



Las medidas cautelares en el código contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su comparación con la normativa nacional.

María MAIDA¹

Sumario: I. Introducción. II. Medidas cautelares. III. Presupuestos. IV. Diferencias con el régimen vigente en el fuero nacional y el fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V. Clases de medidas cautelares. VI. Acción de amparo. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía

Resumen:

Las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la tutela jurídica efectiva y despliegan todas las posibilidades que brinda dicho principio a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público. La prevalencia del interés público sobre el interés individual, el principio de legalidad del Estado, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de solvencia estatal, no permitían aceptar la procedencia de medidas cautelares contra el Estado. Sin embargo, frente a las situaciones cotidianas que demostraban la necesidad de las personas de contar con una satisfacción inmediata de sus derechos conculcados por el Estado, - actos administrativos, reglamentos, leyes-, ha resultado necesario la procedencia de las medidas cautelares en el ámbito administrativo, utilizando por analogía los preceptos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

“Son tantos los maestros y tantos los ejemplos que nos ha proporcionado la Antigüedad, que ninguna edad puede considerarse más afortunada en el azar de su nacimiento que la nuestra, para cuya enseñanza han trabajado afanosamente hombres de generaciones anteriores”. Quintiliano (35 – 95 d. c.)

I.- Introducción.-

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto N°1510-GCABA/97), ratificada por Resolución de la Legislatura N°41/1998, en su artículo 12, contiene previsiones en materia de ejecutoriedad del acto administrativo. Por una parte contempla expresamente la necesaria intervención judicial cuando deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados y por otra establece los casos en los que la Administración está facultada a utilizar la fuerza pública contra la persona o los bienes del administrado sin intervención judicial. Por otro lado, la redacción de la norma descarta la postura interpretativa que postula que la carencia de

¹ Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesora Titular “Derecho Procesal I” Universidad del Museo Social Argentino. Adjunta Interina “Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial” Universidad Nacional de Buenos Aires.



efectos suspensivos de los recursos administrativos interpuestos contra un acto administrativo, es una consecuencia de su carácter ejecutorio.

Al igual que el artículo 12 del Decreto – Ley N°19.549/1972, la norma de la Ciudad establece la posibilidad de que la Administración disponga la suspensión de la ejecución de un acto Administrativo, enumerando las razones que pueden fundar dicha suspensión. Así, se pueden apreciar dos diferencias con el Decreto – ley: a) la Administración puede suspender la ejecución de un acto administrativo “*cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión*” y b) “*cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta*”.

La pauta referida a los perjuicios que trae aparejados la ejecución del acto, ha tenido acogida en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 189 inc. 2 in fine, como caso de procedencia del dictado de una medida cautelar suspensiva de un acto administrativo².

Cabe, en primer lugar hacer hincapié que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito Nacional, el Código Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, legisla en el Título de las Medidas Cautelares un Capítulo referido específicamente a la suspensión de los efectos del acto administrativo.

El Art. 189 establece como requisitos para la procedencia de la suspensión de los efectos del acto que la ejecución o cumplimiento de la misma causare o pudiere causar graves daños al administrado, en tanto ello no resulte grave perjuicio para el interés público, o que el acto ostentare una ilegalidad manifiesta y su ejecución o cumplimiento traiga aparejado mayores perjuicios que su suspensión, estableciendo, asimismo la facultad de la autoridad administrativa de solicitar el levantamiento de la suspensión si se invoca un grave daño al interés público.

La interpretación jurisprudencial respecto de la naturaleza de esta medida es que se trata de una medida cautelar a la que resultan aplicables los requisitos “*tradicionales*” para su procedencia, es decir, la “*verosimilitud del derecho*” y el “*peligro de un daño en la demora*”³, como también los recaudos del art. 189. Se ha valorado de igual modo que en la Cámara Federal de la Capital Federal tales requisitos se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del año y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del *fumus* se puede atemperar⁴.

Se ha considerado que el *fumus boni iuris* en el dictado de una medida precautoria no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, extremo que sólo

² Dicha norma que resulta análoga a la previsión contemplada en el art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad, fue aplicada en el fallo “GCBA Rodríguez, María Laura Expte. 396, Sala II, 12/7/2001, Suplemento de Derecho Administrativo, LL, 7/12/2001, pág.76, por cuanto el Tribunal entendió que mandar que se lleve adelante la ejecución significaba que la ejecución del acto administrativo acarrearía mayores perjuicios que su suspensión.

³ La procedencia de las medidas cautelares, justificadas en principio en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, quedan subordinadas a la verificación de los extremos insoslayables, “la verosimilitud en el derecho” y “el peligro de un daño irreparable en la demora (Conf. CCAyT CABA, Sala II “Empresa de Transporte Los Andes SAC v. GCBA. s/impugnación de actos administrativos, 17/9/2002, la misma Saña *in re* “Banque Nationale de Paris v. GCBS s/ amparo (art. 14 CCABA); En cambio uno de los magistrados de la Sala opino que no corresponde la aplicación de aquellos requisitos ante la existencia de una norma específica como el art. 189 del CCAyT (disidencia del Dr. Centenaro *in re* “Alvear Palace Hotel SA v. GCBA s. impugnación de actos administrativos “ del 28/6/2001).

⁴ CCAyT, Sala II “Banque Nationale de Paris v. GCBS s/ amparo, 21/11/2000.



puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia. En este sentido se ha afirmado que “el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad”⁵

Por su parte, la valoración del daño que irroga a los particulares la ejecución de los actos ha sido una pauta determinante para la concesión o no de la tutela cautelar, juntamente con la ponderación de los perjuicios que conlleva su incumplimiento al Estado⁶. Ciertamente la jurisprudencia ha merituado, también, al momento de evaluar la procedencia del instituto cautelar, la ilegalidad manifiesta que ostenta el acto que se impugna, así en distintos casos en lo que se solicitaba la suspensión de los efectos del acto que ordenaba revalúos inmobiliarios que era *prima facie* ilegítimos, y así lo había declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de La Nación⁷.

En lo que hace a la valoración del peligro en la demora, a diferencia de lo que sucede con la Jurisprudencia Nacional, se ha valorado el tiempo real que transcurre hasta el dictado del pronunciamiento de fondo, de tal modo que aun cuando se trate de una solicitud de medida cautelar, en el marco de la acción de amparo, debe ser expedita y rápida⁸.

Es pertinente reseñar que ante el problema que se suscitó cuando en el marco de una acción impugnatoria se solicitó la suspensión de los efectos de un acto cuya ejecución era simultáneamente peticionada por la Administración en otro proceso, se resolvió el conflicto en contra de su otorgamiento, en razón de que por medio de las medidas cautelares no puede interferirse el cumplimiento de otros pronunciamientos judiciales, ni suspenderse el trámite de procesos distintos sustanciados ante otro Tribunal⁹.

Cabe puntualizar que en lo relativo a la consideración de los distintos asuntos formales relativos al planteo de los peticionantes, los Tribunales han entendido que todo lo referente a las medidas cautelares no debe ser interpretado con criterio restrictivo, ya que es necesario tutelar las pretensiones articuladas, a fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos judiciales que den término al litigio¹⁰ y así se han enderezado defectos rituales¹¹.

II.- Medidas cautelares.-

Señala Morelo¹², antes o después de iniciado un proceso, y durante el tiempo que demanda la obtención del reconocimiento judicial del derecho, pueden darse circunstancias

⁵ CCAyT Sala II, *in re*, “Dardanelli, Carolina María v. GCBA s/otros procesos incidentales 17/9/2002.

⁶ Casos de los conocidos “los sin techo” personas que se encontraban alojadas en distintos hoteles cuyo alquiler era solventado por el GCBA), que, ante el cambio de los planes asistenciales que efectuó el Gobierno se encontraban ante el riesgo de quedarse sin albergue, se decretaron medidas cautelares en las que se ordenó al Estado se abstenga de excluir a los actores de los planes en los que se encontraban incluidos hasta que se demuestre que los fines de creación de dichos planes se habían cumplido. CCAyT, Sala II, *in re* “Fernández Silvia G. y otros v.GCBA s/amparo 7/9/2001, entre otros.

⁷ CCAyT, Sala II “Leloir de Lanús Amelia v.GCBA s/acción meramente declarativa 20/3/2001.

⁸ En tal sentido la CCAyT, Sala II *in re* ha revocado la sentencia de primera instancia en la cual la jueza deniega la tutela cautelar basándose en que se dictaba en el marco de un amparo y entonces no encontraba que se configurase el peligro en la demora. “Najmías Litte, Luis v.GCBA (Dir. Gral. de Educación de Gestión Privada) s/amparo, 12/2/2000.

⁹ Cf. CCAyT CABA, Sala II, 13/7/2001 “Austral Líneas Aéreas –Cielos del Sur S.A. .GCBA /impugnación actos administrativos”.

¹⁰ CCAyT CABA, Sala II “Cohen, Sofía G v.GCBA s/amparo” 7/12/2000

¹¹ CCAyT CABA, Sala II “Empresa de Transportes Los Andes SAC v.GCBA s/impugnación acto Administrativo” 17/9/2002.

¹² A.Morello –M.Passì Lanza-G. Sosa – R. Berizonce “Código Procesal Civil y Comercial” Tomo II, “Medidas Cautelares” pag. 63



que hagan difícil, o acaso frustren en definitiva, la realización de la tutela jurisdiccional. Existe una imposibilidad práctica de lograr de un modo inmediato la decisión.

Calamandrei ha puntualizado, cual es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: la de no constituir un fin por sí mismas sino las de estas *ineludiblemente preordenadas*, a la emanación de una ulterior providencia definitiva, cuyo resultado práctico asegura preventivamente.

Chiovenda, señala que por su propia naturaleza las medidas cautelares no requieren la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque mientras ella se produce podrían desaparecer los bienes o sus rentas. Basta entonces la acreditación prima facie, a primera vista, sin entrar al estudio último de las causas, tomando los hechos tal como se dan o parecen. La carga procesal de quien solicita las medidas cautelares se circunscribe a la prueba de la verosímil presunción del derecho, por medio de la *summaria cognitio*. Para decretar cualquiera de las medidas preventivas, el juez no necesita tener la evidencia, o la certidumbre, de que lo que se pide o se dicte es la verdad. Ni tampoco que crea que lo es, o estime probable que lo sea. Se exige algo menos en la escala cualitativa y cuantitativa de los valores lógicos; que lo que se dice sea verosímil.

Dado su carácter y en razón de la misma finalidad asegurativa, las providencias cautelares deben dictarse *inaudita parte*, bajo la responsabilidad del solicitante, es decir, sin que proceda sustanciación alguna ni controversia entre las partes. Los afectados no puede discutir su procedencia antes de que ellas hayan sido acogidas y efectivizadas. Así, ha advertido la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que la ausencia del previo derecho de defensa es característica comuna las medidas precautorias de los distintos ordenes jurídicos, pues si así no fuese podría frustrarse el fin cautelar consustancial a todas ellas¹³.

Es pues que las medidas cautelares constituyen una garantía jurisdiccional de la persona o de los bienes para hacer eficaces las sentencias. Tienden a asegurar los elementos formales del proceso, los elementos materiales y a preservar de daño a los sujetos del interés sustancial, mediante su guarda y la satisfacción de sus necesidades urgentes¹⁴.

Podetti, señala: "*Las Medidas Cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a el, a pedido del interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces*".

Por otra parte, la casi lentitud de los procedimientos judiciales apareja el riesgo de que, mientras se guarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando así ilusorias o ineficaces resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho.

Gallegos Fedriani, define a las medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Ante el desgaste de nuestro sistema contradictorio tradicional, se realza el papel de herramientas dispuestas a la satisfacción inmediata de lo requerido. Asimismo, entiende que "*las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional*

¹³ Ac. Y Sentencia, 1960, v.VI, pág. 435.-

¹⁴ -confr. Sala "in re": "Grandi" del 21 de Marzo de 1996.



otorgada para defensa para la persona y de los derechos y que por lo tanto, deben encontrarse vinculadas con la pretensión principal a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho esgrimido. Sin embargo, la referida vinculación no puede significar que la medida cautelar tenga un objeto y un trámite que coincida con el objeto y procedimiento del juicio principal, pues si así se admitiera, existirían dos procesos iguales y paralelos”.

De conformidad a lo normado por el art. 177 de la Ley Nº 189, las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida.

Su finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la sentencia y su fundamento radica en una situación de urgencia que requiere una solución inmediata para resguardar los derechos.

Siendo lo normal en el proceso administrativo sea el Estado el demandado, debe tenerse presente la particular situación de que este, por representar intereses generales, tiene una serie de prerrogativas que deben ser cuidadosamente analizadas al decretarse contra él una medida cautelar

III.- Presupuestos.

Uno de los presupuestos sustanciales para su procedencia es la existencia de un interés jurídico que justifique el adelanto al resultado de un proceso. No hay medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación prima facie, sea que se presuma por las circunstancias del caso y que se traduce en el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal o la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde.

La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos comprende, como principio, el control de su legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente irrazonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes, pero no el de oportunidad, mérito y conveniencia de las medidas adoptadas. Dicho control supone el de la debida aplicación de las normas estatutarias, de manera que los hechos se clarifiquen adecuadamente y lo decidido se ajuste al texto legal¹⁵.

El Art. 189 CCAyT es la norma que subordina la procedencia de las medidas al presupuesto ineludible de que la ejecución del acto administrativo cause o pueda causar graves daños al administrado, siempre que de la suspensión no resultare grave perjuicio para el interés público, o bien que ese acto ostente una ilegalidad manifiesta o su cumplimiento produzca mayores perjuicios que su suspensión.

El artículo integra el capítulo general sobre medidas cautelares, por lo que comparte con las demás disposiciones rituales sobre actuación preventiva las típicas exigencias que la doctrina ha previsto para su progreso, si bien adecuadas al contexto. Así, debe presentarse *verosimilitud* en el derecho, entendida como soporte jurídico y normativo razonable en la pretensión y sin perjuicio de tener en cuenta la presunción de legitimidad del acto administrativo, y *peligro en la demora*, es decir, los riesgos que el mantenimiento de la situación contra la que se pide la medida implican tanto para los derechos subjetivos del demandante como para la posibilidad de dictar una sentencia útil y oportuna, de forma que se eviten daños irreversibles que tornen a ésta inocua.

¹⁵ Fallos CS: 311:2128, 300:2246 L.L. 1987-A-53, entre otros



Respecto del primero, la Corte Suprema ha señalado que *“como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, se agota su virtualidad”* (Fallos, 306:2060). Es decir, sólo es necesaria la *“apariencia de buen derecho”*, el *bonus fumus iuris*.

A su vez, se ha sostenido que *“la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora son presupuestos que se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan rigurosos en la apreciación del peligro del daño y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño irreparable se puede atemperar la exigencia respecto del fumus”*¹⁶.

En cuanto al requisito de la contracautela para disponer medidas cautelares, cabe recordar que, si bien el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no ha regulado la exigencia de contracautela como contrapartida de las medidas cautelares, el art. 6º, párrafo segundo, de la ley 7 (Ley Orgánica del Poder Judicial) prevé que *“...no pueden exigirse fianzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer”*.

De ello se deriva su aplicación respecto a toda clase de intervención judicial, y que a su vez, surge como una modalidad posible de limitación de la medida cautelar, que el art. 184 CCAyT autoriza a disponer a los magistrados en protección de los eventuales derechos e intereses del destinatario de la medida¹⁷.

Cabe por su parte recordar que la caución real es, en principio, facultad privativa del tribunal que la concede, de acuerdo a la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso¹⁸. En este sentido, la contracautela debe guardar relación con la eventual responsabilidad del solicitante de la medida, razón por la cual, al momento de su fijación, debe el juzgador analizar no sólo la presencia de los presupuestos genéricos de la medida ordenada, sino además la magnitud del menoscabo patrimonial que podría derivarse de ella¹⁹.

IV.- Diferencias con el regimen vigente en el fuero nacional y el fuero de la Ciudad Autonoma de Buenos Aires.

El derecho a una tutela cautelar, es decir, a la garantía de la utilidad de la decisión judicial, constituye una manifestación del derecho a una tutela judicial efectiva, el cual se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de su recepción expresa en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integran el derecho positivo de acuerdo con el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y receptada expresamente en el art. 12, inc. 6º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

A través de su protección cautelar, el derecho de acceso a la jurisdicción se completa con el derecho a una tutela eficaz. En consecuencia el proceso cautelar tienen en la actualidad

¹⁶ CCAyT, Sala II, *in re* “Banque Nationale de Paris c/G.C.B.A. s/Amparo – Art. 14 CCABA – Expte. N° 6”, fallo del 21/11/2000.

¹⁷ (conf. Sentencia de V.E., “in re” “Casa Abe S.A. c G.C.B.A. s/acción meramente declarativa, art. 277, CCAyT s/inc. de apelación contra res. de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte., 271 del 12/02/01; 16-3-2001, “Vía Pública Clan c/GCBA”, DJ 26/09/2001, 268 – DJ2001-3, 268-LA LEY 2001-F, 85).

¹⁸ conf. CNCAF, Sala III, 4-5-1992, en autos “Izar, Ana María c/Telefónica de Arg. S.A. S/Amparo”

¹⁹ Sala I, Expte: EXP 521/1- Autos “GNC S.A. c/G.C.B.A. s/Medida Cautelar”, noviembre 4 de 2002, El Dial – BG5F2.



un sentido fundamental en los procesos contencioso-administrativos, puesto que concreta el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración, el denominado régimen exorbitante, en el caso particular, la ejecutoriedad de sus actos, y las garantías particulares.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha previsto expresamente remedios cautelares con singulares diferencias con respecto al régimen vigente en el fuero nacional.

A) El art. 177 del CCAyT adopta un criterio abierto y no cerrado o taxativo en materia de medidas cautelares, al establecer que éstas: *“...tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado... 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 puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas por este Código.”-*

La redacción de la segunda parte de la norma es una transcripción del art. 232 del CPCCN, que ha sido el fundamento normativo invocado por los jueces nacionales y federales para dictar medidas urgentes, cuando el particular pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable.

B) Asimismo el citado cuerpo legal prevé el derecho del particular de solicitar al juez, el dictado de provisiones precautorias de cualquier naturaleza, siempre que la medida fuese idónea para preservar el resultado del proceso, aun cuando no estuviese expresamente prevista en el CCAyT. Así, cuando la medida que se solicita no ha sido objeto de regulación expresa corresponde, que el solicitante acredite el requisito genérico – peligro de perjuicio inminente o irreparable de un derecho o interés -, esto es, en definitiva, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

En tal sentido, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha señalado que para que resulte procedente el dictado de una medida cautelar, *“la doctrina procesalista ha exigido tradicionalmente la concurrencia, entre otros, de los siguientes recaudos, a saber, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Mientras que el primero de ellos requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, el segundo se identifica con el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes”.*(Caso Ortiz, Célica y otros c/GCBA s/amparo s/ incidente de apelación” Expte. 2779). Asimismo, en otro precedente, señaló que *“los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del fumus se debe atemperar* (caso Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA, fallo del 17/7/2001).

C) El control judicial de la Administración no se limita a los actos administrativos, sino que se extiende a cualquier manifestación de la voluntad estatal, los remedios cautelares serán diferentes según la pretensión que el particular ejerza en cada caso, y en tal sentido, la amplitud cautelar que prevé el CCAyT permite dar distintas respuestas a las diferentes situaciones de acuerdo con la idoneidad de la medida para preservar la utilidad del proceso.

El artículo 177 del CCAyT establece el objeto de las medidas cautelares y del mismo surge que el requisito establecido en forma genérica para su concesión resulta ser la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o irreparable. Respecto de la



oportunidad de solicitarlas y en cuanto a los demás requisitos, se establece que en el art. 178: Las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes, simultáneamente o después de deducida la demanda, a menos que la ley resultare que esta debe entablarse previamente.

El escrito debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida. Esto se encuentra en concordancia con el art. 195 del CPCCN.

En cuanto a las facultades del tribunal, el art. 184 determina: El tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los derechos e intereses, puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intentare proteger.

D) En lo que respecta a la pretensión de cese de vías de hecho, el régimen de la medida cautelar suspensiva contra una vía de hecho administrativa esta previsto en el art. 189 del CCAyT de manera conjunta con la suspensión de los actos administrativos.

E) Por su parte el art. 177 del CCAyT ha receptado en forma expresa la procedencia de la medida cautelar positiva, que no se encuentra reglada en el CPCCN, sin perjuicio de que los jueces federales y nacionales las han decretado apoyándose en una interpretación amplia de las medidas cautelares genéricas.

Pero sin embargo, al no existir una regulación especial en cuanto a los presupuestos para su procedencia, corresponde aplicar el art. 177 del CCAyT sobre medidas cautelares genéricas. En consecuencia, el particular deberá demostrar que existe un perjuicio inminente o irreparable para sus intereses o derechos.

F) Constituye un progreso importante el reconocimiento expreso de la posibilidad de dictar medidas cautelares que coincidan con el objeto sustancial de la acción promovida. En este sentido, en el fuero nacional existen numeroso precedentes que establecen la imposibilidad de dictar medidas cautelares que coincidan con la cuestión de fondo por considerar que en tales casos se produce un supuesto de prejuzgamiento.

Con respecto al objeto de la medida cautelar el art. 177 del CCAyT introduce dentro del ámbito del GCBA otra modificación a la normativa existente en el orden nacional, ya que posibilita que lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Será el juzgador quien con su buen tino e idea de justicia imponga los límites que considere apropiados a este instituto, para que el mismo no sea desvirtuado, y así pueda lograr su verdadera finalidad, asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (párr. 2do del art. 177).

G) Finalmente, el CCAyT no ha regulado la exigencia de la contracautela como contrapartida de las medidas cautelares. En el orden nacional, en cambio, la contracautela se encuentra expresamente regulada en el CPCNN. Un primer análisis podría establecer que el legislador excluyó intencionalmente la contracautela y por el otro no debe ser exigida por los magistrados. Pero el art. 207 inc. 4º del CCAyT establece respecto a la medida cautelar de intervención que *“la contracautela se fija teniendo en consideración la clase de intervención, los perjuicios que pudiese irrogar y las costas”*. En consecuencia si la intención del legislador hubiese sido no exigirla para habilitar el dictado de la medida, no habría incluido esta previsión. En igual sentido se exige el otorgamiento expreso de caución cuando procede el arraigo como excepción previa (art. 286 inc. 4º del CCAyT).

Asimismo el art. 6º párrafo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley nº 7) prevé *“...no pueden exigirse finanzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer”*. La norma evidencia la intención del Legislador de prever la fijación de la



contracautela por parte de los jueces en la medida en que por su naturaleza o monto no implique negar el acceso a la justicia.

También jurisprudencialmente se ha tenido en cuenta que de la propia naturaleza de las medidas, su imposición tiende a resguardar la igualdad de las partes en el proceso. Como así tampoco debe perderse de vista el mandato legislativo, enraizado en el derecho de defensa en juicio que garantizan los arts. 18 de la Constitución Nacional y 13 inc. 3º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con lo cual no pueden exigirse fianza, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende valer en concordancia con el art. 6º párrafo 2 de la Ley nº7.

V.- Clases de medidas cautelares.-

La teoría cautelar ortodoxa no ha podido dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante la situaciones que no admiten demora.

Ello así, tal como lo señala Peyrano en su artículo *“Lo Urgente y lo Cautelar”* (JA, 1995-I-899), la procesalística moderna nos habla hoy de la necesidad de concebir una suerte de tutela judicial urgente, partiendo de la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar.

En este orden de ideas, cabe recordar que “proceso urgente” reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: a) Las medidas cautelares, que nunca constituyen un fin por si mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente. Más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia (Calamandrei, *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, Edit. “El Foro”, 1997, p.44/45), b) La medida autosatisfactiva, y c) La tutela anticipatoria, que es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

Ahora bien, la recepción de nuevas figuras jurídicas ha tenido acogida en el ámbito del Derecho Administrativo en el orden Nacional, así como su expresa incorporación en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A) La medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Esa medida importa la emisión de un mandato judicial a la Administración para que esta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino directamente una obligación de hacer. Tal clase de medida debe afianzarse en el proceso administrativo, cuando la suspensión de los efectos del acto no sea una respuesta cautelar efectiva para la protección peticionada.

Hutchinson, afirma que la medida cautelar innovativa es una creación pretoriana, por aplicación de lo dispuesto en el art. 232 CPCCN, que se ha utilizado contra los actos de la Administración pues la medida de no innovar no es apta, en estos caso, para asegurar provisionalmente la pretensión del particular.

B) El CCAyT reconoce expresamente la existencia de medidas cautelares positivas, que son aquellas que consisten en la imposición de una obligación de hacer en cabeza de la autoridad administrativa y colocan al administrado en una situación distinta de la que hubiera gozado hasta ese momento. Así en su art. 177 establece que Las medidas cautelares son todas



aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo.

C) La llamada medida autosatisfactiva es el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional, por los justiciables, que se agota –de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (Peyrano, "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", La Ley, 1998-A-968).

No se trata de una medida cautelar, se asemeja a ella porque ambas se inician con la postulación de que se despache favorablemente e inaudita et altera pars un pedido si bien se distinguen por lo siguiente: a) el despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la se contenta la diligencia cautelar b) su dictado acarrea una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante c) se genera un proceso que es autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto del otro, agotándose en si mismo.

Sobre el punto, debe ponerse de manifiesto que no existe en el orden nacional norma específica que prevea las llamadas medidas autosatisfactivas.

Sin embargo la realidad nos demuestra que, dentro del título genérico de medidas cautelares, los jueces han debido pronunciarse en casos en los cuales, con el dictado de la medida requerida, se agotaba la acción. O dicho de otra forma, resultaba difícil comprender qué podría requerirse en el juicio ordinario al que toda medida cautelar accede.

D) Existe una medida cautelar autónoma que es propia del Derecho Administrativo. El administrado recurre un acto administrativo en sede de la administración, y solicita al órgano jerárquico que deje el mismo sin efecto. Generalmente, en el marco del procedimiento administrativo, la Administración guarda silencio. Frente a esta situación, se obliga al administrado a recurrir ante la justicia con el objeto de suspender los efectos del acto recurrido. Se solicita al juez el dictado de una medida cautelar de naturaleza administrativa, ya que no se dirige a garantizar la eficacia de una sentencia, sino la del acto administrativo que aún no se ha dictado, para el caso que la administración haga lugar al reclamo y revoque el acto recurrido.

El Art. 207 CPCCN, obliga a promover demanda después de diez días de trabada la medida, bajo pena de operarse la caducidad de pleno derecho. En el caso de las medidas autónomas, no sería aplicable; este plazo debería correr desde el dictado del acto administrativo, ya que no se podría promover la demanda por no hallarse agotada la vía administrativa.

E) Se ha venido reconociendo en el contencioso administrativo y federal la posibilidad de dictar una medida precautelar o subcautelar que consiste en la 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 considera necesario requerir un informe previo a la demandada, tal como lo prescribe el art. 23 inc. 1 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

El CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires, prevé un Capítulo específico para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Así el art. 189 dispone, que podrá solicitarse la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo cuando a) causara o pudiera causar graves daños al administrado, siempre que de ello no resulte un grave perjuicio para el interés público b) existiera ilegalidad manifiesta y c) su ejecución o cumplimiento causara mayores perjuicios que su suspensión.

En otros supuestos se puede acudir por analogía a la prohibición de no innovar



legislada en el art. 230 del CPCCN o a las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 de dicho Código: b) Existencia de perjuicios graves al particular y c) Razones de interés público.

VI.- Accion de amparo.-

Por su parte en lo que hace al tema del amparo, importa señalar que hasta el 27 de diciembre de 1957, el recurso de amparo solo se admitía, en el orden nacional, para protegerla libertas cuando mediase detección, arresto o prisión ilegal de las personas²⁰. A partir de entonces, el amparo no se circunscribió a los tradicionales casos de *habeas corpus*, sino que se extendió a otras situaciones que pudieran comportar ataques flagrantes, evidentes e insusceptibles de una reparación ulterior adecuada, contra las garantías individuales que consagra la Constitución, ya que dichas garantías integran el patrimonio inalterable que hace a cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación.

Uno de los problemas más delicado al cual se enfrenta el mundo jurídico en los albores del nuevo milenio es, indudablemente, la profunda crisis en que está sumergido el sistema jurisdiccional; lo atacado al sistema, sin dudas es, el aspecto práctico jurídico, la lentitud y onerosidad de su concreción, el retardo enfermizo en que los conflictos jurídicos llegan a ser resueltos por la Autoridad, Ante este entumecimiento de la Justicia, la sociedad clama por la creación de una vía rápida de solución de disputas que no torne mas gravoso al sistema.

Cabe preguntarse si la acción de amparo resulta una acción idónea para a defensa de los derechos vulnerados

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 14 dispone que *“ toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”*..

Dicho precepto resulta indiscutiblemente operativo, advirtiéndose en su texto, principios y directrices que se deben aplicar dentro de un margen de razonable arbitrio, para guiar el proceso de acuerdo a su letra y espíritu, coincidente con el del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por lo que, en ejercicio de las facultades naturales para encauzar el proceso, los magistrados están llamados a cubrir los vacíos legislativos a través de una razonable hermenéutica de la normas constitucionales locales y nacionales, y de la aplicación flexible y prudente de las pautas procesales de la Ley N° 16.986.

Existen supuestos en los cuales para arribar a una solución justa del caso se impone no aplicar rigurosamente las palabras de la ley con exclusión del indudable espíritu que la anima. Ello conduce a admitir que el mejor método de interpretación es el que tiene en cuenta la finalidad perseguida por la norma, por donde resulta ser principio básico de hermenéutica jurídica el de atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, cuidando asimismo que concuerde con los principios, derechos y garantías consagradas por la Constitución Nacional, en tanto ello sea posible sin violencia de su letra o de su espíritu.

El artículo 43 de la Constitución Nacional distingue claramente entre diferentes situaciones, a saber: a) la defensa jurisdiccional de un interés propio, exclusiva y excluyente, y b) la defensa jurisdiccional de intereses de incidencia colectiva. El primer párrafo del citado

²⁰ Arts. 20, Ley 48 – Caso “Siri” – Fallos 239:459.



artículo contempla el amparo “tradicional”, que puede ser interpuesto por toda persona que vea lesionados, restringidos, alterados o amenazados, por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo o arbitrario, derechos o garantías que le son propios. En el segundo párrafo, en cambio, hallan expresa recepción los intereses colectivos, y aquí aparece la diferencia con el párrafo primero, que presupone el daño a un derecho subjetivo clásico.

Las citadas previsiones constitucionales se enmarcan en un proceso tendiente a la superación de las tradicionales nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la legitimación se amplía aún más, pues de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución local, cuando la acción se ejerza en casos en los que se vean afectados derechos o intereses colectivos, estarán legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de aquéllos. La Constitución de la Ciudad, al referirse a “cualquier habitante”, sienta un criterio más amplio que el que rige a nivel nacional.

VII. Reflexiones finales

El principio de la tutela cautelar representa un límite infranqueable a la ejecutividad administrativa. Las medidas cautelares junto con el amparo representan un régimen sencillo, rápido y efectivo que protegen, contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, La Constitución y las Leyes.

Es en tal contexto que el art. 12 inc. 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que “ *La Ciudad garantiza... el acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas...*”. Así es que se ha creado un sistema de principios por el cual el administrado tiene el derecho, de solicitar al juez el dictado de mediadas cautelares de cualquier naturaleza, siempre que la medida sea idónea para preservar el resultado del proceso, aún cuando no esté expresamente prevista en el Código Contencioso Administrativo y Tributario.

El plexo normativo citado, ha estructurado un esquema de remedios cautelares, facultando a los Tribunales a adoptar toda clase de medidas que resulten aptas para asegurar el objeto de la pretensión articulada, produciendo con ello un cambio sustancial en el proceso administrativo local.

Asimismo y en tal contexto, resulta la posibilidad de suspensión de la ejecución de la actividad administrativa, mejorando la operatividad de la norma porque permite que sea solicitada sin necesidad de haber sido requerida con anterioridad en sede administrativa, como así para decretarla, el Tribunal solo debe evaluar si el acto administrativo puede ocasionar perjuicios graves.

VIII. Bibliografía

- ALONSO MAS: “La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas”, Editorial Tirant, Madrid, 1998.
- ALTAMIRA, Pedro C.: “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1971.
- ALTAMIRA, Pedro C.: “Responsabilidad del Estado”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.
- ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “Derecho de Daños”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1992.
- BADENI, Gregorio: “La Reforma Constitucional e Instituciones Políticas”, Editorial AD HOC, Buenos Aires, 1994.



BALBÍN, Carlos F.: "Reglamentos Delegados de Necesidad y Urgencia", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de la Constitución Reformada", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: "Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

BIELSA, Rafael: "Derecho Administrativo", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1964.

BOCANEGRA SIERRA: "Lecciones sobre el Acto Administrativo", Editorial Civitas, Madrid, 2002.

CARNELUTTI, Francisco: "Sistema de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1944.

CASSAGNE, Juan Carlos: "Derecho Administrativo", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

COMADIRA, Julio R.: "Ley de Procedimientos Administrativos", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

COUTURE, Eduardo: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

DIEZ – ABAD – CABRAL – BEZZI – ALTAMIRA GIGENA: "Acto y Procedimiento Administrativo Nacional", Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1982.

FAYT, Carlos S.: "La Corte Suprema y la Evolución de su Jurisprudencia", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

GONZÁLEZ CANO: "La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo", Editorial Tirant, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ V. Joaquín - QUIROGA LAVIÉ, Humberto: "Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001

GORDILLO, A.: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 1 y 2, Editorial Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1986.

GOZÁINI, Osvaldo A.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", 3 Tomos, Editorial La ley, Buenos Aires, 2002.

LINARES, J. F.: "Derecho Administrativo", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

LUGONES – GARAY - DUGO – CORCUERA: "Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1992.

MIDÓN, Mario.: "Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

MILLER – GELLI – CAYUSO – GULLCO: "Constitución, Poder Político y Derechos Humanos", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

PÉREZ HALDE, A. y Otros: "Derecho Público Provincial y Municipal", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

REJTMAN FARRA, Mario: "Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

SCHINELLI, Guillermo C.: "La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando: "La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A. y PEYRANO, Marcos L.: "Medidas Cautelares", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.