallida, pues la orden se ejecutó– del depositario, la Corte admitió intervenir *per saltum*⁶⁷.

Es que esa medida previa nació como una “suspensión preventiva de los efectos de un acto administrativo mientras el juez analiza y decide acerca de la procedencia de la pretensión cautelar la cual suele concederse cuando el tribunal considerase necesario requerir un informe previo a la demandada, tal como lo prescribe el art. 23, inc. 1° del Cód. Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”⁶⁸; supuesto muy diverso del que debió enfrentar la Corte en este caso.

Parece, pues, que para ésta la potestad judicial de decretar medidas autosatisfactivas queda fuertemente morigerada –para situaciones francamente teratológicas– por aquellos principios tradicionales (bilateralización y descarte de la prejudicialidad).

En la provincia de Buenos Aires, el longevo “Código Varela” (vigente desde el 9 de enero de 1906)⁶⁹ disponía, únicamente, lo siguiente:

“Art. 22. *Suspensión de la ejecución.* La Suprema Corte podrá acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas reclamadas, cuando su cumplimiento pudiese producir perjuicios irreparables; pero, en estos casos, quien solicite la suspensión deberá dar fianza bastante por los perjuicios en el caso de que fuese condenado”.

“Art. 23. *Levantamiento de la suspensión.* Cuando la autoridad administrativa demandada manifestase que la suspensión produce perjuicios al servicio público, o que es urgente cumplir aquella resolución, la Suprema Corte dejará sin efecto la

⁶⁴ Fallos, 316:1.833; 320:1.633, entre muchos otros.

⁶⁵ CSJN, 28/12/01, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica”, LL, 2002-A-582.

⁶⁶ Cassagne, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, LL, 2001-B-1097.

⁶⁷ CSJN, “Kiper, Claudio M. y otros c/Estado nacional (PEN), decr. 1570/01, s/medida cautelar autónoma”, Rev. LL, 1/10/02, p. 1.

⁶⁸ Cassagne, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, LL, 2001-B-1097.

⁶⁹ La provincia de Buenos Aires reformó su Constitución en 1994, desplazando a la Suprema Corte de su titularidad exclusiva del fuero administrativo. Fijó el 1° de octubre de 1997 como la fecha en que el nuevo fuero ordinario comenzaría a regir, junto con el nuevo código procesal que la legislatura debería dictar al efecto. Este código fue dictado (leyes 12.008, 12.074 y 12.310), bien que con atraso (la primera fue publicada recién el 3/11/97 y la tercera data del 2/8/99, con vetos parciales), pero los tribunales no fueron puestos en funcionamiento. Esto obligó a la Corte a seguir haciéndose cargo del fuero, como prevé el art. 215 de la Const., pero aplicando el viejo Código de enero de 1906, ya que la norma constitucional impera que nuevo fuero y nuevo procedimiento entrarán a regir juntos (“La Jirafa Azul”). Fue menester una acción de amparo interpuesta por el Colegio de Abogados de la provincia, para que finalmente la Corte condenara al Poder Ejecutivo a poner en vigencia efectiva toda esta normativa.

suspensión ordenada, pero declarará a cargo de la autoridad demandada, o personalmente de los que la desempeñen, la responsabilidad de los perjuicios que la ejecución produzca”.

Tradicionalmente, la Corte hizo una aplicación restrictiva del instituto, tendencia que fue atenuándose en los últimos tiempos, sobre todo en materia jubilatoria y de empleo público, en que suele acordar (bajo simples cauciones juratorias) suspensiones de cesantías, de ceses de beneficios previsionales y de sanciones no expulsivas pero de larga duración (e incidencia, por ende, en los ingresos del afectado)⁷⁰.

Sin embargo, en un solo caso acordó la suspensión como medida cautelar autónoma, esto es, sin haberse deducido previamente la demanda⁷¹.

El nuevo ordenamiento se inscribe dentro de la corriente liberal y progresista, integrada entre otros por los códigos de Córdoba, Corrientes, Misiones, Mendoza, Santa Cruz, Chaco y Tucumán, y se resume en el siguiente texto:

“Art. 22. 1. Podrán disponerse medidas cautelares siempre que:

- a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso.
- b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho.
- c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público.

2. El juez podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial.

3. Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inc. 1º, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público”.

Además, se regula expresamente la suspensión del acto administrativo, del siguiente modo:

“Art. 25. 1. Las partes podrán solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 22, inc. 1º. El juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior.

2. Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante”.

⁷⁰ SCBA, 29/9/92, “Lacay, Daniel”, causa B. 54.238; íd., 9/2/88, “Curatao, Antonio”, causa B. 50.882; íd., 9/11/93, “Niato”, causa B. 55.469; íd., 27/12/00, “Andrenacci”, causa B. 62.266, *inter alia*. Cfr. D’Argenio, Inés, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en materia alimentaria*, ED, 156-217.

⁷¹ SCBA, 25/2/58, “Álvarez, Marcelino c/Municipalidad de La Plata”, causa B. 43.512, citado por Marafuschi, Miguel Á., *Suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, JA, 1985-III-666.

Ya hemos dicho que no participamos de la solución de este artículo, en cuanto a dispensar del reclamo de suspensión en sede administrativa. Más allá de que, en su favor, puede predicarse que deshace muchos inextricables nudos gordianos, del tipo: plazo, pedido de pronto despacho, agotamiento de la vía, etc., de esos que nuestras “máquinas de impedir” son tan fértiles para imaginar y aplicar.

En lo demás, no podemos sino aplaudir con entusiasmo el régimen estipulado. Soluciona apropiadamente el problema de la calificación del perjuicio, e incorpora, como factor a considerar, el interés público, el que nunca puede estar ausente en el proceso administrativo.

Tampoco puede merecer sino aplauso el siguiente precepto, que sigue en lo sustancial la orientación del código cordobés, y que precisamente se ordena en función de ese valor interés público:

“Art. 23. 1. Las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestado en un plazo no mayor de cinco días”.

Es que la Administración no es un ente malhechor y merece por ello, al menos en algunos supuestos en que algo se pueda esperar, ser anoticiada de lo que contra ella se pretende, y oída para que pueda decir lo que estimare conveniente respecto del interés público (del que ella es intérprete precipuo y natural).

El código tucumano (ley 6205, del 23 de agosto de 1991) discurre por idénticos carriles pero, a nuestro entender, provee una solución más plausible en el caso específico de la suspensión: exige su reclamo previo en sede administrativa, salvo cuando la conducta previa de la Administración hubiere prever la denegación. Articulado ese reclamo, ante el silencio superior a diez días, puede demandárselo en sede judicial, en cuyo caso el acuerdo durará hasta que el procedimiento administrativo esté concluido por decisión expresa.

De este modo, se disuade a la Administración de persistir en el silencio, que es usualmente su más eficaz arma, ya que él conllevará la persistencia de la medida cautelar.

¿*Quid* de las medidas cautelares sobre actos administrativos de alcance general, reglamentarios o no?⁷² Tanto si han emanado de la propia Administración como de un órgano judicial, sus efectos se extienden *erga omnes*, más aún en el caso de los reglamentos que, confrontados directamente con la ley, no sostienen la usual presunción de ajuste a ésta⁷³.

⁷² Suscribimos la posición de quienes sostienen que los reglamentos se distinguen de los restantes actos administrativos de carácter general (más allá de que hay reglamentos singulares), en cuanto crean derecho objetivo y no se agotan con el cumplimiento (Grecco, Carlos M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 45 a 48).

⁷³ Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 460 y 461; Montezanti, *Suspensión del acto administrativo*, p. 106.

4. Conclusión

Las medidas cautelares atañen directamente a la justicia, más en sentido institucional que orgánico. Lo que significa que la Administración, en cuanto agente directo e inmediato del interés general, pueda y deba disponerlas, consolidando el principio de legalidad.

Debería profundizarse en el sentido de instituir instancias y procedimientos que fueren a los órganos administrativos a preocuparse más por los intereses que su accionar afecta, con concretas responsabilidades e interacción de consecuencias, que persuadan a los funcionarios de que no son omnipotentes ni eternos ni infalibles.

Las medidas cautelares decretadas por los órganos judiciales no merecen encorsetamientos ni clasificaciones escrupulosas y prolijas pero, la mayor parte de las veces, irrelevantes en la práctica. A pesar del extremo casuismo que siempre impera en esta materia, y de la angustia de la imperiosa necesidad de reparar urgentemente los casos en que se clama pronta solución, nunca debería perderse de vista un doble fiel: la imparcialidad durante el proceso y la atención al interés público.

Creemos oportuno, porque el marco circunstancial de este artículo es particularmente propicio, cerrar estas reflexiones con la cita de un gran pensador español, a propósito de ciertos espejismos a que somos proclives los hombres de derecho, que nos ciegan a veces en la búsqueda de altos valores: “La rebeldía contra la justicia no viene de la corrupción del sentido jurídico; al contrario, arranca de su exaltación. Y esta exaltación tiene dos formas opuestas, que acaso vengan a dar en un término medio de justicia, superior al que rige allí donde la ley escrita es estrictamente aplicada.

La primera forma es la aspiración a la justicia pura; lo casuístico desagrada y las excepciones enfurecen; se desea un precepto breve, claro, cristalino, que no ofrezca dudas, que no se preste a componendas ni a subterfugios, que sea riguroso, y si es preciso, implacable. Cuando un hombre adquiere una personalidad bien marcada y cae en las garras de la crítica social, ha de ser impecable, incorruptible, perfecto y hasta santo, y aun así el quijotismo jurídico hallará donde hincar el diente, donde herir. ¡Cuántas cosas que en España son piedra de escándalo y que pregonadas a gritos nos rebajan y nos desprestigian, he visto yo practicadas regularmente en otros países de más anchas tragaderas!”⁷⁴.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.

⁷⁴ Donde dice *España* puede leerse perfectamente *Argentina*. Ganivet, Ángel, *Idearium español*, Bs. As., Espasa-Calpe Austral, 1940, p. 57.