UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Maestría en Magistratura y Función Judicial

La tutela judicial efectiva y las medidas cautelares contra el Estado

Maestrando: Valeria Alejandra Aquino

Director: Dr. Armando Aquino Britos

Corrientes, Agosto 2023

Dedicado a Dios por sobre todo!

Índice

Introducción……7

Capítulo I

La tutela judicial efectiva

1.- Nociones generales…….11

2.- La tutela judicial efectiva en el orden internacional……...13

2.1.-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos……..……...13

2.2.-La Declaración Americana de Derechos del Hombre……..…….13

2.3.-Convención Americana sobre los Derechos Humanos……..……...13

3.- Su recepción en el ordenamiento nacional……..16

4.- La tutela judicial en el orden provincial……..18

Capítulo II

Medidas cautelares

1.- Las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva……22

2.- Los caracteres esenciales del acto administrativo y la medida cautelar…….25

3.-Las medidas cautelares. Concepto. Naturaleza jurídica. Caracteres ……..29

3.1.- Concepto……..29

3.2.- Naturaleza jurídica …….30

3.3- Caracteres de las medidas cautelares……31

3.3.1 Provisoriedad…….....31

3.3.2 Accesoriedad……...33

3.3.3 Mutabilidad……...35

3.3.4 Prejuzgamiento……..35

3.3.5 Superposición con el objeto……..37

3.3.6 Jurisdiccionales ……38

4.- Presupuestos para su procedencia……..…….39

4.1 Verosimilitud del Derecho…….…39

4.2 Peligro en la demora……...41

4.3.- Contracautela……...44

4.4.-No afectación del interés público……..46

Capítulo III

Las medidas cautelares contra el Estado Nacional

1.- Fundamentos del dictado de la ley…….…….50

2.- Análisis de los puntos controvertidos de la ley nacional de medidas cautelares……51

2.1.- Ámbito de aplicación de la ley…….……51

2.2.- Medidas cautelares dictada por juez incompetente ……54

2.3.- Dictado de medidas cautelares por juez imcompentente en situaciones que se encuentren comprometidos sectores socialmente vulnerables…….. 57

2.4.- Idoneidad del objeto ……...59

2.5.- Informe previo ……63

2.6.- Plazo de vigencia de las medidas cautelares……68

2.7.- Carácter Provisional de las medidas cautelares……...74

2. 8.- Modificación ……77

2.9.- Caducidad……79

2.10.- Afectación de los recursos del Estado……82

2.11.- La Contracautela……83

2.12.- Medidas cautelares contempladas en la ley …….….85

2.12. a.- Suspensiva de los efectos de un acto estatal……..85

2.12. b.-Medidas positiva……90

2.12. c.- Medidas de no innovar……...93

2.13.- Medidas cautelares solicitadas por el Estado…….95

2.14.- Casos en que se interrumpe los servicios públicos……98

2.15.- Aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y La exclusión parcial de la acción de amparo……..100

2.16.- Cuestiones de competencia……..101

Capítulo IV

Las Medidas cautelares en el orden provincial

1.- Régimen aplicable a nivel provincial……104

2.- De la Suspensión de la Decisión Administrativa ……106

2.1.- Consideraciones previas……106

2.2.- Momento en que puede ser solicitada. Competencia…… 108

2.3.- Requisitos para su procedencia……..110

2.4.- Tramitación por vía de incidente……...114

2.5.- Perjuicio al interés público……117

3.- La medidas precautorias …….118

3.1.- Procedencia y objetivo……..118

3.2.- Medidas solicitadas por Administración Pública…….121

3.3.- Requisitos que deben acreditarse por medidas solicitadas por un particular……...121

3.4.- Trámite…….124

3.5.- Cumplimiento. Contracuatela ……..124

3.6.- Suspensión, sustitución y caducidad…….125

3.7.- Medidas para la conservación de los bienes motivo de la litis o el aseguramiento de la sentencia. Enumeración……127

a.- Embargo preventivo o secuestro de bienes determinados……128

b.- Intervención o administración judicial……129

c.- Prohibición de contratar o innovar……129

d.- Anotación de Litis…….....130

e.- Inhibición general…….....130

Conclusión…….....131

Bibliografía……...137

Legislación ...…..……..140

Jurisprudencia …….....140

Abreviatura

Art. Artículo

CN Constitución de la Nación Argentina

CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación

CNACAF Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

CAF Ctes. Cámara de Apelaciones Federal de Corrientes

CACAy E. Ctes Cámara Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

LMC Ley de Medidas Cautelares

Pág. página

Introducción

El objeto de estudio propuesto en el presente trabajo final es el análisis de la normativa tanto nacional como provincial que regula las medidas cautelares contra el Estado a fin de determinar si las mismas aseguran el cumplimiento de una tutela judicial efectiva y como ha sido su recepción a través de la jurisprudencia.

Para ello se adopta una visión crítica para analizar el sistema normativo vigente en materia de medidas cautelares contra el Estado y así poder verificar si la tutela judicial efectiva reconocida tanto constitucional como internacionalmente en los tratados de derechos humanos, se le da categoría de derecho fundamental lo que implica que su existencia no se vea cercenada por las normas.

Como lo afirmo destacada doctrina, corresponde realizar un análisis pormenorizado de las normas que limitan la tutela judicial efectiva, en tanto resulta primordial que las reglamentaciones que recaiga sobre ella no puedan restringirla, caso contrario, se la desconoce mediante la aplicación de una normativa jerárquicamente inferior lo cual no es viable por su consagración constitucional. (Aberastury, 2020, pág. 9)

El acceso a la justicia ha sido considerado como un derecho fundamental de protección, tiene plena aplicación en el desarrollo del proceso judicial e incluye que el acceso sea pleno lo que conlleva la eficacia suficiente de concretarlo.

Aun en situaciones de normalidad, el fortalecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva es necesario para que prevalezcan la confianza en el sistema judicial y ello se logra evitando situaciones de desigualdad en la relación Estado- particular.

En la actualidad el derecho administrativo presenta grandes desafíos que se encuentran vinculados no solo con las particularidades que presenta la materia en cuanto a su actualización con las realidades que se imponen en el presente, sino también la creciente

influencia del derecho internacional a través de los derechos humanos sobre diferentes institutos entre las cuales se encuentran las medidas cautelares contra el Estado.

De allí surge la importancia de realizar un análisis exhaustivo de la normativa aplicable a nivel nacional y provincial en materia de medidas cautelares contra el Estado, a fin de determinar si la misma resguarda un derecho fundamental tal como ha sido consagrado la tutela judicial efectiva por tratados internacionales con rango constitucional y si la justicia ha podido recepcionar dicha tutela con la prioridad que amerita.

El eje central del análisis por tanto estará en las normativas que se aplican a nivel nacional N° 26.854 y Ley N° 4.106 – hoy la nueva Ley N° 6.620- a nivel provincial que se relacionan con el tema propuesto, y si las mismas cumplen con los parámetros establecidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales con rango constitucional a fin de asegurar una tutela judicial efectiva del administrado que recurre a la justicia en protección de sus derechos.

Es de destacar que al momento de la elaboración del proyecto del trabajo final se centró el análisis en la Ley N° 4.106 y el entonces proyecto con media sanción del Código Procesal Administrativo – hoy Ley N° 6.620 que deroga la Ley Nº 4.106- por lo que se consideraran ambas normativas al momento de ser analizadas en el capítulo correspondiente.

Se ha efectuado un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (distintas Salas), Cámara de Apelaciones Federal de Corrientes y Cámara Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, a fin de exponer como han resuelto las medidas cautelares en las que han tenido que intervenir y si la normativa aplicable ha presentado algún inconveniente para garantizar la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la relevancia práctica del presente trabajo de investigación, cabe destacar que hoy por hoy, las medidas cautelares han inundado el fuero contencioso administrativo, en

tanto las mismas son solicitadas en casi todos los procesos, motivo por el cual parte de la doctrina habla de cautelarización del proceso contencioso administrativo. (Comadira J. , 2021, pág. 23)

Por su parte, se esboza la siguiente hipótesis que guía la presente, de sí "*las normas que regulan las medidas cautelares contra el Estado, conllevan el resguardo de los derechos y garantías de los administrados asegurándoles salvaguardar el acceso a una real tutela judicial efectiva, vista la misma como una garantía desde las perspectivas de acceso a la jurisdicción, celeridad en el proceso y por sobre todo eficacia en las resoluciones judiciales*".

El diseño propuesto para la realización de la presente investigación es de tipo no experimental, exploratorio en su mayor parte, con elementos descriptivos. En relación con el enfoque se ha optado por un enfoque cualitativo a fin de alcanzar los objetivos propuestos.

Para un adecuado análisis de todos los puntos propuestos como objetivos, he relevado distintos trabajos académicos entre libros, artículos de distintos autores que han abordado el tema, como también se han analizado distintos fallos dictados entre los años 2018-2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Contencioso Administrativo Federal y de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de la Provincia de Corrientes, los cuales serán enunciados al momento de abordar la legislación nacional y provincial sobre medidas cautelares contra el Estado. Se aclara que se citan asimismo fallos que son relevantes en la materia bajo estudio y que configuran un antecedente importante al tema propuesto.

A fin de poder demostrar la hipótesis propuesta he dividido el presente trabajo final en cuatro capítulos en los cuales desarrollare un abordaje general sobre la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares delimitando sus particularidades, para luego poder detenerme en el análisis de la legislación y jurisprudencia tanto a nivel nacional como provincial.

Para finalizar, las conclusiones a las cuales he llegado luego de la investigación realizada.

Capítulo I

La tutela judicial efectiva

1.- Nociones generales

Una garantía fundamental reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos es el derecho a una tutela judicial efectiva, entendida como el derecho de los particulares de recurrir a la justicia a fin de que esta pueda brindarles una solución en tiempo oportuno y razonable cuando requieran la tutela de sus derechos que han sido afectados.

La tutela judicial efectiva del proceso es inherente al Estado de Derecho pues sin ella no puede ser adquirido tal status, por lo que se torna necesario el aseguramiento de sus atributos para que, socialmente sea reconocido como un factor de armonía de sus habitantes. (Aberastury, 2020, pág. 3)

De los Santos (2012) postuló con razonamiento convincente que la inclusión de la garantía de la tutela efectiva ha sido "el punto de partida de un nuevo paradigma de debido proceso, pues pone el acento en los resultados concretos, exigiendo que los tribunales de justicia concreten la tutela de los derechos a través de su actuación". (como se cita en Sedlacek, 2019, pág.476).

En virtud de ello, el derecho a la tutela judicial efectiva presenta contenidos plurales que se desenvuelven a lo largo del proceso y se extienden aún a la etapa de ejecución de la sentencia. (Sedlacek, 2019, pág. 476)

En este sentido el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental, que asume la obligación de facilitar el acceso a la jurisdicción en resguardo de los derechos de las personas, permitiéndoles recurrir a los tribunales ante la afectación de sus derechos para pedir que los mismos sean tutelados.

Al referirse al tema Gozaini (1994) postulo que la tutela judicial va más allá de ser una mera garantía de la actividad legítima de las partes o del derecho de provocar la actividad

del órgano jurisdiccional, sino que incluye también una noción prestataria en la que el Estado asume un deber de solucionar pacíficamente el conflicto. (pág. 135)

Por consiguiente, la tutela judicial efectiva es más abarcativa en tanto está constituida por un conjunto de derechos vinculados con el ejercicio de actividad jurisdiccional, entre los que se puede mencionar el derecho de las personas a deducir sus pretensiones ante la justicia, a obtener una respuesta previo cumplimiento de los presupuestos procesales que fijen la normativa aplicable y a que la decisión judicial a la que se llegue se cumpla.

Desde una postura similar Cassagne (2011) destacó que:

> No obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo, se caracteriza por su mayor amplitud no solo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración proyectándose también al procedimiento administrativo. (pág. 127)

En los casos en que las controversias se den entre particulares y la Administración Pública también se encuentra presente, toda vez que se requiere de un tercero imparcial “el juez”, que deberá intervenir evitando la prevalencia del Estado y garantizando el ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Lo dicho implica que en el ámbito de los denominados procesos contencioso administrativo, también se encuentra previsto el derecho a una tutela judicial efectiva a fin de resguardar los derechos e intereses del particular, contando con el acceso a la jurisdicción sin perjuicio del cumplimiento del procedimiento administrativo previo.

Es de aclarar que la tutela judicial efectiva tiene una amplia aplicación en el proceso, en tanto se proyecta en tres momentos: a) el acceso a la jurisdicción, b) durante el desarrollo del proceso y c) al tiempo de dictar y ejecutar la sentencia. (Comadira J. , 2021, pág. 208)

Por mi parte considero que al incorporarse la garantía de la tutela judicial en los textos constitucionales se permitió una nueva concepción sobre el proceso al ponerse énfasis en los resultados concretos de la labor jurisdiccional, la cual se debe traducir en útil, oportuna y eficaz.

En igual sentido, la justicia provincial sostuvo que el derecho a la jurisdicción se combina y complementa con el principio de garantía de la tutela judicial efectiva, que exige no solo la posibilidad de concurrir a un juez en reclamo de justicia sino también que la sentencia sea útil, oportuna y eficaz. (CACAyE- Ctes. "Zini Aldo Fabián y otros c/ La Provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa". Expte. N° CAX N° 233/2010- Resolución N° 07 de fecha 20/02/2018)

2.- La tutela judicial efectiva en el orden internacional

En el derecho internacional se viene dando un desarrollo en los instrumentos a fin de que se garantice por parte de los Estados, los derechos de todas las personas a una tutela judicial efectiva.

Entre los instrumentos más relevantes sobre la consagración de la tutela judicial efectiva se encuentran:

2.1-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En su artículo 2 se establece el deber del Estado ante la violación de derechos o libertades reconocidos en el Pacto, de posibilitar la interposición de un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

2.2-La Declaración Americana de Derechos del Hombre

En el artículo XVIII- Derecho de justicia-, se prevé que toda persona pueda concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, asimismo se dispone de un procedimiento

sencillo y breve por el cual la justicia ampare al particular contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

2.3-Convención Americana sobre los Derechos Humanos

El artículo 8 inciso 1 del "Pacto San José de Costa Rica" se refiere a las garantías judiciales, consagrando el derecho a ser oída de toda persona, 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, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte, en el artículo 25 se prevé que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Garantizando a su vez, que los Estados Partes se comprometan a que la autoridad competente prevista por el sistema legal del estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; al desarrollo de un recurso judicial y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La normativa expuesta ha sido receptada en el Derecho Administrativo Argentino, aportando una interpretación en la manera que debe ser conducido el procedimiento y el proceso de naturaleza administrativa que no tuviera naturaleza penal, por lo que se sostuvo que:

Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas conforme lo decidido en el caso “Baena” (Corte IDH, párrafo 127) y que fuera receptado por nuestra Corte en el caso “Losicer” (Consid. 8°) del 26 de junio de 2012.

La Administración Pública no se encuentra exenta del deber que para todo Estado parte, supone el derecho de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas en un plazo razonable.

La CIDH sostuvo al respecto que “se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. (Corte IDH “Baena” párrafo 124).

Por su parte, en el caso “Bulacio” la misma CIDH se ha referido al tema caracterizando a la tutela judicial efectiva como un derecho que exige al juez adoptar las medidas necesarias para evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos. (párr. 115)

La Comisión en su Informe N° 105/1999, realizó una interpretación de los artículos 8 y 5 de la CADH afirmando que de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona a que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido.

En el citado informe de la Comisión se señaló que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad de obtener un resultado.

A su vez, al referirse a la tutela judicial efectiva afirmó que la misma se traduce en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción

concreta, lo que se traduce en un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales.

A modo de conclusión como lo afirma Basterra (2013), la Comisión Interamericana de Derecho Humanos se ha expresado sobre el principio de tutela efectiva, "determinando que esta no es otra cosa que la garantía de la libre entrada a los tribunales de justicia para la defensa de derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder público", implicando un conjunto de garantías elementales que deben ser respetadas en los procesos judiciales. (pág. 555)

3.- Su recepción en el ordenamiento nacional

En la reforma constitucional de 1994 no se estableció de manera expresa a través de su articulado la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin perjuicio de ello, la falta de mención expresa no impidió que la misma haya encontrado fundamento en el artículo 18 y a través de los tratados de derechos humanos que expresamente la consagran y que fueron incorporados a nuestra Carta Magna a través del artículo 75 inciso 22, en especial con la incorporación del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

Por su parte, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se menciona uno de los fines del Estado, "el de afianzar la justicia" configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares.

A fin de completar lo expuesto, se considera que existe una conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva, sin necesidad de su consagración expresa en la norma y aún antes de la reforma de 1994. (Cassagne J. C., 2011, pág. 130)

Ya la Corte Suprema Justicia de la Nación en 1993 de manera previa a la reforma constitucional de 1994, se refirió al tema en el fallo " Serra" en el que sostuvo que la división de poderes que opera en forma conjunta con otras ideas de nuestro sistema constitucional que emerge de la garantía del debido proceso, cual es el principio "pro actione" a que conduce el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que deriva necesariamente del art. 18 de la Constitución Nacional, cuya regulación se integra, además con las disposiciones del Pacto San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 13.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional (Consi. 16). Es así que en el fallo citado se hace mención de la tutela judicial efectiva antes de la reforma de 1994.

Posteriormente, en el fallo "Astorga Bracht" del 14 de octubre de 2004 el máximo tribunal manifestó que la tutela también debía ser aplicada en el procedimiento administrativo.

Consideró que exigir a los interesados en participar en el concurso, a desistir de cualquier recurso administrativo o judicial que pudieran interponer contra las disposiciones legales o reglamentarias que regulaban el servicio de radiodifusión o contra cualquier acto administrativo emitido por la Comisión Nacional de Comunicaciones, era violatorio del art. 18 de la CN y de los tratados de derechos humanos con rango constitucional en tanto que los mismos resguardaban el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva.

Por lo que sostuvo que restringir la posibilidad de impugnar administrativamente actos de las autoridades públicas, resulta incompatible con la garantía de tutela efectiva, de la que se destacan sus dos facetas, ámbitos, o dimensiones de vigencia, en tanto supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia, o ante las autoridades administrativas competentes, y obtener de ellas una decisión útil relativa a los derechos invocados, sin que los interesados puedan verse privados arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de sus

derechos, salvo por medio de un proceso, o de un procedimiento, conducido en legal forma y que concluya con una resolución fundada, todo ello ampliamente amparado por los distintos tratados con jerarquía constitucional.

En dicho fallo se plasmó la relevancia que la Corte da a los tratados de derechos humanos con rango constitucional que guardan relación con la consagración de la tutela judicial efectiva.

4.- La tutela judicial en el orden provincial

En la Constitución Provincial no se consagra a lo largo de su articulado la tutela judicial efectiva de manera específica, sin perjuicio de ello al estar consagrada en tratados de derechos humanos de rango constitucional la misma tiene operatividad a nivel provincial.

Por su parte, la Ley N° 4.106 que regulaba el procedimiento contencioso-administrativo tampoco hacía referencia a la tutela judicial efectiva en forma expresa, sin embargo, el nuevo Código Procesal Administrativo que derogo el anterior, presenta en el título preliminar un principio fundamental como es la "tutela judicial efectiva" de gran importancia, que orienta la interpretación de los demás preceptos y sobre todo orienta en aquellos casos en que se puedan presentar lagunas jurídicas.

Sin perjuicio de que la Ley N° 4.106 no la establecía ello no fue impedimento para que la justicia provincial se refiera al tema de la tutela judicial efectiva en tanto sostuvo que:

> El contenido de la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia (…) En este orden de ideas, se configura una manifiesta violación a este derecho cuando se demora considerablemente su tramitación, que comporta la frustración de este derecho humano fundamental, como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos

> Humanos, en el caso "Bulacio vs. Argentina (18/09/2003, publicado en La Ley, 2004-A, 684) al referirse que "la función de los jueces no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe, además, asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. (CACAyE- Corrientes, "Zini Aldo Fabian y otros c/ Instituto de Previsión de la Provincia y Estado de la Provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa". Expediente N° CAX 233/10. Resolución N° 07 de fecha 20/02/2018)

Volviendo a la Ley N° 6.620 la que fuera publicada en el Boletín Oficial en fecha 23 de noviembre de 2021 por la que se aprobó el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Corrientes, se introdujo en forma expresa "la tutela judicial efectiva" en su artículo 1°:

> Las normas procesales de este código deben interpretarse y aplicarse con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficacia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva en especial para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad. El proceso, desde su inicio hasta el cumplimiento de la sentencia, debe estar sujeto a una duración razonable.

Como se puede apreciar el derecho procesal se ha vuelto una herramienta muy importante para que se respeten los derechos reconocidos constitucionalmente, en tanto la tutela judicial efectiva es prevista en el título preliminar del Código Procesal Administrativo recientemente sancionado.

A través del citado artículo del reciente Código Procesal Administrativo sancionado en el cual se garantiza la tutela judicial efectiva, se ha dado un gran paso en tanto el mismo reconoce a toda persona que cuando tenga que acudir a la justicia podrá obtener una tutela efectiva y eficiente.

El mayor objetivo que sienta es lograr la efectividad de los derechos sustanciales, para lo cual se observará los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficacia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, todo ello en procura a afianzar la tutela judicial efectiva.

En el citado artículo se establece en la última parte del primer párrafo, una protección especial y diferenciada "*para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad*".

En estos casos se da mayor protección y se enfatiza aún más cuando las personas se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, ha definido a las personas en condición de vulnerabilidad como aquellas que, "por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad".

Partiendo de esta definición lo que se pretende es garantizar la tutela judicial efectiva para las personas en situación de vulnerabilidad, lo que implica es de brindarles igualdad de trato durante el proceso y asegurar con ello la igualdad ante la ley consagrado por el artículo 16 de la CN.

Por su parte, en el segundo párrafo del art. 1 cuando alude a que *"el proceso desde su inicio hasta el cumplimiento de la sentencia, debe estar sujeto a una duración razonable",* trata de apaciguar los efectos nocivos que tiene sobre la tutela judicial efectiva el excesivo tiempo que duran los procesos judiciales en la actualidad en perjuicio del justiciable y es donde la tutela cautelar cobra mayor relevancia.

Sin prejuicio de lo expuesto, no podemos dejar de mencionar que el proceso contencioso administrativo contiene numerosos rigorismos formales que desconocen en cierta medida la tutela judicial efectiva y que se irán viendo a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

En muchos casos el Estado reglamenta la intervención del Poder Judicial, y con ello restringe la tutela judicial efectiva lo que conlleva a que se dificulte y se condicione el acceso a la justicia y dentro de la misma, restringiendo la protección del derecho del particular antes del inicio del proceso como durante su transcurso.

Cuando se habla de rigorismos formales, se hace referencia por ejemplo al agotamiento de la vía administrativa de manera previa o en algunos casos restringiendo las medidas cautelares contra el Estado, como se evidencia en la Ley Nacional N° 26.854 la cual será materia de análisis remarcando sus puntos más controvertidos.

Como lo afirma destacada doctrina, corresponde realizar un análisis pormenorizado de las normas que limitan la tutela judicial efectiva, en tanto resulta primordial que las reglamentaciones que recaiga sobre ella no puedan restringirla, caso contrario, se la desconocerá mediante la aplicación de una normativa jerárquicamente inferior lo cual no es viable por su consagración constitucional. (Aberastury, 2020, pág. 9)

Capítulo II

Medidas cautelares

1.- Las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva

El acceso a la justicia se considera como un derecho fundamental de protección, en tanto tiene plena aplicación en el desarrollo del proceso judicial e incluye que el acceso sea pleno y conlleve a la eficacia suficiente de concretarlo. Comprende que en caso de que se obtenga una sentencia favorable, la misma no sea desconocida y pueda ser ejecutada.

El cumplimiento de la sentencia por parte del Estado nacional o provincial conlleva gran importancia, en tanto hace al respeto por las instituciones, por lo que con su incumplimiento se atenta contra el Estado de Derecho.

Ahora bien, para que la sentencia que se dicta en un proceso judicial pueda hacerse efectiva, en muchas ocasiones es necesario recurrir por parte del justiciable a medidas cautelares que se encuentran previstas en los distintos ordenamientos jurídicos, para que con ello no se desnaturalice el derecho que se intenta proteger, sobre todo y como es de público conocimiento la duración de los procesos puede llevar años, lo que podría tener como consecuencia que la sentencia sea de imposible cumplimiento.

De allí la importancia de contar con el arbitrio de medidas cautelares las que son provisorias, acompañan un proceso principal y son destinadas a prevenir eventuales daños y perjuicios.

En el esquema que se viene desarrollando, el fundamento de la garantía cautelar se encuentra vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. (Djivaris J. , 2013, pág. 67)

En palabras de Aberastury (2020) la tutela cautelar se considera como un medio de tutela judicial efectiva en tanto sin ella se transformaría muchas veces en ilusoria la

posibilidad de obtener protección judicial durante la sustanciación de un proceso y mucho más aún poder lograr el cumplimiento de una sentencia judicial en aquellos procesos que duran años. (pág. 10)

En tal sentido, la tutela cautelar es una institución que conforma y se encuentra ínsita dentro del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que la visión de las instituciones cautelares tiene que encontrarse ajustada al mismo. (Aberastury, 2020, pág. 36)

La garantía de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente requiere que se proporcionen herramientas que sean efectivas para los particulares que pretenden impugnar los actos emanados del Estado en tanto los mismos lesionan sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y no solamente se juzgue si han sido dictados en el marco de la legalidad.

Desde esta visión, el proceso cautelar es aquel en el que se tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. (Palacio, 1998, pág. 773)

Por lo que, las medidas cautelares son consideradas como un instrumento que sirve para evitar ese peligro de que la justicia pierda su eficacia, sin la cual, dejaría de ser justicia.

La adopción de medidas cautelares es junto a la ejecución de las sentencias, uno de los pilares del proceso contencioso administrativo y también marca los puntos débiles del mismo en tanto es necesario recurrir a ellas para obtener justicia.

Tanto la una como la otra, tienden a la misma finalidad, que es garantizar la ejecución de la sentencia que conlleva a la efectividad de la tutela judicial efectiva.

En esta línea argumentativa, se considera que a través de la tutela cautelar se conjuga la existencia del proceso con la protección del derecho subjetivo o interés legítimo que se

reclama, impidiendo que la exigencia de aquel como mecanismo de resolución se transforme en un obstáculo para la efectividad del derecho.

Como lo señala la doctrina, no es posible desconocer que las medidas cautelares persiguen la garantía objetiva de la inalterabilidad del equilibrio de las partes en el proceso, y por ende, la eficacia y seriedad de la justicia, su fundamento también radica en la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional. (Djivaris J. , 2013, pág. 66)

En otras palabras, ante la demora del proceso como medio de solución del conflicto, las medidas cautelares aparecen como una medida efectiva a la cual recurre el particular a fin de proteger los derechos e intereses frente al retardo que puede darse en la obtención de la decisión jurisdiccional, asegurándose con ello que prime la tutela judicial efectiva.

Calamandrei con gran acierto al referirse a la tutela cautelar, consideró que:

> La tutela cautelar constituye una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad clasificada. Son un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho. (Como se cita en Djivaris J. , 2013, pág. 67).

En la línea expuesta la justicia federal sentencio que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. (CNACAFed. Sala III. “Compañía TSB SA c/ EN- AFIP- DGI S/ Dirección General Impositiva”. Causa 10280/2020 del 28/10/2020).

Para así decidir, se considero que a partir de la existencia de las medidas cautelares, se trata de evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde.

Así se tiende a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante sus efectos.

Por mi parte entiendo que las medidas cautelares son un instrumento que garantizan al justiciable la tutela judicial efectiva en aquellos casos en que requiere del aparato judicial para poder hacer valer sus derechos que fueron conculcados por el accionar del Estado ya sea nacional o provincial.

En definitiva se puede concluir en consonancia con la mayoría del doctrina que las medidas cautelares aseguran el cumplimiento efectivo de la sentencia, por lo que se relaciona ampliamente con la tutela judicial efectiva.

2. Los caracteres esenciales del acto administrativo y la medida cautelar

La presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria que caracteriza a los actos administrativos muchas veces conlleva a que entren en conflicto, por una parte las facultades que le son reconocidas como propias al Estado para la consecución de sus actos y por otra parte, los derechos de los particulares.

En relación a la presunción de legitimidad del acto administrativo como carácter del mismo, Cassagne (2010) sostuvo que:

> Es una presunción provisional de los actos estatales que supone que el mismo ha sido dictado por un órgano estatal de conformidad al ordenamiento jurídico y en ello se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto. De no existir tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de

> justificar su desobediencia, como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común. (pág. 21)

Dicha presunción tiene un fundamento netamente práctico, en tanto el Estado no podría desarrollar su actividad ejerciendo su potestad si ante la resistencia de los particulares a los actos que este dicte y la impugnación que éstos hicieran a ellos, fuera necesario hacer declarar su validez por la justicia como condición previa para exigir su cumplimiento.

Como consecuencia de lo expuesto, la Administración no debe probar con anticipación que sus actos son legítimos, es decir, que han sido dictados de conformidad con el ordenamiento, es al particular a quien corresponde la carga de probar la eventual invalidez. (Hutchinson, 2010, pág. 115)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se manifestó al respecto sosteniendo que:

> La presunción de legitimidad de los actos administrativos lejos está de ser irrebatible, pero exige una actividad argumentativa que la revierta, no bastando para ello la mera dificultad en la interpretación y dilucidación de la cuestión a decidir y, en caso de duda, el ordenamiento jurídico le ha otorgado preeminencia al acto estatal a través de la presunción referida. (CSJN. Administración General de Puertos SE vs. GCBA s/ proceso de conocimiento, de fecha 22 de octubre de 2020. Fallo: 343:1337).

En lo que refiere al principio de ejecutoriedad, otro de los caracteres esenciales del acto administrativo, se calificó como un privilegio que habilita a los órganos que ejercen la función admministrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial. (Cassagne J. C., 2010, pág. 21)

Así la ejecutividad de la decisión administrativa carácter propio de los actos administrativos como exigencia de la tutela privilegiada de los intereses públicos, puede entrar en colisión con la tutela concreta de derechos o intereses de los administrados

afectados, por medio de una resolución judicial lo que exige una ponderación adecuada de los intereses en juego.

En este punto se considera que cuando en el ordenamiento jurídico se dispone que la adopción de la medida cautelar tiene por fin asegurar el objeto del proceso, se ha optado por una de las tutelas posibles y se ha desechado aquellas que imposibilitan colocar a las partes en igualdad de armas.

Tal afirmación reviste importancia considerando que la LNPA en su artículo 12, otorga efecto ejecutorio al acto administrativo, más allá de la presunción de legitimidad que a partir de la norma se concede, por el solo hecho de dictar un acto administrativo posibilitando su aplicación en forma coactiva, ya sea directa o indirectamente, por lo que el Estado marca una posición de supremacia frente al particular.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en relación al tema, remarcado que los actos gubernamentales gozan de la presunción de validez y no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad de los administrados. (CSJN, 16-06-61, Lipara Napoleón vs. Nación. Fallo 250:36)

Por lo que, ante esta situación en el ámbito de la administración, la tutela cautelar se erige como una herramienta para contrarrestar la potencialidad imperativa de los actos administrativos, pues su objeto se centra en amparar provisoriamente los derechos o intereses particulares afectados con la ejecutividad inmediata del acto administrativo, evitando con ello la producción de daños que pudieran derivarse de la extensión temporal del proceso.

Las medidas cautelares se presentan como un capítulo esencial de la garantía de tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a una administración que puede ejercer por día sus decisiones, aun cuando estuvieren cuestionadas, favoreciéndose el uso del poder público. (García Pulles, 2006, pág. 19)

A través de este remedio procesal específico, se limita o restringe la ejecutoriedad de un acto o decisión administrativa, es decir, se resta eficacia ejecutoria a un acto antes de la eventual sentencia definitiva que declara la ilegalidad del acto, lo que se funda en los probables daños que este podría generar para un particular, a partir de la existencia de ciertos elementos que permiten presumir inicialmente su ilegitimidad.

En este sentido, es obvio que la extensión temporal del proceso administrativo es uno de los problemas que se pretende solucionar a través de la tutela cautelar, la que cualesquiera sean las medidas legislativas dispuestas jamás puede ser eliminada totalmente.

Así, independientemente de cual sea la naturaleza del proceso que pueda ventilarse en un caso concreto, entre la situación de hecho inicial de un juicio y el término del mismo, media necesariamente un período de tiempo durante el cual se prolonga el litigio, con todos los daños que del proceso se puedan derivar para los derechos e intereses de los particulares.

La tutela cautelar, en el contexto antes referenciado, se configura como un límite a la eficacia inmediata del acto administrativo, ya que tendrá la virtualidad de suspender la aplicación de éste, mientras no se resuelva la controversia planteada acerca de su legalidad.

El derecho del particular a solicitar una medida cautelar respecto de cualquier interés afectado por el obrar estatal deriva directamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y por su parte integra el contenido esencial del derecho de defensa en juicio- impuesto como garantía fundamental de nuestro sistema por el art. 18 CN- a la par que el mantenimiento de la legalidad jurídica objetiva y de la seriedad de la actividad judicial, aquella tiende en mayor medida a satisfacer el derecho sustantivo a una protección judicial completa y efectiva. (Simón Padrós R. , 2015, pág. 65)

En esta inteligencia, lo expuesto es razonable desde las perspectivas del Estado de derecho, ya que el principio de la ejecutividad de la decisión administrativa no puede operar

prescindiendo o al margen de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, la que actúa precisamente como un límite al mencionado principio de la ejecutividad administrativa.

Por tanto la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, caracteres esenciales de los actos administrativos, solo se justifican para la satisfacción del interés público lo que supone el respeto por los derechos humanos, en el estricto marco del insoslayable principio de juricidad y sometidos a control judicial. (Comadira J. , 2021)

3.-Las medidas cautelares. Concepto. Naturaleza jurídica. Caracteres.

3.1.- Concepto. Luego de la introducción sobre la importancia de las medidas cautelares a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, corresponde en este punto esbozar algunas de las definiciones con la cual la doctrina ha conceptualizado a las medidas cautelares.

Diez al momento de definirlas consideró que:

> Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 de la Constitución Nacional) y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales. (1996, pág. 71)

En el pensamiento de García Pulles (1995), expone que la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, en la que se valoran circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado. Se solicita de manera inmediata y provisional, abarcando desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva, en tanto tienen por objeto superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquellas. (pág. 14)

Por su parte Gallegos Fedrini (2002), las definió como aquellas "de carácter precautorio destinadas a 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". (pág. 27)

3.2.- Naturaleza jurídica

En lo que refiere a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares tanto la doctrina como la jurisprudencia han utilizado distintas formas para hacer referencia a las mismas, como proceso cautelar, medida cautelar, providencia cautelar, entre otras por lo cual queda en evidencia que no existe un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica.

Al respecto se ha expuesto que a fin de determinar la naturaleza cautelar de las mismas, es necesario precisar el efecto si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo. (Cassagne E. , pág. 2)

Cassagne, hace mención de que la polémica en nuestro país se centra en dos posturas las primera afirmada por Di Iorio (1978), quien sostiene que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal principal, y una segunda postura sostenida por Reimundín, que postula la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso.

Expone así mismo una postura intermedia, propuesta por Palacio, en tanto entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, dado que, aún desde la óptica formal que hace hincapié Calamandrei, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue, de otros procesos, por otra parte sostiene que desde un punto de vista teórico práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares

no resulta en modo desdeñable, aunque señala que este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien este carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal. (Cassagne E. , pág. 4)

Por su parte se ha postulado que su fin inmediato es prevenir el impacto del tiempo en el proceso, sea conservando la cosa objeto del conflicto, o resguardando el interés legítimo de las partes para que la sentencia no se torne ilusoria y pueda ser cumplida.

En mi opinión resulta más apropiado hablar de medidas cautelares, en tanto las mismas no gozan de autonomía propia por cuanto deben su existencia a otro proceso por el que responde y se inserta allí apenas cumplidos los trámites formales de la admisión, procedencia y ejecución de las medidas dispuestas, garantizándose con ello el cumplimiento de la tutela judicial efectiva.

3.3.- Caracteres de las medidas cautelares

3.3. 1 Provisoriedad

Las medidas cautelares son provisorias lo que implica el carácter no definitivo de las mismas, debido a que desparecen cuando faltan presupuestos que originaron su adopción o cuando concluye el proceso principal.

Las medidas cautelares se caracterizan por su provisionalidad en tanto ellas subsistirán hasta el momento en que la sentencia este firme o mientras duren las circunstancias fácticas que la determinaron, pudiendo solicitar su levantamiento cuando dichos presupuestos sufriesen alguna alteración. (Kielmanovich, 2002, pág. 309)

La provisionalidad se conecta con la finalidad de las medidas cautelares, en tanto que si lo que se trata de proteger es la efectividad de la ulterior decisión judicial, estas tendrán una

vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquel tiempo en que la decisión judicial sea tomada.

En esta misma línea un prestigioso constitucionalista, señaló que:

> La esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo a la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. (Gozaini O. A., 2013, pág. 68)

Es de destacar en esta instancia que la característica provisoria de las medidas cautelares tiene una amplia relación con la subsistencia de las causas o circunstancias que fundamentaron su otorgamiento, por lo que si estás cesan, la parte afectada por la misma podrá solicitar su levantamiento.

Asimismo, el carácter provisional de la medida cautelar implica que los efectos de la resolución que se dicte repercutirá indefectiblemente sobre el dictado de la medida, la cual se extinguirá en el momento en que adquiera carácter firme la sentencia dictada en el proceso principal.

Por lo que, “cuando alcanza autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue, ipso iure, la eficacia de la resolución cautelar porque a partir de ese instante pierde su razón de ser, concluyendo su ciclo vital”. (Torres Traba, 2019, pág. 312)

Como puede apreciarse, existe una directa correlación con la variación de las circunstancias sobre cuya base se adoptaron, pues no producen cosa juzgada formal o material. Las medidas cautelares en esencia constituyen una protección temporal, las mismas pueden ser objeto de revisión y modificación en cualquier etapa del proceso.

La CSJN se ha pronunciado en relación con la provisoriedad de las medidas cautelares en tanto afirmó que la legislación procesal permite dejarlas sin efecto en cualquier momento, o incluso sustituirlas, a pedido de la parte afectada, por otra que resulte menos perjudicial. (CSJN. Radio Productora 2000 S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación.- R. 1495. XXXVIII- Fallos: 327:5068)

En igual sentido la Cámara sentenció que las medidas cautelares tienen carácter provisional, no causan estado y subsisten mientras duren las circunstancias que motivaron su dictado. (CAFed. De Ctes. Inc. de Apelación en autos Leiva, Fernando Javier c/ Ejército Argentino y otro s/ Daños y Perjuicios". Expte N° 31010872/2007/3/CA1, de fecha 04/02/2020).

Desde tal perspectiva, las medidas cautelares se caracterizan por ser provisorias en tanto su subsistencia se dará hasta el dictado de la sentencia definitiva o mientras continúen las circunstancias que motivaron su dictado, pudiendo solicitarse su levantamiento por el afectado en tanto esos presupuestos sufriesen alteración.

3.3.2 Accesoriedad

Las medidas cautelares son accesorias de un proceso principal, del cual dependen y a la vez aseguran que la sentencia a dictarse pueda efectivizarse.

Se busca a través de su dictado evitar, que la decisión que se dicte en la cuestión de fondo sea de imposible cumplimiento ulterior o sea muy difícil su reparación.

La doctrina al referirse al tema ha enfatizado que:

> Las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y asimismo se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva,

teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. (Rodriguez Arana Muñoz, 2021)

Las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, por lo que será competente el mismo órgano que conozca en el, dándose identidad de las partes con el proceso principal.

La CSJN ha sostenido que "las medidas cautelares son instrumentales y accesorias pues su finalidad es asegurar la eficacia de la sentencia definitiva en el juicio principal iniciado, mas no convertirse en tal". (CSJN. Organismo municipal de información y defensa del consumidor y usuario del partido de Gral. Viamonte c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/amparo ley 16.986. Fallos: 345:13)

En esta línea jurisprudencial, se ha dicho que las medidas cautelares son de naturaleza asegurativa y tienen carácter instrumental y accesorio, pues no constituyen un fin en sí misma, sino que tienden a posibilitar el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva estimatoria; de modo que quien la plantea debe demostrar los motivos por lo que la denegatoria de la tutela le impedirían obtener un pronunciamiento de fondo útil. (CNACAF-Sala IV- "Martínez Pozzi, Melisa Esther c/ En AFIP s/ proceso de conocimiento". Causa N° 41074/2017/1/CA1 de fecha 13/03/2018).

Es así que el dictado de la medida cautelar por ser de carácter instrumental y accesoria "no implica que el juez se encuentre anticipando el dictado de la decisión de fondo sino que, liminarmente y con los elementos aportados hasta ese momento, puede llegar a una decisión que no es anticipatoria de la decisión final" (Aberastury, 2020, pág. 121).

3. 3.3.- Mutabilidad

Las resoluciones que hacen lugar o deniegan una medida cautelar no causan estado, por lo que la permanencia o modificación de la misma estará condicionada a que se mantengan los presupuestos que sirvieron de fundamentación para su otorgamiento.

La resolución por la cual se dispone las medidas cautelares son provisorias, por la que la misma se podrá modificar o suprimir atendiendo a la variación de las circunstancias sobre cuya base se decretaron. (Kielmanovich, 2002, pág. 311)

Al respectó la doctrina postuló que:

> La medida cautelar podrá ser reformada si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada y, en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores. (Rodriguez Arana Muñoz, 2021, pág. 10)

La posibilidad de que las medidas cautelares sean mutables se debe a que las mismas no hacen cosa juzgada, por tanto, son susceptibles de ser modificadas siempre que con posterioridad a su otorgamiento se demuestre que han variado las circunstancias de hecho o de derecho tenidas en cuenta para su otorgamiento o rechazo.

3.3.4 Prejuzgamiento

Las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de aquella; lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquella frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho.

Rodríguez Arana Muñoz (2021), planteó un punto muy interesante en relación al tema cuando expuso con suma claridad que:

> Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un test previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que debe rechazarse por ser contraria dicha posibilidad a la naturaleza jurídica de la medida cautelar (…) si la medida cautelar anticipa el fallo sobre el fondo, se desnaturaliza su función propia, suponiendo una extralimitación del contenido propio de la medida cautelar. (pág. 10)

Cuando el juez otorga una medida cautelar, no se puede anticipar a la solución del fondo de la cuestión, en tanto, como ya se señaló, las mismas son provisorias sin adelantar la solución definitiva.

Si ello ocurriera el juez podrá ser recusado con causa por haber emitido opinión sobre el fondo de la cuestión con antelación.

Existe una delgada línea divisoria entre el reconocimiento del derecho invocado como verosímil y la decisión sobre el reconocimiento del derecho. (Aberastury, 2020, pág. 52)

Perrino (2016) se manifiesta en esta línea argumentativa afirmando que si bien el tema es complejo, no se está prejuzgando cuando el juez resuelve el otorgamiento de una cautelar, en tanto de hacerlo se traduciría en una lesión al principio de imparcialidad. Por lo que solo constituye una "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma". (pág. 27)

La medida cautelar al ser de carácter instrumental y accesoria, al momento de resolver el juez no se encuentra anticipando el dictado de la decisión de fondo, sino que a partir de los elementos aportados hasta ese momento, puede llegar a una decisión que no es anticipatoria de la decisión final.

En lo que refiere al tema la justicia federal se ha expresado diciendo que las medidas cautelares no tienen por fin hacer justicia, sino que están destindas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra y para hacer eficaces las sentencias de los jueces, así que "para decretarlas no se exige una prueba acabada de la procedencia del derecho invocado, ni el examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, sino un análisis prudente por medio del cual sea dado percibir un fumus bonis iuris".(CNACA Fed. Sala III. Incidente de Medida Cautelar en autos: La nueva METROPOL SA c/ en- m Transporte de la Nación y otro s/proceso de conocimiento. Causa 27508/2019/1 del 30/12/2020)

En otra causa se ha afirmado que, cuando se trata de conceder o denegar medidas precautorias, a los jueces les está vedado adentrarse en la solución del fondo del asunto, por lo que en las mismas no se considera que exista un prejuzgamiento. (CNACAFed. Sala V. Incidente N° 2. Actor: Federal Express Corporation Demandado En- AFIP- DGA S/ INC. Apelación. Causa 33921/2019 de fecha 07/10/2020)

3. 3. 5.- Superposición con el objeto

La medida cautelar no puede tener por objeto el mismo que se articulará en la pretensión principal, lo que conlleva en la práctica un sinfín de dificultades.

En función de ello, la doctrina expresó que el objeto de la medida cautelar no puede superponerse con el objeto que se pretende lograr en la sentencia, por lo que no procederá cuando conforme a la manera en que se propuso, tienda a agotarse en sí misma, sin quedar supeditada la decisión de la cuestión de fondo a un proceso ulterior, en la medida que esto último signifique el cumplimiento pleno del objeto del juicio. (Aberastury, 2020, pág. 51)

En igual sentido, Gordillo (2009) considero que si la distinción entre el objeto principal del proceso y el objeto de la medida cautelar no es satisfecho, es muy probable que la cautelar no sea concedida, incluso aun cuando se den los presupuestos de la verosimilitud

del derecho y la gravedad o irreparabilidad del daño. Se torna entonces necesario concebir una demanda en la cual el objeto sea más amplio que el objeto que se pretende en la cautelar. (pág. 36)

La CSJN se ha manifestado al respecto considerando su improcedencia cuando:

> En razón de la coincidencia sustancial del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva, corresponde concluir en su improcedencia, dado que su admisión excedería ciertamente el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad. El deslinde entre tales perspectivas de estudio debe ser celosamente guardado pues de él depende la supervivencia misma de las vías de cautela. Ello por su lado requiere de los jueces un ejercicio puntual de la virtud de la prudencia, a efectos de evitar la fractura de los límites que separan una investigación de otra. (CSJN. Estado Nacional c/Río Negro , Provincia de y otra s/ acción declarativa de insconstitucionalidad. CSJ 2065/2017 del 16/04/2019. Fallos: 325:388)

3.3. 6 Jurisdiccionales

Las medidas cautelares en lo que refiere a su dictado, corresponde al órgano jurisdiccional.

Como bien lo afirma Rodríguez Arana (2021), la jurisdiccionalidad, puede señalarse que esta ínsita en las notas anteriores, puesto que la adopción compete al órgano judicial que está conociendo en el proceso principal. (pág. 11)

Por tanto, las medidas cautelares son actos procesales de órgano judicial que se adoptan en el curso de un proceso o antes de su inicio como las anticipatorias, a solicitud del particular con el fin de asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Independientemente de la finalidad que tienen las medidas cautelares, la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional con sus características correspondiente a las que nos hemos referido en los puntos precedente.

4.- Presupuestos para su procedencia

4.1 Verosimilitud del Derecho

La verosimilitud del derecho constituye un presupuesto que se requiere para la concesión de la medida cautelar, también denominado fumus boni iuris.

La apariencia del buen derecho exige inequívocamente la descripción de los derechos que se encuentran conculcados, los que requieren ser tutelados a través del dictado de una medida cautelar.

Se vincula en ocasiones a la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o de una violación legal patente, aunque existen también, no pocos pronunciamientos en los que, simplemente se alude a la impugnación sobre, prima facie, verosímiles, o la ilegalidad o arbitrariedad. (Maques Battaglia & Sac, 2012, pág. 47)

Todo particular que pretenda el dictado de una medida cautelar, debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen el dictado de una resolución que haga lugar a una medida cautelar.

El humo del buen derecho al que se refiere la doctrina es un presupuesto ineludible de las medidas cautelares, en tanto quien peticiona esta figura procesal deberá comprobar sumariamente que prima facie le asiste razón, por lo que se requiere de una apariencia fundada de actuar conforme a la ley, esto es, lograr que el magistrado tenga la presunción de que la demanda se ajusta a derecho, finalidad que se alcanza con la invocación de una prerrogativa justificada. (Amaya, 2019, pág. 142)

El análisis que realiza el magistrado de las medidas cautelares no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

La CSJN en reiterados pronunciamientos ha expuesto que para el dictado de medidas cautelares no se exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud, en tanto el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. (CSJN. Castelli Germán Andres c/ Estado Nacional – Consejo de la Magistratura de la Nación s/ amparo Ley 16.986. de fecha 5 de noviembre de 2020. Fallo 343:1624)

También ha postulado que como principio las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos en atención a la presunción de la validez de éstos, salvo precisamente, cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles. (CSJN. Yacimientos Mineros de Agua de Dionsio C/ Catamarca Provincia de y otros s/ accion declarativa de certeza, de fecha 03 de mayo de 2018. Fallo 341:480)

En igual sentido la Cámara Federal de Corrientes, decidió conceder una medida cautelar (denegada en primera instancia) al considerar que se encuentra fundada en la posible existencia del derecho vulnerado, en grado de probabilidad – no de certeza-, con el fin de asegurar el cumplimiento o la protección del bien jurídico que se dice perjudicado, ante la posibilidad de obtener una sentencia favorable. (CACAyE Corrientes. Quintana Luz María c/ Estado de la Provincia de Corrientes- Ministerio de Salud Pública-S/ Medida Cautelar Previa (Contencioso). Expediente N° 163800/18. Resolución N° 62/2018 de fecha 31/05/2018.)

Argumentó la citada Cámara que al momento de fundar la resolución de la pretensión cautelar no se puede realizar un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia

controvertida en el principal, en tanto solo es exigible un conocimiento periférico en el marco de las probabilidades acerca de la existencia del derecho invocado por la actora, por lo que solo debe primar un razonable cálculo de probabilidades sobre la certeza del derecho que se pretende asegurar.

De ello resulta suficiente, que la verosimilitud del derecho invocado por el particular resulte con cierto grado de probabilidad en forma tal que, la cuestión de fondo sea resuelta en el proceso principal, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado.

4.2 Peligro en la demora

Otro de los presupuestos que se exigen al momento de dictar una medida cautelar es el peligro en la demora o también denominado periculum in mora.

Como principio, las manifestaciones de la parte que alude al peligro en la demora no se pueden centrar en situaciones hipotéticas o simples conjeturas, sino que se debe presentar la afectación de un interés concreto susceptible de ser tutelado por la justicia.

El peligro en la demora se debe demostrar de manera cierta y concreta, en tanto surja que de no resolverse a favor la medida cautelar, sobrevenga un daño de tal importancia que despoje a la sentencia de su efecto útil.

Dicho peligro no se configura por el retraso que se pueda producir en el proceso judicial, circunstancia que en modo alguno puede ser un justificativo para decretar una medida cautelar en cualquier litigio, en sentido contrario lo que se reclama es que durante la demora se pueda dar hechos que hagan perder a la sentencia los efectos buscados, por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional. (Aberastury, 2020, pág. 143)

> Se ha caracterizado al peligro en la demora como el interés jurídico que la justifica, pues se trata de disipar un temor de daño inminente y esta justificación está dada porque la sentencia de fondo a dictarse no evitará el daño que ya se produjo o el desconocimiento del derecho, situación que debe ser analizada por el juez en base a las pruebas que hayan aportado las partes. (Aberastury, 2020, pág. 56)

A partir de lo enunciado se señala que lo que se pretende evitar a través del dictado de la medida cautelar, es que el daño sea irreparable o de una entidad tal que influya en la sentencia o haga que su ejecución se torne ineficaz.

A los fines de que una medida cautelar pueda obtenerse debe acreditarse el peligro en la demora, el cual debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que se pueden provocar en caso de ser aplicaciones las disposiciones impugnadas.

La Corte ha considerado que en el examen de la concurrencia del peligro en la demora se exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de evaluar si las secuelas que han de producir los hechos que se pretenden evitar puedan restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, operado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso. (CSJN. Entre Ríos Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad- incidente de medida cautelar. CSJ 1829/2019/1 de fecha 01/10/2019. Fallo 342:1591).

Por su parte es de destacar que no se considera suficientemente acreditado el peligro en la demora en aquellas situaciones en la que solo se alega un perjuicio económico, en tanto en dichas situaciones se puede compensar con una adecuada indemnización por parte del Estado, por tanto el mismo se considera solvente.

Así se resolvió expresando que cuando el Estado Provincial es el demandado, su capacidad económica de respuesta se presume, no pudiendo preverse una frustración al cumplimiento de la eventual sentencia favorable por eventual solvencia del mismo.

(CACAyE- Ctes. Incidente de Suspensión de Decisión Administrativa; Romero Feris María Florencia c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa, Expediente N° IA 2 186305/1. Resolución N° 158 de fecha 17/12/2020).

Sin perjuicio de lo expuesto, la Cámara Federal tiene dicho en una causa que en relación con el recaudo vinculado con el peligro en la demora:

> Es necesario mensurarse que la paralización de la importación- a resultas de la falta del estado de "salida" de las declaraciones presentadas en el SIMI- podría acarrear una pérdida de muy dificultosa reparación para la actora en tanto la conducta del demandado impide la comercialización y el recupero de flujo de negocios. Tal circunstancia aparece, como suficiente a los fines de tener por configurado el requisito enunciado de peligro en la demora grave de imposible reparación ulterior. (CNACAFed. Sala III- "Mazel Toys SA c/ en-M Desarrollo Productivo- Secretaria Industria Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa y otro s/ medida cautelar (autónoma). Causa 11897/20 del 30/12/2020)
>
> De los presupuestos señalados hasta aquí, no se puede dejar de exponer que:
>
> La relación inescindible que existe entre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable, de manera tal que a mayor verosimilitud del derecho, corresponde menor rigurosidad en la valoración del peligro del perjuicio. Y a la inversa, cuando se comprueba el riesgo de un perjuicio irreparable, se atenúa la exigencia de verosimilitud del derecho. (Amaya, 2019, pág. 143)

Esta afirmación realizada por Amaya, ha sido contemplada por la jurisprudencia que ha expuesto en reiterados pronunciamientos que:

> Si bien el "periculum in mora" no surge suficiente acreditado, teniendo en cuenta que el objeto de la tutela es asegurar la eficacia práctica de la sentencia y no se han invocado extremos que permitan inferir un peligro actual de que la sentencia

eventualmente favorable a su reclamo no pueda ser cumplida, sino tan solo las consecuencias derivadas del despido y la consiguiente pérdida del derecho a recibir una remuneración, entre otras, la valoración del presente recaudo debe ceder ante el grado de "fomus bonis iuris" configurado en la especie.

En tal sentido, es sólida la interpretación jurisprudencial que declara que los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares se hallan relacionadas entre sí, de tal modo que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riego de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del "fumus bonis iuris" puede atenuarse. (CAFed. de Corrientes. Inc. de apelación en autos: Erro, Martín Sebastián c/ Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) s/ Despido. Expte. N° 2322/2017/1/CA1 del 16/08/2018).

4.3.- Contracautela

Las medidas cautelares se decretan por el órgano judicial bajo la responsabilidad de quien la solicite a fin de responder por los daños y perjuicios que con la medida se pueda provocar de haber sido solicitada sin derechos.

En tanto que el proveimiento de las medidas cautelares se realiza, en líneas generales sin previa audiencia de la parte afectada, además de los presupuestos de admisibilidad antes apuntados se prevé uno de ejecutabilidad a través del otorgamiento de una adecuada contracautela real, personal, o juratoria por parte de su solicitante. (Kielmanovich, 2002, pág. 321)

En los casos de cauciones juratorias se procede a prestar juramento en el mismo expediente judicial, de manera que quien solicito la cautelar se responsabiliza de los

eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar de las medidas. Es una manifestación formal de quien obtiene la medida cautelar de que se hará cargo de los eventuales perjuicios.

En lo que refiere a las cauciones personales, se da cuando un tercero que es ajeno a quien solicito la cautelar, se obliga por los presuntos daños que pudiera provocar una medida cautelar que fuera indebidamente solicitada con su patrimonio, asumiendo la responsabilidad consecuente.

La fianza personal consiste en la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica e incluso se puede admitir por parte del juez la garantía del abogado patrocinante o apoderado de la parte, aun cuando no acredite un gran patrimonio. (Arazi, 1997, pág. 12)

Por su parte, cuando se habla de una caución real se está ante la afectación de un bien o bienes determinados a los resultados de esa responsabilidad.

Cuando se trata de bienes muebles deben dejarse en caución y los inmuebles deben embargarse, en el caso de tratarse de dinero se depositará en el banco respectivo a la orden del juez de la causa y como perteneciente a los autos donde se ordenó. (Arazi, 1997, pág. 13)

El establecimiento de una caución se da del prudente arbitrio judicial a través del cual se determina el monto y la calidad, cuyo fin ha de tener en cuenta la menor o mayor verosimilitud del derecho y las demás circunstancias del caso que permitan al juez exigir un tipo de caución de las que resultan procedentes.

Es así que el momento en que se determina la contracautela, no puede extremarse el rigor a tal punto que se torne imposible el otorgamiento de la medida cautelar.

Por lo tanto, debe mediar cierta correspondencia entre la contracautela y la eventual responsabilidad del solicitante, por lo que dicha relación se debe evaluar atendiendo a la verosimilitud del derecho que se invoca y a las circunstancias particulares del caso.

De esta forma, a mayor grado de verosimilitud del derecho corresponderá menor exigencia de contracautela, y a la inversa, esta última se deberá elevar cuando aquel extremo se muestre como menos notorio.

La doctrina ha entendido que la falta de contracautela con anterioridad al cumplimiento de la medida no afecta la validez de la misma, por lo que corresponde se emplace a quien la obtuvo para que la otorgue en el plazo fijado por el juez, bajo apercibimiento de procederse a su levantamiento. (Comadira J. , 2021, pág. 186)

De lo hasta aquí expuesto, se evidencia que la contracautela constituye un presupuesto de procedencia más de las medidas cautelares, una vez que la misma se efectiviza recién con la traba de la medida.

Al respecto la justicia provincial expuso que corresponde decretar la suspensión de la ejecutoriedad de las ordenanzas municipales en tanto se consideró que se encontraban en juego los derechos de igualdad y propiedad garantizados por la CN. La misma fue solicitada con carácter cautelar, por lo que fue concedida previa caución juratoria que se debía prestar por los actores en la instancia de origen para responder por los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar de haberse solicitado sin derecho. (CACAy E- Ctes, Incidente de Suspensión de Decisión Administrativa en autos: Escobar María de las Nieves, Escobar Susan Margarita y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Expte. N° 174493/1. Resolución N° 109 de fecha 17/12/2019)

4.4.-No afectación del interés público

El interés público al que se hace referencia no es el interés propio de la Administración Pública, sino que se refiere a los intereses de la comunidad en general.

Coviello (2015) al referirse al interés público sostuvo que constituye la suma de intereses individuales coincidentes y por tanto la contraposición entre interés público y el

derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. (pág. 312)

A su vez, otros autores postularon que el interés público se considera no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y fácil de su propia perfección. (Comadira, Escola, & Comadira, 2013, pág. 405)

Por su parte Cassagne (2013) considero que el interés público se debía analizar al momento de resolverse el dictado de una medida cautelar, considerando que lo que debe ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento o se mantenga o altere en forma provisoria una situación mientras dure el proceso judicial. Es así que lo que se pondera es si con el dictado de una medida cautelar se provoca un perjuicio al interés general, mayor o menor al derivado de no dictarla. (pág. 56)

El mayor problema que plantea el concepto de interés público al ser tan impreciso, es que da lugar a que en muchas situaciones se invoque para restringir la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, motivo por el cual es de gran importancia identificar cual es el interés público que está en juego para evitar que este término sea empleado para eludir el control judicial.

La doctrina ha entendido que el magistrado al momento de decidir sobre la concesión de una medida cautelar debe evaluar no el interés público del acto, sino lo que sucede ante el supuesto que se suspenda el acto estatal.

Por lo que se debe llevar a cabo una operación de confronte que permita ponderar cuáles serán los perjuicios ocasionados en caso de dictarse la tutela cautelar y si resultan mayores o menores a los que se producirán si no se ordena. (Basterra, 2013, pág. 551)

Por tanto y a esa imprecisión que venimos manifestando, una interpretación muy amplia podría llevar al juzgador a negar el dictado de una medida cautelar, por lo que es de suma importancia como bien lo afirmo Perrino (2016) tener en cuenta estos parámetros que se enuncian a continuación:

> a) no cualquier afectación del interés público puede obstaculizar el dictado de un despacho cautelar, sino sólo aquél que sea grave. Debe configurarse una afectación cualificada, intensa; b) debe tratarse de un interés público específico y concreto, por lo que no puede admitirse una invocación genérica y concreto, por lo que no puede admitirse una invocación genérica y difusa; c) el interés público no es siempre el interés que persigue el Estado, sino el que representa el interés de la comunidad y d) frente a una ilegitimidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria. (pág. 25)

En relación con este punto la justicia en distintos pronunciamientos remarco que no debe afectarse el interés público, afirmando que en los litigios contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos propios de las medidas se debe considerar asimismo que no se afecte un interés público al que deba darse prevalencia. (CNACAFed. Sala V. Incidente N° 2 – Actor Federal Express Corporation Demandado- En AFIP- DGA s/ Inc. de apelación. Causa N° 33.921/2019 del 07/10/2020).

En el mismo sentido se ha expresado que el interés público que se halla en juego en el proceso no es el de la Administración Pública, sino que se vincula con los fines del bien común de la sociedad en su conjunto por lo que al disponerse una medida cautelar por el juez contra la Administración Pública, la administración debe actuar con mucha prudencia evitando con ello que se vulnere gravemente el interés público. (CACAy E- Ctes. Incidente de suspensión de decisión administrativa en autos Romero Feris María Florencia c/ Estado de

la Provincia de Corrientes. s/ Acción Contenciosa Administrativa. Expte N° IA 2 186305/1 Resolución N° 158 de fecha 17/12/2020).

Capítulo III

Las medidas cautelares contra el Estado Nacional

1.- Fundamentos del dictado de la ley.

En lo que refiere a las medidas cautelares a nivel nacional rige la Ley N° 26.854 publicada en el Boletín Oficial el 30 de abril de 2013, a través de la cual se establece una serie de pautas y requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares por parte de los jueces cuando la parte demandada es el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

El dictado de la ley citada se dio en tanto en el orden nacional no existe un régimen que rija el proceso judicial frente a las autoridades, sólo en el Título IV de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, se prevé normas reguladoras generales de la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa.

La ausencia de una ley reguladora del trámite de los juicios contra el Estado, dio lugar a la aplicación analógica de un cuerpo legal destinado a regular las relaciones procesales entre particulares como lo es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el ámbito federal en tanto, no existía una regulación específica y orgánica de los dispositivos de tutela cautelar en los juicios frente a las autoridades públicas, como si existen en los ordenamientos provinciales, por lo que a fin de lograr un equilibrio entre las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares, conforme a los principios y valores de un Estado constitucional llevó al dictado de la ley de medidas precautorias contra el Estado, con el fin de asegurar previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo.

Se puede afirmar que a través del dictado de la ley de medidas cautelares se recogió las construcciones que se vinieron dando en la doctrina y en la jurisprudencia ante el vació normativo en el orden federal.

Es así que la ley nacional bajo análisis se presenta como un esquema normativo de orden procesal a través de la cual se regula, la protección inmediata, instrumental y provisional de garantías y también de potestades, según el equilibrio que programan los valores y principios del Estado constitucional social de derecho. (Sanmartino P. M., 2016, pág. 303)

2.- Análisis de los puntos controvertidos de la ley nacional de medidas cautelares

La Ley ha presentado desde su dictado distintos puntos que son controvertidos en tanto se considera que la misma efectúa una redacción sumamente reglamentarista que conspira con la flexibilidad que exigen instrumentos de protección de derechos como son las medidas cautelares (Perrino, 2016), por lo que corresponde en esta instancia realizar un análisis de dichos puntos a fin de delinear las distintas posturas de la doctrina y si su redacción tal cual hoy se la imprime ha impedido a la justicia federal poder hacer efectiva la tutela judicial efectiva.

2.1.- Ámbito de aplicación de la ley

La ley prevé en su artículo 1° que se rige por la misma, las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional y sus entes descentralizados, o solicitadas por estos.

Asimismo se prevé la posibilidad de que sea tanto el Estado Nacional como sus entes descentralizados quienes puedan presentarse y solicitar una medida cautelar.

En su redacción se expone de manera clara y precisa que las medidas cautelares solicitadas por los particulares, quedando delimitado como sujetos contra los cuales se puede peticionar, el Estado Nacional y a sus entes descentralizados.

Por tanto y de la lectura de la ley se extrae que quedan excluidos de su ámbito de aplicación las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

En este sentido, la jurisprudencia sostuvo en reiteradas oportunidades que la LMC no es aplicable en aquellos casos que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o un municipio son demandados.

En el caso de CABA se ha manifestado que no correspondía admitir los agravios vinculados con la infracción a los recaudos exigidos por la Ley N° 26.854, entre los que cabe incluir el plazo de vigencia de la medida precautoria (art. 10), ya que el ámbito de aplicación de sus disposiciones se limita a las medidas cautelares postuladas contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados (art. 1), carácter que no revestía la demandada. (CNACAFed, Sala IV. Inc. de medida cautelar en autos "Rheen SA c CGBA- AGIP- DGR s/ proceso de conocimiento", causa CAF 066303/2017/1/CA001 del 19/04/2018).

Por su parte, cuando la parte demandada es un Municipio se ha postulado que en tanto que la medida cautelar solicitada en la demanda está dirigida única y exclusivamente contra el estado municipal y siendo que por el art. 1 de la Ley N° 26.854 se establece que las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, se rigen por las disposiciones de la ley quedando excluidos los municipios, se puede válidamente afirmar que no corresponde requerir el informe previsto en el art. 4 de dicha norma, en tanto el ámbito de aplicación de la Ley N° 26.854 no comprende, ni alcanza, a las medidas cautelares solicitadas contra los estados municipales. (CNACAFed, Sala III. Directv Argentina SA c. EN-Enacom y otro s/ proceso de conocimiento, causa CAF 078935/2017/CA001 del 27/04/18).

Otro punto que marca controversia es contra que poderes procede, por lo que la doctrina sostuvo que el ámbito de aplicación de la LMC – Estado Nacional y entes descentralizados-, tiene por principio general que la misma se aplica en la medida que el acto, hecho por acción y omisión o actividad emanada de la autoridad pública provenga de

cualquier Poder del Estado si, materialmente se está ante el ejercicio de la función administrativa. (Aberastury, 2020, pág. 71)

Sin embargo, con relación a lo que se ha afirmado corresponde aclarar que en tanto si bien se podrá aplicar la LMC a cualquier poder del Estado cuando estos desarrollen una función administrativa, en lo que respecta al Poder Legislativo también podrá ser aplicada en supuestos que se vinculen con la función propia legislativa, en tanto en el art. 13 inciso 1 de la LMC se hace referencia a la suspensión de los efectos de un acto estatal, incluyendo "La suspensión de los efectos de una ley", supeditando la misma al cumplimiento de ciertos requisitos que se debe cumplir previamente.

En relación a este punto la jurisprudencia sostuvo en reiteradas ocasiones que si bien, por vía de principio las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (CSJN. Entre Ríos Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad- Incidente de medida cautelar. del 01/10/2019. Fallo: 342:1591).

Es así que toda actuación y omisión contenida en el artículo bajo análisis, se refiere a la conducta estatal desplegada que puede ser objeto de medidas cautelares, en tanto no solo se encuentran alcanzados los actos administrativos dictados conforme al ordenamiento jurídico vigente sino también aquellas situaciones en que se omite el dictado de este.

Cuando menciona conductas omisivas, se refiere a situaciones en las que se requiere al Estado el cumplimiento de obligaciones que este omite dictarlas y al ser peticionadas ante la justicia, esta última puede exigir al Estado el cumplimiento de la acción antes omitida.

Por último, corresponde se analice una cuestión muy particular que se plantea cuando la CSJN tramita procesos en instancia originaria, en tanto ha sostenido en reiterados pronunciamientos que la jurisdicción originaria de la misma prevista en la Constitución

Nacional se halla fuera del alcance de las previsiones contenidas en la Ley N° 26.854, en razón que de ella no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna. (CSJN. Comunidad Indígena Toba La Primavera- Navogon y otro c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar. Causa 528/2011 (47-C) /CS2 del 17 de octubre de 2019).

Dicha postura expuesta por la CSJN, tiene como fundamento el artículo 117 de la CN a partir del cual se ha encomendado los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como interprete final de aquella guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno. Es así que las razones institucionales que determinaron su consagración constitucional, impiden someterla al cumplimiento de requisitos previos tales como el previsto en el artículo 4 de la Ley N° 26.854. Se sostiene que se trata de la supremacía de la Constitución consagrada en el art. 31, cuya consecuencia inmediata determina, que la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no se encuentra sujeta a las excepciones que se pueda establecer por el Congreso. (CSJN. Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro, s/ medida cautelar. Causa 786/2013 (49-C) /CS1 del 24 de noviembre de 2015).

Como se puede observar, el hecho que en la ley se haya fijado el ámbito de actuación, no se considera que exista un límite a la tutela judicial efectiva de los particulares que recurren a la justicia federal.

Por su parte en aquellos casos en que se recurre a la CSJN cuando esta actúa en el orden de su competencia originaria, la ley en análisis no ha sido un obstáculo como ha quedado demostrado que la CSJN pueda expedirse en tanto su mayor fundamento lo contiene el art. 117 de la CN por lo que la tutela judicial efectiva ha sido resguardada.

2.2.- Medidas cautelares dictada por juez incompetente

El artículo 2 de la ley se refiere a la competencia que deben tener los jueces al momento de resolver un pedido de medida cautelar. Así también, enumera las excepciones en que las medidas cautelares dictadas por un juez incompetente, se considera eficaces.

En su inciso 1° se establece que el juez debe en primer término expedirse sobre su competencia sino lo hubiese hecho antes, para poder resolver la medida cautelar que se le ha solicitado.

Aquí cabe recordar el carácter instrumental que revisten las medidas cautelares, en tanto se encuentran destinadas a servir de garantía a la efectividad de la tutela judicial efectiva de los derechos a fin de que la sentencia pueda ser cumplida, por lo que es razonable que sea el órgano judicial el que ha de entender en la causa o pleito principal que resuelva sobre la procedencia de las medidas precautorias (Simón Padrós, 2016, pág. 171)

Por su parte, se establece que los jueces deben abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, en tanto que las mismas carecerán de eficacia.

Este es un punto muy controvertido, en tanto se aparta de lo establecido en el art. 196 del CPCCN en el cual se prevé que si bien los jueces deben abstenerse de dictar una medida cautelar cuando fueren incompetentes, no le resta eficacia a las mismas en los casos que sean dictada conforme a la normativa que rige la materia, aunque su competencia no será prorrogada.

Para poder determinar cuándo un juez es competente, corresponde en primera instancia definir qué se entiende por competencia, por lo que en palabras de Calamandrei (1996) afirma que la misma puede ser dividida en objetiva, conforme la materia y el valor del asunto, funcional, que se refiere a la pluralidad de instancias o grados y al territorio en cuanto se examina la distribución por elección, conexión o remisión, y por ello Courture (2016) afirma que la competencia es la medida de la jurisdicción. Un juez competente es, al mismo

tiempo un juez con jurisdicción; en tanto un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. (como se cita en Aberastury, 2020, p. 84)

La jurisprudencia sostuvó que para la determinación de la competencia se debe estar a cada caso en particular, por lo que corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que se desprenden de los términos de la demanda, examinando el origen de la acción, así como la relación de derecho existente entre las partes, lo que permite establecer la comptencia del fuero. (CCAFed. Sala III. Incidente de Competencia N° 1, en autos "Roch SA c/ en- M Energía y Minería- Secretaria de Recursos Hidrocarburíferos s/ Proceso de Conocimiento. Expediente N° 14.815 del 12/07/2018).

Se ha afirmado asimismo que para determinar la competencia del fuero contencioso administrativo se debe atender la exposición de los hechos expuesto en la demanda y con posterioridad el derecho que se invoca como fundamento de su pretensión, lo que la define no sólo en virtud del órgano productor del acto o por la intervención en el del Estado lato sensu o porque se impugne un acto administrativo, sino fundamentalmente por la subsunción del caso al derecho administrativo. (CNACA Fed. Sala II. Incidente N° 1 Actor Álvarez Estela Lucia – Demandado- EN- AFIP s/ Inc. de Medida Cautelar. Causa N° 63706/2019 del 01/12/2020).

Ahora bien, como ya se expusiere cuando la medida ha sido dictada por un juez incompetente, debe notarse la diferencia en el tratamiento entre el CPCCN y la LMC en tanto por esta última se lleva a no respetar la voluntad del juez por cuanto se priva de eficacia a la medida cautelar dictada.

La doctrina en torno a este punto precisó que más alla de compartir la finalidad que habría buscado el legislador para desalentar el dictado abusivo de medidas cautelares, dicho artículo debe ser analizado y aplicado con mucha prudencia a fin de evitar denegaciones de justicia por receptar un principio que está orientado a evitar prácticas desviadas. (Comadira J.

, 2021, pág. 33) y que en determinadas circunstancias puedan atentar contra la tutela judicial efectiva.

2.3.- Dictado de medidas cautelares por juez imcompentente en situaciones que se encuentren comprometidos sectores socialmente vulnerables.

Existen ciertas particularidades distintas de las expuestas en el punto precedente, en tanto se preve una tutela diferencial en aquellos casos que se trate de “sectores socialmente vulnerables”, por lo que la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente tendrá eficacia, siempre y cuando se acredite en el proceso la vulnerabilidad.

Comprende a las situaciones en las que se encuentre comprometido la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y en aquellos casos en que se mencione un derecho de naturaleza ambiental.

Es así que en estos casos de urgencia, aun cuando el juez o tribunal resulte incompetente la medida solicitada tendrá eficacia, aunque con posterioridad debe ser remitada al juez que se considere competente.

La Ley N° 26.854 contempla esta excepción cuando se trate de procesos que involucren sectores vulnerables, o cuando se encuentren comprometidos el derecho a una vida digna, a la salud, y los de naturaleza alimentaria o ambiental, lo cierto es que se trata de una limitación innecesaria que impide la procedencia de medidas cautelares, aun cuando se encuentre acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Lo expuesto violenta manifiestamente el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que permite que el daño estatal se mantenga hasta que se dirima cual es el juez competente para entender en la causa. (Amaya, 2019, pág. 141)

Por su parte, en el segundo párrafo del inciso 2 se prevé que ordenada la medida por el juez este debe remitir inmediatemente al juez que considere competente, quien una vez aceptada la competencia atribuida, debe expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

La ley determina en forma clara y precisa cuales son los supuestos en los cuales una medida cautelar dictada por un juez incompetente igual tendra eficacia.

Al momento de expedirse sobre la procedencia de medidas cautelares la CCAF- Sala III- ha tomado en consideración la edad, la condición de salud en causas en la que se plantea la retención del impuesto a las ganancias a los jubilados ponderando su situación de vulnerabilidad. (CNACAFed. "Inc. N° 1- Demandado: EN- AFIP s/ inc. Apelación en autos: "Barreto Lía c/ EN- AFIP s/ Proceso de concimiento", Causa N° 28.310/2019 del 20/02/2020; Laborda, Carlos Antonio c/ EN- AFIP- S/ Proceso de Conocimiento, Causa N°32.519/2019 del 22/07/2020), entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina afirmó que existen determinadas situaciones particulares en que el órgano judicial ante un pedido cautelar que no sea de su competencia pero en razón de la urgencia y el peligro de un daño irreversible para el peticionario, requiere garantizar la tutela judicial efectiva sin demora del interés jurídico, es así que ante situaciones excepcionales se impone el aseguramiento del servicio de justicia y evitar la producción de perjuicios irreparables. (Simón Padrós, 2016, pág. 171)

Al respecto la jurisprudencia resolvió que dadas las circunstancias acaecidas en el caso en el cual se planteaba una cuestion de competencia de la justicia nacional del trabajo, que:

> La incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo para enteder en autos, y la posterior asunción de la competencia por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6- y en atención a la expresamente previsto

> por la norma más arriba transcripta (que resulta de aplicación, desde el Instituto Nacional de Tecnología Industrial es un organismo descentralizado en el ámbito del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación), corresponde que el juez de primera instancia se expida sobre el alcance y la vigencia de la medida cautelar concedida por el juez del Trabajo (juez que, en definitiva resultó incompetente). (CNACAFed, Sala II. Gordo Daniela c/Instituto Nacional de Tecnología Industrial s/ Empleo Público. Causa 25.502/2018 del 10/09/2019).

En mi opinión, si bien la norma establece excepciones que son atendibles en tanto se relacionan con sectores socialmente vunerables, crea una diferenciación con el resto de la sociedad, en tanto la eficacia o no de una resolución cautelar estará dada por la competencia del juez que la dicte y en su caso aun siendo incompetente cuando la medida reviste carácter de urgente y es solicitada por los sectores que han sido excepcionados por las ley tendrán eficacia, lo que marca en definitiva, una tutela judicial efectiva distinta para ciertos grupos que forman parte de la sociedad, en la que debe primar la igualdad ante la ley como reza el artículo 16 de la CN.

2.4.- Idoneidad del objeto

Como lo venimos desarrollando a lo largo de este trabajo, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el objeto del proceso, lo que en resumidas palabras en el caso de dictarse una sentencia que haga a lugar la pretensión principal, la misma pueda hacerse efectiva.

Al referirse a la idoneidad se ha expresado que la LMC no se refiere a las condiciones de procedencia sino al objeto de la medida cautelar, lo que significa que determinado el conjunto de condiciones que deben cumplirse con la finalidad de asegurar el objeto de la pretensión. (Aberastury, 2020, pág. 103)

Por su parte, Simón Padrós (2016) precisó que la idoneidad a la que hace referencia el artículo 3 inciso 1 de la LMC significa que las medidas cautelares deben adecuarse a la finalidad de asegurar el objeto de la pretensión principal y en ese marco de actuación, las mismas deben vincularse a la efectividad de la sentencia definitiva que recaiga en el proceso. (pág. 173)

En palabras de la justicia federal lo que se pretende evitar es que un eventual pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionante llegue demasiado tarde, en tanto lo que se trata de impedir con el dictado de la medida cautelar es que durante el lapso que transcurre entre el inicio del proceso y la sentencia, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante sus efectos. (CNACAFed. Sala III, "Incidente de apelación en autos Imagen satelital SA y otros c/ EN- JGM y otros s/ proceso de conocimientos" de fecha 28/02/2018)

Ahora bien, en su inciso 2 se prescribe cuáles son los presupuestos formales de admisibilidad que la pretensión cautelar debe indicar: a.- de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar, b.- la actuación u omisión estatal que lo produce, c.- el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar, d.- el tipo de medida que se pide y e.- el cumplimiento de los requisitos que correspondan en relación a la medida que se requiere.

El inciso es claro al determinar cuáles son los presupuestos que se debe tomar en cuenta al momento de solicitar una medida cautelar.

Amaya (2019), manifiesta que en relación a la acreditación de la afectación hay que tener especial cuidado con el grado de certeza que se exige, ya que en el marco de la tutela cautelar el conocimiento es sumario y no puede requerirse acreditar el daño, sobre todo teniendo en cuenta que el perjuicio puede no ser tal y por el contrario tratarse de una amenaza. (pág. 141)

Con respecto al tipo de medida que se pide y el cumplimiento de sus requisitos, pareciera que se realiza un reenvió a las medidas cautelares contenidas en la ley, criterio que no puede ser taxativo, en tanto el mismo legislador ha reconocido la existencia de medidas cautelares genéricas y de otras no enumeradas en la norma (Aberastury, 2020, pág. 114)

También se ha previsto que el juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar.

La ley (inciso 3 art. 3) recepta la posibilidad de que el juez o tribunal disponga de una medida precautoria distinta a la solicitada, lo que permite entender que se está ante las medidas anticautelares que conforme lo expone Peyrano (2012) se "procura evitar que quien se encuentra en condiciones de trabar una diligencia cautelar elija la más perjudicial para el sujeto sobre el cual recae la medida, cuando existan otras opciones que tengan el mismo efecto". (como se cita en Aberastury, 2020, pág. 118)

Sin perjuicio de ello para poder el juez disponer una medida distinta o limitarla, se debe tener como principio rector el evitar un gravamen o perjuicio al interés público.

Ahora bien, todas las actuaciones que realiza el Estado obedecen a un fin público, por lo que el concepto deviene en una gran amplitud, aunque la doctrina es conteste en que el mismo debe ser interpretado de manera restrictiva.

Así lo afirma Aberastury (2020), "que debe ser interpretada restrictivamente dado que, de lo contrario, cualquier conducta que pueda perjudicar al Estado no se encontraría sujeta a una pretensión cautelar". (pág. 118)

Por su parte la jurisprudencia sostuvo que la necesidad de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, exigen al Tribunal el ejercicio de la atribución de disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la

naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procure evitar en un todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 inciso 3 de la Ley N° 26.854. (CNACAFed, Sala IV. Molloza Zulma y otros c/EN- M Agroindustria de la Nación s/ amparo Ley 16.986. causa 47177/2018/CA1 del 13/11/2018).

Por tanto, la directriz que rige este principio admite que las medidas cautelares que se soliciten deben ajustarse a sus límites precisos sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte. Es así que la ponderación es una facultad del juzgador para proveer únicamente medidas útiles y efectivas, esto es de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodean al proceso. (Gozaini O. A., 2013, pág. 78)

El punto más controvertido de todos se encuentra en el inciso 4 del citado artículo donde la LMC hace referencia a que las medidas cautelares no pueden coincidir con el objeto de la demanda principal.

La controversia se centra en que quienes soliciten una medida cautelar no se vean tentados de solicitar lo mismo que sea objeto de la pretensión principal, en caso de hacerlo su petición no tendrá recepción.

En este punto vale advertir que con dicha limitación se puede dejar desprotegido al particular que la peticiona violentándose con ello el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. (Comadira J. R., 2003, pág. 73)

Así a través de la disposición contenida en el artículo 3 inciso 4 de la ley se elimina toda pretensión cuyo contenido sea idéntico al de la demanda propuesta.

Considero en consonancia con destacada doctrina, que resulta inconstitucional el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles en la norma, sobre la base de ello cabe señalar que la aplicación dogmática del principio recogido en la norma de que las medidas cautelares no pueden coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3 inciso 4) debe ceder cuando frente a un examen profundo de una situación planteada dejaría

desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho, lo que implicaría violentar la tutela judicial efectiva. (Buteler, 2014, pág. 5)

2.5.- Informe previo

La normativa incorpora el informe previo que debe presentar el Estado nacional o sus entes descentralizados.

El momento para la presentación es cuando, una vez solicitada la medida cautelar el juez previo a resolver, debe requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzcan un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

Nos parece oportuno apuntar, que mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.854 ya era de práctica procesal por los tribunales ordenar en algunos casos a la demandada, agregar la totalidad de las actuaciones administrativas relacionadas con la causa en aquellos casos en que, las que se encontraban en el expediente no resultaban suficientes para decidir la cuestión planteada.

En otros supuestos, se requirió a la Administración que produjera un informe sobre lo planteado por el demandante en su petición cautelar, el cual debía realizarse en un breve plazo, lo que importaba que la demandada tomara conocimiento del contenido de la medida requerida.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Medidas Cautelares dicha práctica usual se convirtió en norma legal prevista en el artículo 4°.

Desde su regulación por la ley, la doctrina se encuentra divida en relación con la producción del informe previo, en tanto algunos la consideran como parte del derecho de defensa y del debido proceso, y en otros casos se considera que se desnaturaliza la tutela judicial efectiva brindando una mayor prerrogativa al Estado.

Quienes están a favor exponen que incluso antes del dictado de la ley, eran los propios jueces quienes decidían solicitar o no a través de un emplazamiento, un informe. El mismo era solicitado en ciertos supuestos donde el interés público adquiere una importancia relevante, por lo cual Cassagne (2013) no considera mal que se corra un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa, en tanto dicho emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias puede fortalecerlo, no existiendo ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. (pág. 57).

Sin perjuicio de ello, el citado autor también reconoce que "ahora, en cambio, se sienta en una regla general perniciosa que exige la obligatoriedad del traslado previo, que podría generar injusticias en los casos concretos". (Cassagne E. , 2013 , pág. 57)

En igual línea argumentativa Sanmartino (2016) expuso que:

> Los intereses jurídicos involucrados en la traba de una medida cautelar frente al Estado o sus entes descentralizados en ejercicio de funciones públicas, la ley en comentario introdujo un procedimiento previo, breve y sencillo, por cuyo conducto el tribunal, antes de decidir, se abastece de información pública necesaria y útil para resolver adecuada y prudentemente si estima o desestima la pretensión cautelar. (pág. 333)

Se ha señalado sin perjuicio de lo expuesto, que debe existir una interpretación armónica de la eficacia de las garantías sustantivas y procesales con el ejercicio individual de los derechos individuales protegidos constitucionalmente, debiendo entenderse que el derecho de defensa en juicio, como modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que ha participado. La norma en cuestión respeta el principio de bilateralidad y contradicción de los procesos judiciales, posibilitando a la parte contraria el ejercicio de su derecho de defensa, en cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso. (Cabral, 2018, pág. 5)

Es de señalar que la creciente complejidad de los pleitos sobre todo en aquellos de que se centran en aspectos económicos como las tarifas de los servicios públicos, muestra que no es aconsejable que la decisión del magistrado se base solamente en una versión unilateral.

Por tanto, el informe previo es un instrumento que permite a quien deba resolver sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada, contar con mayor información que le permita llegar a una resolución justa, en tanto a través del informe la Administración pública proporciona datos sobre el interés comprometido en el incidente cautelar.

Por su parte, hay quienes consideran que la solicitud del informe realizada por el juez competente que interviene ante el pedido de una cautelar, expone una desigualdad entre las partes que no puede ser desconocida colocando al Estado en una posición más favorable pero, a su vez, le desconoce al juez la posibilidad de ejercer la razonabilidad de ponderación como criterio. El informe condiciona el dictado del juzgador en razón de un criterio valorativo que no tiene una dimensión cierta sino que pretende evitar el derecho a la tutela judicial efectiva. (Aberastury, 2020, pág. 128)

En esta misma línea Amaya (2019) considero que:

> La vista a la demandada no solo puede frustrar su objetivo sino que implica además una medida dilatoria e innecesaria, toda vez que retrasa la decisión del juez al tener que solicitar la opinión del Estado antes de expedirse. Justamente, el estándar que rige las medidas cautelares ordena que éstas sean dictadas sin contradictorio previo. (pág. 145)

Este artículo también se ha objetado en su constitucionalidad, en el entendimiento que desconoce un principio inherente, que hace a las medidas cautelares como es que las mismas son decretadas “inaudita parte”.

Con la nueva normativa se impone una cierta controversia previa, en tanto todo aquel que peticione una medida cautelar contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, se

les impone una carga adicional, pero además de ello coloca al Estado en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las prestaciones y fundamentos del particular antes que le sea notificada la demanda. (Basterra, 2013, pág. 541)

La doctrina considera que la norma establece una desigualdad entre las partes colocando al Estado en una posición más favorable y su vez le desconoce al juez la posibilidad de ejercer la razonabilidad de ponderación como criterio. (Aberastury, 2020, pág. 128)

Por su parte, en el segundo párrafo del artículo que venimos comentando, se establece que con la presentación del informe, la parte demandada podrá: a) en primer término expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y b) acompañará las constancias de documentales que considere pertinentes.

También se prevé que en circunstancias que son graves e impostergables, el juez o tribunal puede decretar una medida interina, cuya eficacia se extiende hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

Según la índole de la pretensión se puede ordenar la vista previa al Ministerio Público.

En relación a la medida interina que el tribunal puede otorgar mientras la autoridad pública presenta el informe previo solicitado, es considerado como una medida precautelar la cual es dictada de manera inmediata. Para su procedencia se exige que previamente se compruebe la presencia de circunstancias graves y objetivamente impostergables.

> La atribución para disponer este tipo de medidas interinas configura un poder precautelar, en cuanto consagra un apartamiento del principio de bilateralidad de las medidas cautelares, es de carácter excepcional al posibilitar que el órgano judicial garantice la efectividad de la respuesta judicial en situaciones de gravedad extrema,

> mientras se encuentra pendiente de resolución la procedencia de la pretensión cautelar. (Simón Padrós, 2016, pág. 175)

Dicha medida interina tiene por plazo de vigencia, el momento en que la autoridad pública presente el informe, en donde el juez o tribunal resolverán la pretensión cautelar.

A modo de excepción establece dos situaciones: 1) la posibilidad de reducir el plazo en el cual debe ser contestado el informe y 2) decidirse sin informe previo en aquellos casos contemplados en el artículo 2 inciso 2 que refiere a los sectores socialmente vulnerables.

En el primero de los casos se hace referencia a que los plazos se pueden no observar en aquellos casos en que ya hubiere uno menor fijado y agrega que de tratarse de procesos sumarísimos o un amparo el plazo se reduce a 3 días.

En el segundo supuesto, se faculta al juez a no solicitar el informe previo en aquellos casos en que las medidas cautelares tengan por fin tutelar los derechos e intereses de sectores socialmente vulnerables acreditados fundadamente, sobre todo si se trata de situaciones en las que se encuentra comprometido la salud, la vida digna, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental.

En este último supuesto, Simón Padros (2016) afirmo que las medidas que se soliciten por estos sectores vulnerables podrán tramitarse y resolverse aunque se trate de órganos judicial incompetente sin requerirse con carácter previo el informe de la autoridad pública demandada. (pág. 175)

Por su parte destacada doctrina considera una posición más amplia aun al referir que el pedido de informe previo al Estado debería obviárselo no solo en los supuestos del art. 2 inciso 2, sino también en otros casos en donde resulte necesario por la naturaleza de la medida que se peticiona o la urgencia en despacharla. (Comadira J. , 2021, pág. 123)

Desde mi punto de vista, el pedido de informe al Estado no se traduce en la bilateralización del proceso cautelar, en tanto considero que el mismo constituye una

herramienta más a la hora de decidir el juez la procedencia o no de la medida solicitada, lo que no afecta en nada la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, las excepciones que se prevén para no ser peticionado el informe si considero muy acotadas, creando un margen de desigualdad ante situaciones que puedan revestir gran importancia y que no se encuentran dentro de los sectores socialmente vulnerables que establece la ley, lo que provocaría un atentado en la inmediatez que reviste la atención que debe prestarse a las medidas que se presenten.

Ahora bien, la justicia federal al momento de expedirse sobre el informe previo se ha manifestado frente a una apelación presentada contra la providencia por la cual se corre traslado para la producción del informe previsto en el art. 4 de la ley 26.854. En dicho caso sostuvo que la providencia no es apelable en tanto no se trataba de los supuestos contemplados en el art. 498 inciso 6 CPCCN y por su lado advirtió que la misma no causa un agravio irreparable al actor en tanto se limita a requerir a la demandada la presentación de un informe. (CCAFed. Sala II. Sonzini Carlos Pablo c/ EN- AFIP- DGI s/ Proceso de Conocimiento. Causa 58.469/2019 del 06/02/2020)

En dicho fallo se consideró que correspondía se requiera al Estado la presentación del informe previo que venimos analizando.

2. 6.- Plazo de vigencia de las medidas cautelares

En la legislación que venimos analizando se dispone bajo pena de nulidad que, el juez debe fijar un límite razonable de vigencia de las medidas cautelares, el cual no puede exceder de seis meses, estableciendo como excepción que en los procesos sumarísimo y de amparo este plazo no puede exceder de tres meses.

Por su parte, también se prevé que no procede el deber previsto de establecer un plazo de vigencia, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los derechos de los “sectores socialmente vulnerables”.

Una vez vencido el término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal puede fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultase procesalmente indispensable. Condicionando el otorgamiento de la prórroga a si la parte favorecida por la medida ha tenido una actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada.

Si se tratase de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extiende hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8 segundo párrafo.

La doctrina ha sido muy crítica en relación al establecimiento de un plazo de vigencia conforme lo previsto en el artículo 5 de la LMC, en tanto se considera que el mismo es violatorio de principios consagrados constitucionalmente y limitante de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo y previo a adentrarnos al análisis del artículo en cuestión, cabe recordar que el mismo reconoce como antecedente la primera vez que se habló de fijar un plazo razonable de vigencia de las medidas cautelares, a través del fallo “Clarín” por medio del cual la Corte si bien desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional a través del cual se pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del artículo 161 de la ley de medios audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desvirtuar y vender sus canales y radios, aconsejo la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar en el entendimiento que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado.

La CSJN señaló en dicha oportunidad que los desequilibrios que se puede producir entre el peticionario y el sujeto pasivo con aquella providencia cautelar que suspende los

efectos de un acto estatal hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse, en tanto se podía llegar a obtener por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial. Por dicho motivo y a fin de evitar un efecto no deseado, se consideró conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, manifestando que si el tribunal de grado no utiliza ex oficio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo.

Un año después en el fallo "Radio y Televisión Trenque Lauquen" en el que luego de desestimar el recurso extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de la Ley N° 22.285, Ley N° 25.750 y Ley N° 26.522, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar de oficio o a pedido de parte. En un voto mayoritario se sostuvo que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objeto tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación no encuadra en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados.

Con el dictado de la LMC la fijación de un plazo para las medidas cautelares, provocó en la doctrina distintas posiciones. Autores como Cassagne (2007) considero que al momento de fijarse un plazo tan corto en las medidas cautelares, no debe olvidarse que el instituto importa una actividad preventiva que, por medio de una resolución asegura en forma provisoria, que el transcurso del tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no

resguardase podría provocar que la sentencia a dictarse resulte ineficaz. (como se cita en Cassagne, 2013)

En igual sentido un criterio que comparto, hay quienes entienden que el establecimiento de un término para las medidas cautelares atenta contra su esencia, pues su naturaleza se basa en el objeto de garantizar la resolución a dictarse en el proceso. Por lo que, si se le da a la tutela cautelar un plazo de vigencia inferior al del proceso, se vulnera con ello la tutela judicial efectiva al dejar al margen de protección judicial el tiempo que transcurre entre el proceso y el dictado de la sentencia definitiva. (Comadira J. , 2021, pág. 134)

En relación con el pedido de prórroga no se evidencia mayores problemas en su concesión, siempre que mediaré petición de parte y previa valoración del interés público comprometido, el tribunal podrá fundadamente prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

En este punto si bien la ley no limita la cantidad de prórrogas que puedan ser solicitadas y concedidas, y a fin de salvar su constitucionalidad la misma debe interpretarse que la prórroga de los primeros seis meses de vigencia temporal o tres en los supuestos contemplados, podrá ser dictada las veces que se requieran y siempre que se mantengan las circunstancias que dieron origen a la misma y no por única vez. (Sanmartino P. M., 2016, pág. 320)

Autores como Aberastury (2020) sostuvo que la norma va un poco más allá en este punto en tanto condiciona la vigencia no ya a la protección del derecho de la parte, como garantía de su ejercicio sino a la vigencia del interés público, por lo que la valoración de ello no estaría garantizando la protección de los derechos de las personas. (pág. 144)

Asimismo, a través de la disposición legal se establece que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga, la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. (Mertehikian, 2016, pág. 219)

Por lo que, en atención a lo expresado, en aquellas situaciones en que se advierte que luego de la obtención de una medida cautelar, una de las partes pueda desentenderse de la marcha del proceso principal o prologar su duración, ya que ello constituye un supuesto de ejercicio contrario a los fines que la ley tuvo en miras al reconocer este tipo de medidas, no se ha hecho lugar al pedido de prórroga.

La justicia federal al momento de expedirse en una causa en la que quedo probado que la parte actora no acredito gestiones para el impulso de la causa ni la demora en la misma, por lo que la conducta desarrollada después de haber obtenido la cautelar no se encuentra razonada a la luz del deber de diligencia al que alude el artículo 5 de la ley 26.854. Como fundamentos para rechazar los agravios de la parte actora, el tribunal sostuvo que vale reiterar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que tanto los jueces como los litigantes deben perseguir la resolución definitiva de la controversia y que en ese proceso el instituto de las medidas cautelares aparece como un medio idóneo para asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento definitivo. Sin embargo, no es posible tolerar que a partir de la obtención de tales medidas- que pueden en ocasiones agotar o suplir el contenido de la pretensión principal- una de las partes pueda desentenderse de la marcha del proceso principal o prolongar artificialmente su duración, ya que ello constituye un supuesto de ejercicio contrario a los fines que la ley tuvo en miras al reconocer este tipo de medidas. (CCA Fed. Sala I. Maggi Lucas María c/ En Defensoría General s/ Empelo Público. Causa 38059/2005 del 26/03/2019).

Ahora bien, un tema importante es la no fijación de plazo de la tutela cautelar en aquellos casos en donde esté involucrado los sectores socialmente vulnerables, en tanto la ley lo ha previsto así.

Para algunos autores esta excepción dispuesta por la ley, en línea con la jurisprudencia no ha sido ni indiferente ni neutral, en tanto se consideró la no aplicación de plazo de vigencia en tales supuestos. (Sanmartino P. M., 2016, pág. 319)

Al momento de expedirse la justicia sobre este punto, manifestó que no correspondía en un caso sobre tarifas sociales (ley 27.218), la fijación de un plazo de vigencia de la medida cautelar dispuesta (art 5, segundo párrafo de la ley 26.854), en atención a que tiene por finalidad la tutela de un supuesto enumerado en el art. 2 inciso 2 de esa norma, sin perjuicio del plazo de caducidad de 10 días previsto en el art. 8 de la ley. (CCAFed, Sala IV. Federación de Asociaciones de Empleados c EN- ERAS y otro s/ medida cautelar. Causa 336/2018/CA1 del 14/08/18).

En igual sentido se consideró como fundamento al desestimar los agravios, que en referencia al plazo de vigencia de la medida cautelar, el artículo 5 segundo párrafo de la ley 26.854 se establece que no procede el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2, inciso 2, es decir cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Por tanto, la decisión del juez de primera instancia de mantener la vigencia de la cautelar que otorgó hasta que se dicte sentencia definitiva en autos, resulta ajustaba a derecho. (CCAFed. Sala I. Incidente N° 1- Actor: Mastroiani Mariangela Antonietta Demandado: AFIP- DGI s/ Inc. de Medida cautelar. Causa 1546/2020 del 06/08/2020).

En su último párrafo del artículo se menciona las medidas cautelares dictadas mientras se encuentra pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, por lo que el límite de vigencia se extiende hasta la notificación del acto administrativo que agote la vía, por lo que la vigencia temporal no se aplica a las medidas cautelares autónomas.

La disposición expuesta se complementa con el párrafo segundo del inciso 1 del artículo 8 que expresa que en estos casos en que la medida cautelar se ha dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caduca automáticamente a los diez días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa.

Por lo que la vigencia temporal de una medida ordenada mientras se sustancia el procedimiento administrativo solo tiene aplicación hasta que se agota la vía, y ella no puede renovarse porque caduca automáticamente a los 10 días de notificada al interesado que la vía se agotó, en tanto solo le restará hacer uso de los recursos de revisión judiciales que correspondan. (Gozaini O. A., 2013, pág. 85)

Por lo expuesto y a modo de conclusión, la imposición de un plazo de vigencia desvirtúa en si el propósito por el cual se dictan las medidas cautelares, aun cuando esté permitido la prórroga de estas de manera indeterminada y mientras subsistan las circunstancias que dieron fundamento al dictado de las mismas.

Así lo ha expresado Cassagne (2013) al tener en cuenta que las mismas se ordenan para asegurar la eficacia de la sentencia, en tanto las medidas cautelares deben garantizar el buen fin de ese proceso y siempre que se mantenga el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, deben regir hasta la sentencia firme. Por tanto su limitación temporal es considerada una restricción inconstitucional, violatoria de la garantía de defensa en juicio y del principio de tutela efectiva. (pág. 59).

2.7.- Carácter Provisional de las medidas cautelares

Por el artículo 6 de la ley se establece la provisionalidad de las medidas cautelares contra el Estado afirmando que las mismas subsisten mientras dure su plazo de vigencia.

Por su parte en el inciso 2 se prevé que en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

Como se ha manifestado oportunamente uno de los caracteres de la medida cautelar es precisamente su provisionalidad, en tanto se consideran como soluciones dictadas por la justicia con carácter precario, nunca definitivas en tanto tienen por fin evitar que el transcurso del tiempo produzca perjuicios graves de muy dificultosa reparación al momento de dictarse la sentencia definitiva. (Simón Padrós, 2016, pág. 177)

En lo que refiere al supuesto contemplado en el inciso 2 se plantea una gran contradicción en tanto en el artículo 5 impone un plazo de vigencia de las medidas cautelares y por otro lado en el inciso 2 del artículo 6 se prevé que en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

Afirma Rojas (2013) al respecto que quedo claro que el supuesto contemplado opera en beneficio del propio afectado por la medida, “pues es una carga que importa un imperativo en su propio interés, que no es otra más que solicitar a la jurisdicción el levantamiento de la medida si se agotaron las circunstancias que justificaron su dictado”. (pág. 137)

Continúa al respecto el citado autor, manifestando que se puede apreciar una contradicción palmaria y por ende la situación que se genera es cuestionable por confusa, en tanto que más de la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia que se pretenden, la norma que resultase acorde con los sistemas cautelares que es la prevista en el art. 6 inc. 2 se contrapone con lo previsto en el artículo 5, lo que marca una gran contradicción en el legislador.

La jurisprudencia al respecto sostuvo en una causa en que se plantea el levantamiento de la medida cautelar porque se hallaba vencido el plazo de vigencia de 6 meses que establece el art. 5 lo siguiente:

> Corresponde agregar que la exigencia de requerir, cada seis meses, la prórroga de la vigencia de la medida cautelar previamente decretada aparece como desproporcionada porque es de público y notorio conocimiento que la tramitación del proceso, que tramita por el procedimiento del juicio ordinario excede por mucho los seis meses previstos en el art. 5 de la ley 26.854 y las prórrogas previstas por la norma (cfr. Causa Editorial Perfil ur supra citada). Por tales consideraciones, en este caso no corresponde aplicar límite de vigencia a la medida cautelar dictada en autos. Sin embargo, ello no significa que, por el carácter provisional que tiene el instituto cautelar, lo decidido implique que la medida no pueda modificarse o dejarse sin efecto frente al cambio de las circunstancias que motivaron su pedido (arts. 6 de la Ley N° 26.854). (CCAFed. Sala V. Cámara Empresarial de Transporte interurbano en jurisdicción Nacional de Pasajeros Demandado- En CNTR s/ Inc. Apelación. Expte. N° 8137/2014 de fecha 20/11/2018).

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. Por tal motivo, se señaló que si el carácter provisorio que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizare por una desmesurada extensión temporal, en detrimento de una de las partes y en beneficio de la otra, la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance los remedios procesales para obtener de los jueces de la causa el resguardo de sus derechos a través del levantamiento de la medida precautoria. (CCAFed. Sala IV. Abarca Luis Alberto c/ EN- M Justicia DDHH s/ Medida Cautelar (Autónoma). Expte N° CAF 5260/2019 del 07/07/2020)

Sin perjuicio de lo expuesto, en otra causa se sentenció que no existía razonabilidad alguna en responder positivamente al pedido de levantamiento de la medida decretada máxime cuando se trata de uno de los casos de excepción enumerados en el art. 2 inciso 2 de la Ley 26.854 en tanto estaba en discusión un derecho de carácter alimentario y de salud. Por tal motivo considerando que las medidas cautelares importan una actividad preventiva que asegura, en forma provisoria, que el tiempo que demanda la tarea jurisdiccional no menoscabe el derecho que le asiste a las partes y considerando que de constancias de autos surgía que la causa principal se hallaba en etapa de clausura probatoria era evidente que el levantamiento no era una solución ajustada a derecho, por lo que se decidió continuar con la garantía y protección que ofrece la cautelar. (C. Fed de Ctes. Incidente de apelación en autos: Leiva Fernando Javier c/ Ejército Argentino y otro s/ Daños y perjuicios. Causa 31010972/2007/3/ CAI del 04/02/2020).

Por su parte, la justicia federal tiene dicho que al tratarse de medidas cautelares contra el Estado y regir el art. 4 de la Ley N° 26.854:

> La Cámara considera al igual que la demandada que se encuentra comprometido el interés público de prestación del servicio de la Educación Universitaria Superior, en razón de que al impedir la movilidad y eficaz adecuación de la estructura administrativa, dinamizándola afectaría el servicio de educación a fin de no poder prestarlo de manera adecuada dificultando su constante y necesaria actualización conforme a los tiempos que corren. (CFed. de Corrientes. Casella Aldo Pedro C/ Universidad Nacional del Nordeste s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad. Expte N° 15543/2018/1/CA1 de fecha 08/08/2019)

2. 8.- Modificación

La modificación de la medida cautelar luego de su dictado se encuentra previsto en el artículo 7 de la LMC, en el cual se establece que quien la hubiese solicitado y obtenido podrá

pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada.

Por su parte, también se prevé que aquel contra quien se hubiese decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido.

La resolución se dicta previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días en el proceso ordinario y de tres días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

Por tanto, la posibilidad de modificación de la medida cautelar se corresponde con una de las características que hemos mencionado precedentemente que es la mutabilidad.

El fin de las medidas cautelares se centra en asegurar que el derecho solicitado por el particular no se vea frustrado por el tiempo que lleve el desarrollo del proceso principal, asegurando con ello el cumplimiento de la sentencia que se dicte en el caso que esta sea condenatoria.

En esta inteligencia, quien hubiere obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, para lo cual deberá probar que la que hubiera obtenido en un primer momento no cumple adecuadamente con la finalidad para la que está destinada, que es asegurar el objeto del proceso.

Aberastury, (2020), expone que su justificación se encontraría en que se pueda demostrar que la medida solicitada y resuelta, no es suficiente para que se resguarde el bien jurídico protegido.

> Si se trata de un hecho el que determina la necesidad de la modificación, será suficiente con merituar las consecuencias sobre el mismo, pero también se lo podrá justificar en la solicitud de ampliación, mejora o sustitución, por la exigencia de conductas cuya ponderación de consecuencias normales configuren la afectación al bien protegido. (pág. 158)

Por su parte, puede darse el supuesto de quien solicite la sustitución, sea contra quien se pidió o sea el afectado por la medida cautelar, siempre que demuestre que la medida impuesta le provoca perjuicios, por lo que podrá solicitar una menos gravosa siempre que garantice el derecho de quien la hubiere peticionado y obtenido.

En relación a este punto la doctrina ha entendido que de existir una medida que irrogue menor perjuicios a quien debe soportar la cautelar pero que, asegure de todos modos el derecho invocado por quien la pidió y obtuvo la medida, no solo se encuentra entre las facultades del juez de ordenar la menos gravosa sino que ello constituye un deber de encauzar el proceso dentro del marco de la juricidad y justicia material. (Comadira J. , 2021, pág. 152)

El momento para poder pedir la modificación o sustitución ya sea por quien la obtuvo o por quien es la persona afectada, es antes que concluya el tiempo para ser recurrida, en aquellos casos que sea solicitada luego se debe probar hechos nuevos o un cambio de circunstancias existentes al momento del dictado de la cautelar. Corresponde a quien solicite una medida menos gravosa demostrar que la nueva medida solicitada garantiza de igual forma el derecho de quien la solicitó y obtuvo.

El artículo prevé un traslado a la contraparte quien debe ser oída en cualquiera de los supuestos comprendidos, ya sea que se trate de un pedido de modificación o sustitución, tal cual ha sido dispuesta, disponiendo plazos procesales breves para el traslado. (Aberastury, 2020, pág. 159)

Este artículo de la ley que venimos comentando, facultando a las partes a pedir la modificación de la medida y al juez a concederla, ponen al descubierto el carácter esencialmente mutable que tiene la protección cautelar y así lo ha plasmado el legislador nacional. (Sanmartino P. M., 2016, pág. 326)

2.9.- Caducidad

El artículo 8 reglamenta de una manera tradicional la caducidad de las medidas cautelares al establecer que se producirá de pleno derecho cuando las mismas se hubieran ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba.

Agrega que cuando la medida se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa.

En relación, a las costas, los daños y perjuicios que fueran causado en el supuesto primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda, sin perjuicio de ello una vez iniciada la demanda podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia.

La mayor discusión en relación a este artículo se planteó con relación al comienzo del cómputo para tener por caduca la medida cautelar.

A tal fin la ley regula dos supuestos: a) En el caso de las medidas cautelares anticipada, el artículo en su primer inciso párrafo primero establece que una vez ordenadas y hecho efectivas se producirá la caducidad de pleno derecho si no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba. En este supuesto la misma norma computa el plazo desde el día siguiente a la fecha de la traba de la medida cautelar y no desde la fecha de su dictado. (Comadira J. , 2021, pág. 166) y b) En el caso de la medida cautelar autónoma el segundo párrafo del inciso 1 estipula que cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caduca automáticamente a los 10 días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. (Comadira J. , 2021, pág. 167)

Este último supuesto pareciera entrar en contradicción con lo dispuesto oportunamente por el artículo 5 del mismo cuerpo legal, en tanto como ya se expresó oportunamente la vigencia temporal de la medida cautelar se extiende hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía.

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha entendido que ambos artículos pueden armonizarse, considerando que el propio artículo 5 dispone que la vigencia de la medida cautelar hasta la notificación del acto que agota la vía sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 8 segundo párrafo, de la misma ley.

> Es decir, la remisión expresa al art. 8 que alude a los diez días posteriores a la notificación de aquel acto permite concluir que la eficacia temporal de la tutela se extiende 10 días más desde la notificación del acto que agota la vía administrativa. (Comadira J. , 2021, pág. 167)

En relación a la imposición de costas y los daños y perjuicios, se ha previsto que deberá soportarlas el que hubiera obtenido la medidas, pero por inacción se ha dispuesto su caducidad.

En este supuesto, se considera que el legislador se ha extralimitado en tanto corresponde al juez verificar las hipótesis desarrolladas privándole de la potestad de expedirse en el caso de que sea procedente excepcionarlo del principio general, que establece que soporta las costas la parte vencida por aplicación del principio de derrota, siempre y cuando existiera mérito, el cual no se encuentra explicitado en la norma pero, indudablemente se halla dentro de sus facultades.

Se considera que la imposición de las costas guarda relación respecto a la responsabilidad que tiene el que consigue una medida cautelar que caduca y por ello está inhibido de proponerla nuevamente, no son costas derivadas de una conducta impropia que se relacionen con la responsabilidad implícita en la conducta desenvuelta, sino aquellas que se

derivan de la caducidad del incidente autónomo que dio lugar al proveimiento de la precautoria.

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley permite que la medida cautelar pueda ser replanteada una vez iniciada la demanda, siempre que concurran los presupuestos para su procedencia, por lo que con esta posibilidad se hace primar la tutela judicial efectiva.

La justicia federal al momento de expedirse sobre la cuestión expuso que se produce la caducidad de pleno derecho de aquellas medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la promoción de la demanda si, encontrándose agotada la vía administrativa, no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba, en tanto que, cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los 10 días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa (art. 8 de la ley 26.854). (CCA Fed. Sala IV. Andrés Moretti e Hijos SA c/ EN M Desarrollo Productivo-Secretaría Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Externa SIMI y otros s/ Medida Cautelar. Causa 6989/2021 de fecha 4 de noviembre de 2021)

2.10.- Afectación de los recursos del Estado

Por el artículo 9 de la LMC se establece que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

En relación a este artículo el profesor Midón, considero que:

> Con supresión del eufenismo legislativo, los jueces no podrán- salvo rigurosa excepción- decretar medidas cautelares sea su objeto o finalidad tuitiva, en contra del Estado y/o sus entes. Por la razón que, por principio y definición, la inmensa mayoría

de las medidas, regladas o innominadas, repercuten sobre el patrimonio del afectado por aquellas. (Midón , 2013, pág. 92)

A través del presente artículo se restringen las medidas cautelares, en tanto como se sabe en gran mayoría las medidas cautelares afectan de uno u otro modo recursos o bienes del Estado.

Es así que Amaya (2019), postuló que el propósito de mantener inmune los bienes estatales frente a cualquier afectación preventiva, significa la derogación casi plena del instituto cautelar. Además consideró que significa impedir que los jueces hagan valer sus mandas judiciales, otorgando impunidad a funcionarios sujetos a imposiciones judiciales, lo se traduce en que las resoluciones judiciales se conviertan en letra muerta, provocando una gran tensión con los artículos 17 y 18 de la CN y artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. (pág. 148)

Por lo que con dicha exigencia de "no afectación", lo que se cusca es eliminar directamente la gran mayoría de las medidas cautelares contra el Estado en tanto gran parte de las medidas cautelares afectan de uno y otro modo recursos o bienes del Estado.

Si este artículo se aplicara conforme se encuentra redactado se restringiría ampliamente la procedencia de las medidas cautelares, invocando en los hechos como suele hacer el Estado, meras insinuaciones dogmáticas en un claro propósito de eludir el control judicial suficiente en el caso concreto lo que redunda en una transgresión al principio de tutela judicial efectiva.

Por lo que considero, que tal precepto contenido en la norma no supera el test de razonabilidad y constituye una violación a la tutela judicial efectiva.

2.11.- La Contracautela

En el artículo 10 de la ley se prevé que las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tienen eficacia práctica una vez que el

solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar.

Por su parte, en la ley también se establece que la caución juratoria solo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2 inciso 2.

Asimismo en el artículo 11 postula que estarán exentos de otorgar contracautela cuando actuare con beneficio de litigar sin gastos o quien obtuvo la cautelar sea el Estado nacional o una entidad descentralizada.

En lo que se refiere a la mejora de la misma, por el artículo 12 se ha previsto que en cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiera hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

En relación a la contracautela prevista en el artículo 10 de la LMC la misma tiene por objeto resguardar por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar una cautelar en caso de ser otorgada.

> Gozaíni (2013) expuso que la calidad impuesta queda a expensas del arbitrio judicial.
>
> Es el juez quien resuelve el tipo de fianza y el monto, a cuyo fin se ha de tener en cuenta la intensidad de la verosimilitud del derecho y otras circunstancias particulares de la causa. (…) La prudencia para la fijación es vital en este aspecto, porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria. Al mismo tiempo se debe alertar sobre los peligros que importa una caución mínima o de escaso compromiso económico. (pág. 86)

En lo que refiere a la contracautela juratoria, la LMC limita su utilización en tanto al tratarse de procesos de contenido patrimonial, guarda cierta razonabilidad. Sin perjuicio de ello la misma ley establece una excepción en la que el juez podrá resolver que la caución sea

juratoria en aquellos casos contenidos en el art. 2 inciso 2 que se refiere a la sectores socialmente vulnerables.

Asimismo en la ley se prevé dos situaciones en la que exceptúa a que se preste caución, entre las cuales está contenido el Estado nacional y sus entes descentralizados cuando sean estos los que soliciten la medida cautelar y en aquellos casos en que el peticionante actúe con beneficio de litigar sin gastos.

Gozaíni (2013) sostuvo con respecto a la última excepción planteada, que si la medida precautoria se dicta a resultas del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si ya se otorgó o se encuentra en trámite. Así expuso que:

> En el primer caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como la ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna. Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en trámite, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta. (pág. 86)

En tanto, la contracautela tiene la función de garantía ante los eventuales daños y perjuicios que pueden generarse si la medida fue trabada sin derecho, es lógico que pueda solicitarse que la misma sea mejorada si se demuestra que ella es insuficiente, debiendo el juez previo traslado a la otra parte, resolver.

Sin perjuicio de lo expuesto, no consideró que el pedido de la contracautela constituya un impedimento para la obtención de una tutela judicial efectiva o que sea un impedimento para el acceso a la justicia, si consideró apropiado que en aquellos casos que no tengan un contenido económico pueda prestarse una caución juratoria.

2.12.- Medidas cautelares contempladas en la ley

2.12. a.- Suspensiva de los efectos de un acto estatal

Por el artículo 13 de la ley se establece que la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular puede ser ordenada a pedido de parte.

Para que la misma proceda se establece que deberán concurrir simultáneamente los siguientes requisitos: a. Se acredite sumariamente que el cumplimiento o ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior, b. La verosimilitud del derecho invocado, c. La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto, d. La no afectación del interés público y e. Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El objeto principal de esta medida cautelar se centra en la suspensión de los efectos del acto administrativo hasta tanto se resuelva el recurso o reclamo obligatorio para agotar la vía administrativa o en su caso el recurso o reclamo optativo y procedente articulado aún luego de agotada la vía administrativa. (Comadira J. , 2021, pág. 219)

Con relación a la procedencia de la presente medida la jurisprudencia ha manifestado que queda subordinada a la verificación de los extremos básicos, la verosimilitud del derecho invocado y peligro de un daño irreparable en la demora.

> Cabe soslayar que por regla cuando la medida cautelar se intenta frente a la Administración Pública es necesario que se acredite, - prima facie- y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la solución de fondo, la arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Es que a partir de la presunción de legitimidad que goza el acto administrativo, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de medidas cautelares en su contra la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, pues solo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción. (CCAFed Sala III. Godoy Héctor Eduardo c/ En M defensa-

Ejercito s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seguridad. Causa N° 30.246/2017 del 16/10/2018)

Por su parte, en el artículo 13 en su inciso 2 se establece que se podrá pedir la suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, en los casos en que este pendiente el agotamiento de la vía administrativa, el cual solo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que esta hubiera sido respondida. (Comadira J. , 2021, pág. 233)

A través de este inciso del artículo 13 se reconoce la existencia de la medida cautelar autónoma que se solicita durante el trámite de la vía administrativa.

El carácter de autónoma surge porque no accede o no es accesoria a ningún otro proceso judicial, en tanto dicha medida no se halla vinculada a un proceso, tiene como particularidad que su objeto se agota o puede agotarse en la obtención de la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo, en el curso del procedimiento administrativo y sin que éste lleve a un proceso judicial. (Comadira J. R., 2003, pág. 242)

Por su parte, el inciso 2 establece dos momentos procesales de interposición de una medida cautelar autónoma.

Así lo manifiesta de Aberastury (2020), cuando refiere que

> En primer lugar, se habilita su interposición sin necesidad de agotar la vía administrativa una vez denegada la suspensión en sede administrativa de esta petición y no se establece un plazo de caducidad para su interposición, interpretación que se realiza en virtud a lo dispuesto en el artículo 8 en cuanto allí se regula la caducidad de la medida en el caso de agotamiento de la vía pero no en una incidencia como la que se está comentando. (pág. 248)

> Expone asimismo el autor, que en segundo lugar se dispone su admisibilidad si la administración no se hubiera expedido transcurrido el plazo de 5 días (pág. 248), en tanto permite al particular interpretar que su petición se encuentra denegada por el transcurso del tiempo.

En lo que refiere a la vigencia de la medida cautelar autónoma cabe señalar que la misma se encuentra supeditada a la resolución del recurso o reclamo administrativo por parte de la Administración Pública.

En lo que respecta a la interposición de recursos, la providencia que suspenda los efectos de un acto estatal podrá ser recurrida por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

Cuando se interpone el recurso de apelación, la ley ha previsto que interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico tendrán efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2 inciso 2.

> El recurso de apelación que se interponga en contra de la providencia que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tiene efecto suspensivo, salvo que se verifiquen los supuestos de exclusión. No debemos pasar por alto que la norma no menciona a los actos administrativos con lo cual la apelación de las decisiones judiciales que dispongan su suspensión tiene siempre efecto devolutivo. (Buteler, Ley de medidas cautelares en que el Estado es parte, 2014, pág. 7)

A partir de este precepto, se puede inferir que el legislador ha intentado frustar la efectividad de la medida precautoria, que los jueces de primera instancia receptan con fundamento en los requisitos contemplado en la norma, siendo insuficiente las excepciones previstas para los supuestos enumerados en el artículo 2 inciso 2, casos en los que se

encuentra comprometida la vida digna conforme la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, salud o derecho de naturaleza alimentaria o ambiental. Al disponerse que el recurso debe otorgarse con efectos suspensivos, la norma cercena el acceso a la justicia como medida de protección. (Aberastury, 2020, pág. 251)

Por su parte, en el inciso 4 se dispone que la entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público.

El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida.

En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

En relación a este punto la doctrina afirmo que:

> En el presente artículo se invoca, nuevamente, el daño que se le puede ocasionar al interés público, sin enmarcarlo dentro de una petición fundada. Esto se contradice con la doctrina procesal y la de la CSJN en cuanto, con posterioridad a la vigencia de la LMC, señaló que para el levantamiento de una medida cautelar se deben analizar si se encuentran configurados los extremos previstos en el artículo 202 del CPC y CN para proceder a su levantamiento. Se considera que la norma pretende condicionar la vigencia de la medida cautelar dictada al axioma que informa que, por el solo hecho de que el Estado debe cumplir una decisión en contra de lo que ha dispuesto, se produce el desconocimiento del interés público, este contradice el derecho a la tutela judicial efectiva. (Aberastury, 2020, pág. 254)

Al respecto la invocación del grave daño al interés público deberá estar debidamente fundada e ir acompañada de elementos que permitan fortalecer la presunción de legitimidad

del acto estatal que ha sido suspendido con base en la verosimilitud del derecho invocado, pues no se concibe una genuina afectación del interés público si se está vulnerando el principio de juricidad. (Comadira J. , 2021, pág. 361)

2.12. b.-Medidas positivas

En el artículo 14 de la LMC se establece que las medidas cautelares que tengan por objeto imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrá ser dictadas por el órgano jurisdiccional si se acreditan la concurrencia de los siguientes requisitos: a.- Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada, b.-Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista, c.-Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior, d.-No afectación de un interés público, e.-Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Por su parte, se establece que estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en la ley.

En relación a las medidas previstas en el artículo 14, la doctrina expreso que las medidas positivas tiene por finalidad el dictado de mandatos judiciales dirigidos a la autoridad estatal para que realice una determinada conducta u otorgue una prestación de una manera urgente, lo que se traduce en una obligación de hacer. (Buteler, 2014, pág. 9).

Este tipo de medidas procede frente a actos por los cuales se deniega una petición, la inactividad material o la inejecución de un acto administrativo que se encuentra firme.

Son medidas de contenido positivo en tanto recaen directamente sobre la relación sustancial controvertida en el proceso, por lo que constituyen una decisión, anticipada de mérito, destinada a durar hasta tanto se dicte el pronunciamiento definitivo.

A través de este tipo de medida cautelar, el juez competente puede suplir las denegaciones u omisiones en las que incurre la Administración Pública, aunque encuentra su límite en la discrecionalidad pues para que proceda debe tratarse de una actividad reglada, en tanto que una orden judicial con las características apuntadas estaría supliendo ilegítimamente la valoración que le corresponde a la administración, lo que solo aparece como viable en supuestos que se presenten ante la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. (Buteler, Ley de medidas cautelares en que el Estado es parte, 2014, pág. 8)

Por su parte, no deben confundirse las medidas cautelares innovativas con las positivas, como bien lo afirma Gallegos Fedrini, (2006) quien considera que la diferencia entre ambas radica en la diversa situación de hecho o de derecho en que se deja al administrado; al peticionar una innovativa el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de la solicitud, procurando que se restablezca el estado de las cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la administración, en tanto a través de una medida cautelar positiva el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de la que gozaba tanto antes como después del acto de gravamen. (como se cita en Buteler, 2014, pág. 8)

Por la LMC se establece una serie de requisitos señalando que los mismos rigen también para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en la ley, lo que pone en evidencia que no es un número cerrado sino que pueden disponerse todas aquellas medidas que resulten necesarias para asegurar el objeto del proceso.

Entre los requisitos que se hace mención para su procedencia, se ha establecido un estándar calificado para la configuración de los requisitos atinentes al peligro en la demora, que debe traducirse en perjuicios graves que resulten de imposible reparación ulterior y a la verosimilitud del derecho, en tanto para este último se exige un plus además de exiguir que la

inobservancia del deber incumplido sea clara e incontestable se requiere que el deber incumplido sea concreto y específico. (Perrino, 2016)

Se ha dicho que la medida cautelar positiva constituye una gran herramienta frente a la inactividad de la Administración Pública o en el supuesto de denegación del derecho, en el caso de que el pedido de no innovar no sirva para proteger precautoriamente el derecho en cuestión, sin que ello implique, de por sí y sin analizar cada caso en concreto, el avasallamiento de las competencias de la Administración. (Comadira J. , 2021, pág. 264)

Por su parte, la justicia federal se expidió en una causa sobre la tutela requerida la cual revestía carácter innovativo, en tanto implicaba ordenar a la demandada que despliegue una conducta positiva, estableció que era una circunstancia que justificaba una rigurosa ponderación de los recaudos de admisibilidad precedentemente. Expuso que ese estándar más riguroso de ponderación, propio de la mayor intromisión en la esfera de otro poder del Estado involucrado en una medida positiva, sumado a la necesidad de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público por lo que se dispuso no analizar la tutela con el alcance pretendido sino limitandola, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar (art. 204 CPCCN y arg. Art. 3 inc. 3 ley 26.854). (CCAFed. Sala IV. Molloza, Zulma y otros c/EN-M Agroindustria de la Nación s/ amparo ley 16.986. Expediente 47177/2018/CA1 del 13/11/2018).

En igual sentido se pronunció la justicia federal en un caso donde la recurrente solicitaba una tutela en los términos que reviste carácter innovativo, en tanto implicaba la suspensión de los actos que habrían declarado la incapacidad de la actora y dispuesto su baja por agotamiento de la licencia, la reincorporación de aquella, circunstancia que justifica su encuadramiento en los recaudos de admisbilidad más riguro del art. 14 de la Ley N° 26.854. (CCA Fed. Sala IV. De Ceglia, Silvia Paula c/ en M Defensa- FAA s/ Amparo Ley 16.986. Causa CAF 3833/2020 del 05/11/2020)

Por su parte, en una causa en la que se intenta la renovación de un subsidio y ante el silencio de la demandada, la justicia federal considero que de acuerdo con los hechos relatados y de conformidad con las constancias acreditadas por la actora, recordar que el tribuanl resulta facultado para dictar una medida cautelar, en tanto la misma constituye una herramienta útil frente a la inactividad de la Administración. Expone en sus argumentos que la ley en su artículo 14 la prevee sin que ello implique el avasallamiento de las competencias de la Administración Pública. (CCA Fed. Sala V. Abrodos Viviana Cecilisa c/ En- Agencia Nacional de Discapacidad s/ Medida Cautelar Autónoma. Causa CIV 52328/2019/CA1-CA2 de fecha 05/11/2020)

En relación a lo previsto en el inciso 2 del citado artículo, tiene una gran relevancia en tanto no solo reconoce que la medida cautelar positiva no es la única medida cautelar innovativa sino que habilita al dictado de cualquier otra de esa especie, lo que hace primar la tutela judicial efectiva.

2.12. c.- Medidas de no innovar

En el artículo 15 se regula la medida cautelar de no innovar disponiendo que procederá cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a. Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior, b. la verosimilitud del derecho invocado, c. la verosimilitud de la legitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal, d. la no afectación de un interés público, e. que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Asimismo, se prevé que las medidas de carácter conservatorios no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

Estas medidas pueden ser propuestas con anterioridad, conjuntamente o con posterioridad a la deducción de la acción principal, por aplicación del art. 3 inciso 1.

La medida de no innovar constituye un instituto cautelar de carácter conservatorio, por conducto de la cual se busca preservar la situación de hecho o de derecho existente con anterioridad a su dictado, impidiendo las modificaciones producidas por la ejecución de las conductas materiales ilegítimas del Estado Nacional o de alguno de sus entes, que podrían comprometer la eficacia de la decisión cognitiva de fondo. (Simón Padrós, 2016, pág. 184)

Dichas medidas han sido admitidas, pero con carácter excepcional en tanto altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

La Ley establece la concurrencia de los requisitos señalados precedentemente. Cuando refiere a la existencia de perjuicios, los mismos deben ser de imposible de reparación ulterior.

En relación a la verosimilitud del derecho invocado, el requirente debe invocar la existencia de un derecho que es motivo de lesión mediante una alegación cuyo tratamiento no será exhaustivo, puesto que no requiere el examen de certeza y sin que esto permita entender un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo.

La doctrina por su parte postuló que ante la verosimilitud de la ilegitimidad de la conducta material, la misma debe provenir de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal, lo cual es razonable pues la finalidad de una medida de no innovar se centra en la conducta material debido a la ilegitimidad de los actos de ejecución pudiendo, inclusive, provenir de un acto legítimo. (Aberastury, 2020, pág. 277)

Comadira (2021), se ha referido al tema exponiendo que la misma es de aplicación no solo frente a hechos administrativos y vías de hecho, sino que también podrá acudirse a ellas para evitar el dictado de actos administrativos, fundamentando esta postura en la amplitud de

la última parte del artículo donde autoriza a extender la protección cautelar de no innovar a otros supuestos. (pág. 387)

En consonancia con lo que venimos exponiendo, la CSJN ante un recurso de queja planteado por el Estado Nacional el cual decide hacer lugar, expreso que:

> En el caso en el que por medio de una prohibición de innovar se pretende modificar el statu quo existente, esta Corte ha establecido que su admisibilidad reviste carácter excepcional de modo que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia. Ello, en tanto su concesión altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (…). La necesidad de esa prudencia deriva también de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego.
>
> Por lo que decide que no resulta aceptable la decisión del a quo de suspender la aplicación de una norma, cuyo imperio no ha sido desvirtuado en modo alguno, con sustento en que una interpretación posible de sus términos y, por tanto, no ilegítima, resulte inconveniente para la parte que pretende repeler sus efectos… no puede pasarse por alto que la decisión confirmada por el a quo configura un anticipo de jurisdicción favorable acerca del fallo final de la causa, circunstancia que, como se señaló justifica una mayor prudencia de los jueces al momento de examinar los recaudos que hacen a la admisión de la medida cautelar. (CSJN. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/EN- Consejo de la Magistratura y otros s/inc. de medida cautelar. Causa CAF63646/2017/2/1RH3 del 27/11/2018)

2.13.- Medidas cautelares solicitadas por el Estado

Las medidas cautelares solicitadas por el Estado nacional y sus entes descentralizados se encuentran previstas en el artículo 16 de la ley, estableciendo que pueden ser solicitadas en cualquier clase de proceso.

La LMC también contempla la regulación de las medidas cautelares que puede solicitar el Estado Nacional y sus entes descentralizados habilitándolo para requerir la tutela cautelar en cualquier clase de proceso, sujetando el pedido a circunstancias de hecho que se deben demostrar, sin perjuicio de igualar la admisión con los demás presupuestos precautorios.

Para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por el Estado deben concurrir las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad, 2. Verosimilitud del derecho invocado y en su caso, de la ilegitimidad alegada, 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

Cuando hace referencia a un riesgo cierto e inminente de sufrir un perjuicio, este no alcanza con la alegación de un daño incierto, hipotético o meramente conjetural y en lo que refiere al interés público no se lo toma como un elemento autónomo de consideración.

Es así que más allá de verificar la efectiva concurrencia del interés público invocado por el Estado, el juez debe ponderar y conjugar con los requisitos para la procedencia de la medida, el tipo o la índole del interés público comprometido y el grado de afectación. (Comadira J. , 2021, pág. 400)

También se debe tomar en consideración la verosimilitud del derecho y verosimilitud de la ilegitimidad, en tanto la evaluación del juez no podrá ser ajena a estos requisitos propios de las medidas cautelares al momento de analizar el interés público comprometido y el grado de afectación.

En relación a los citados requisitos se expone que la verosimilitud del derecho se integra con la razón jurídica suficiente alegada por el peticionario como fundamento de la pretensión, en tanto debe demostrar en grado de apariencia que es portador o beneficiario de una relación sustancial de disponibilidad o utilidad sobre los bienes jurídicos en litigio y que este tiene posibilidades razonables de resultar reconocida en el pronunciamiento definitivo. Por su parte en relación a la verosimilitud de la ilegitimidad, se deben evaluar si existen indicios razonables y convincentes de ilegitimidad o antijuricidad del acto administrativo cuya suspensión se pretende. (Sanmartino P. , 2012 , pág. 943)

Cuando se hace referencia a la idoneidad y necesidad de la medida cautelar con el objeto de la pretensión principal, se entiende que el Estado a través de la medida solicitada debe ser la adecuada para proteger el objeto principal, debiendo acreditar también la necesidad de obtener la misma, constituyendo la menos gravosa o restrictiva de los derechos de los particulares.

En estos casos, se hace referencia a medidas que se conocen como precautelar, en tanto se refiere a medidas que escudan al Estado de la producción de ciertos riesgos o peligros.

> Por eso no son medidas anteriores a lo precautorio, propiamente dicho, y con una dimensión más amplia que el de una medida cautelar. En la práctica se usan como prevención de consecuencias, o impedimentos de realización. (Gozaini O. A., 2013, pág. 88)

Estas medidas deben resolverse previo traslado a la contraparte, con arreglo al principio de bilateralidad establecido en el artículo 4 de la ley, a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio del destinatario de la resolución cautelar.

En cuanto a la contracautela y contrariando lo establecido en el artículo 10 de la ley, no se exige a la autoridad pública que solicita la medida la constitución de contracautela por

las costas y daños y perjuicios que aquella pudiera ocasionar, en tanto se considera la solvencia del Estado.

2.14.- Casos en que se interrumpe los servicios públicos

En su artículo 17 se prevé la posibilidad de que el estado solicite medidas cautelares que tengan por objeto neutralizar los actos, hechos u omisiones que interrumpan o entorpezcan la continuidad o regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos.

La norma realiza una especial referencia a la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos, al regular que cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

En la norma se realiza la correspondiente excepción, respecto de los derechos sindicales y de huelga de los trabajadores, constitucionalizados en nuestro ordenamiento nacional.

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

Es así que por el artículo 17 se prevé la posibilidad de que el Estado solicite medidas cautelares que tengan por efecto neutralizar los actos, hechos y omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos.

El derecho trabaja sobre la amenaza cierta o cuando existan vías de hecho, permitiendo que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas actúen con requerimientos anteriores, simultáneos o posteriores a la demanda principal.

La autonomía que tiene la pretensión cautelar pone de relieve una actuación de urgencia, de tipo precautorio, que persigue conseguir la regularidad de gestión y ejecución del servicio público.

La afectación que la ley menciona obra sobre el funcionamiento general del servicio, puede ejecutarse a través de empresas privadas sin alterar la prosperidad de la medida. Ocurre que si la acción paraliza la continuidad del servicio, la incidencia generalizada, y el perjuicio individual se proyecta consumando más gravámenes que el singular producido. (Gozaini O. A., 2013, pág. 88)

Por este artículo se faculta a la autoridad pública nacional a solicitar todo tipo de medidas cautelares que resulten adecuadas a la finalidad de asegurar el objeto del proceso, las que podrán consistir en ordenar la abstención o cesación de una actuación material que amenaza, interrumpe o entorpece la regular prestación de un servicio público o la ejecución de una actividad de interés público o perturbe la integridad o el destino de los bienes que se encuentran afectados a dichos cometidos y en su caso, disponer el restablecimiento, en condiciones normales, de la continuidad del servicio público o de la actividad estatal comprometida. (Simón Padrós, 2016, pág. 185)

2.15.- Aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y proceso excluidos.

El artículo 18 establece que serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados o a las solicitadas por estos, en cuanto sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ante la falta de un Código Procesal Administrativo a nivel federal, se acude al CPCCN que como se sabe rige los procesos judiciales entre privados.

La LMC establece que podrá aplicarse el CPCCN cuando las normas previstas en el mismo no sean incompatibles con las prescripciones establecidas en la ley.

Por su parte por el artículo 19 de la ley, se excluye a los procesos de amparo que se encuentran regidos por la Ley N° 16.986 salvo respecto a lo establecido en los artículos 4 inciso 2, 5, 7 y 20 de la ley.

El inciso 2 del art. 4 se relaciona con el plazo establecido como informe previo a disponer una medida cautelar, el que se produce en juicio sumarísimo y de amparo, en tres días.

El art. 5 se relaciona con el plazo de vigencia de la medida provisional ordenada en los procesos de conocimiento o de amparo, que no podrá exceder de los tres meses.

El art. 7 y 20 se relaciona con la modificación de la cautelar y con la inhibitoria de jurisdicción, respectivamente.

Si bien se trata de una exclusión parcial, Gozainí (2013) expuso al respecto que:

> Antes que una exclusión es una alteración manifiesta del objetivo que persigue un proceso de amparo, que siendo un juicio constitucional donde la bilateralidad está diluida aunque haya derecho de contradicción, se convierte en un proceso

contradictorio con la incorporación de este traslado inesperado e inconstitucional. (pág. 89)

La justicia federal al momento de expedirse y considerando que si bien el amparo se encuentra excluido- con excepciones- del ámbito de aplicación material de la ley 26.854 (art. 19), afirmo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una doctrina referida a los rigurosos recaudos que deben verificarse para la admisión de medidas cautelares contra el Estado Nacional como son la verosimilitud del derecho calificado y peligro irreparable en la demora; a los que debe agregarse la ineludible consideración del interés público comprometido. (CNACAFed. Sala IV- Mercovich Perla Diana c/ EN- M DE Salud de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986, CAF 10361-2020 del 16/07/2020).

En el caso se planteó la delicada condición de salud de la actora, la inexistencia de una tratamiento eficaz disponible en el país y el severo deterioro de su calidad de vida, circunstancia que sumada a los resultados exhibidos por el medicamento pretendido en la actora- podría justificar su ponderación a los efectos de la autorización excepcional de su importancia, sea en los términos de la resolución 133/19 o en el régimen que habrá que precisar en la sentencia definitiva. Por lo que decidió limitar el alcance de la tutela a la autorización de importación del medicamento que se encuentra retenido en la aduana, debiendo resolverse en la sentencia definitiva la procedencia de las renovaciones del trámite para futuras adquisiciones.

2.16.- Cuestiones de competencia

La ley establece que la vía inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado Nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

Por su parte, el artículo 20 en su segundo párrafo establece algunas reglas para determinar la autoridad judicial competente para resolver los conflictos de competencia que puedan presentarse en aquellas situaciones en donde el Estado sea parte.

Es así que todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

En palabras de Aberastury (2020) el legislador ha hecho una remisión a las reglas que rigen la competencia y que se encuentran previstas en el CPCyCN ante la falta de un código específico en la materia, sin embargo, ha cambiado la modalidad de decisión frente a un conflicto de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, estableciendo la vía inhibitoria en este último supuesto. (pág. 314)

Otra modificación introducida por la LMC es que todo conflicto de competencia que se dé entre un juez en lo contencioso administrativo federal o la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y un juez o Cámara de otro fuero, debe ser resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La justicia federal al momento de resolver una cuestión de competencia dispuso que la regla general en materia de resolución de conflictos de competencia que involucren a jueces del fuero, en medidas cautelares en las que el Estado Nacional sea parte; sin que en esa norma legal se halle expresamente previsto supuesto de excepción alguno, que torne aplicable el criterio establecido en el art. 24 inciso 7 del Decreto N° 1285/58, corresponderá entender a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal conforme lo previsto en el art. 20 de la LMC. (CCAFed. Sala III. Incidente de Competencia N° 1, en autos “ROCH SA c/

en-M Energía y Minería- Secretaria de Recursos Hidrocarburíferos s/ Proceso de Conocimiento. expediente N° 14.815/2017 del 12/07/2018).

Capítulo IV

Las Medidas cautelares en el orden provincial

1.- Régimen aplicable a nivel provincial

A través de la Ley N° 4.106 y su modificatoria Ley N° 5.846, se regulo el procedimiento contencioso administrativo de la Provincia de Corrientes por años hasta su reciente derogación por la Ley N° 6.620.

El Código de Procedimiento Contencioso Administrativo (Ley N° 4.106- hoy derogado-) se refirió en el Título I - Capítulo II a la suspensión de la decisión Administrativa y en el Capítulo IV del mismo Título a las medidas precautorias.

En la actual Ley N° 6.620 se continúa con su tratamiento por separado en el Título II dedicando los capítulos I a las medidas precautorias y el Capítulo II a la Suspensión de la decisión administrativa cuestionadas en el proceso.

Ambos institutos se han regulado de manera distinta y con un procedimiento diferente, en tanto en la ley -hoy derogada- como en la que se encuentra vigente, la suspensión de la decisión administrativa, es considerada como una medida cautelar típica del proceso contencioso administrativo cuyo objeto supone una suspensión de la ejecución de los actos administrativos dictados por la autoridad pública en el marco de su competencia.

Por su parte, se ha regulado a las medidas precautorias o medidas innovativas las cuales tienen por fin asegurar la conservación de los bienes motivo de la causa, la comprobación de alguna situación de hecho, la existencia de pruebas posibles de desaparición o para garantizar la ejecución de la sentencia.

La distinción entre las medidas cautelares y la suspensión de la decisión administrativa se centra en el trámite diferente y la importancia de uno u otro en su concesión.

En un principio, estas medidas eran rechazadas tomando como argumento la legitimidad y ejecutoriedad de la que gozan los actos administrativos, pero con posterioridad se produjo un cambio radical por la cual se permitió la concesión de las mismas, siendo su único límite la separación de poderes y la finalidad de la Administración Pública, aunque siempre que los jueces tienen que entender en una medida cautelar solicitada, "se debe sopesar los perjuicios que pueda traer y las modificaciones que pueden hacer de la solicitud, para evitar mayores daños y asegurar lo estrictamente necesario". (Rubín, 2008, pág. 53)

En lo que refiere a la diferencia que presentan, Revidatti (1987) expuso que la suspensión de la medida se decreta por vía incidental con audiencia de las partes y la medida precautoria se dispone inaudita parte, distinguiendo la suspensión del acto de la medida innovativa en tanto por la primera se suspenden los efectos del acto y en la segunda se los modifica, aunque sin diferenciarla de la medida de no innovar. (como se cita en Rubín, 2008, pág. 54)

Otra de las diferencias que se remarcan es en relación a la prioridad en el contenido de la medida que se persigue en tanto, si lo que se pretende es la preservación de un derecho lo aplicable ha de ser una medida precautoria, si por el contrario se busca la suspensión de los efectos de un acto administrativo que fuera dictado y que provoca controversia, lo que se solicitará será la suspensión de la decisión administrativa. (Rubín, 2008, pág. 54)

Tanto en una u otra medida es de importancia de que se acrediten los requisitos esenciales de admisibilidad de toda medida cautelar, en tanto la finalidad de ellas no es adelantar jurisdicción sino asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva para evitar que las sentencias sean remedios tardíos para reparar el derecho vulnerado. (CACAyE-Ctes. Inc. de Medida Cautelar en autos: Colegio de Farmaceúticos de la Provincia de Corrientes c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Dirección General de Rentas) s/ Acción

Contenciosa Administrativa". Expediente N° IA 1 141993/01. Resolución N° 17 de fecha 02/03/2018)

2.- De la Suspensión de la Decisión Administrativa

2. 1 Consideraciones previas

Para el cumplimiento de sus fines la Administración Pública dicta actos administrativos cuya validez y eficacia depende de que se haya cumplido con elementos esenciales que establece la ley de procedimiento administrativo -Ley N° 3.460- .

Por su parte, se destaca que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria conforme a lo previsto en el art. 137 de la Ley N° 3.460.

La justicia provincial se ha manifestado al respecto considerando que, al tratarse de la suspensión de los efectos del acto administrativo, no puede soslayarse su presunción de legitimidad (art. 137 del Código de Procedimiento Administrativo de Corrientes), que supone que ha sido dictado con arreglo al ordenamiento jurídico e impide, en principio de que se suspenda cautelarmente sus efectos. (CACA y E- Ctes. "ISDA en autos: Gago Juan Carlos s/ Prepara Acción Judicial". Expte. N° IA2174.843/1. Resolución N° 99 de fecha 06/07/ 2020)

En relación con la presunción de legalidad Cassagne considera, que si no existiera tal principio toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla, lo que implicaría que se obstaculice el cumplimiento de los fines públicos. (como se cita en Revidatti & Sassón, 1994, pág. 175)

Sin perjuicio de lo expuesto, la presunción de legitimidad de la cual goza el acto administrativo en tanto fue emitido conforme a derecho, no es absoluta, pudiendo ser desvirtuado por el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico. Esa presunción de legitimidad admite prueba en contrario y cesa cuando se acredita sumariamente la verosimilitud del derecho alegada y el acto atacado aparece con visos de ilegitimidad

manifiesta. (CACA Elec de la Pcia. de Ctes. “ISDA en autos: Gago Juan Carlos s/ Prepara Acción Judicial”. Expte. N° IA2174.843/1. Resolución N°99 de fecha 06/07/2020)

Conforme a ello el particular no se encuentra desprotegido, en tanto es el mismo sistema el que le garantiza ciertas garantías frente a un acto administrativo ilegítimo y arbitrario cuya ejecución le puede afectar en la esfera de sus derechos, en tanto puede solicitar una medida cautelar de suspensión de decisión administrativa a fin de asegurar la eficacia del resultado del proceso administrativo. (Cassaro Lodoli, 2012)

Por tanto, la suspensión de la decisión administrativa se considera una medida típica dentro del procedimiento contencioso administrativo, que ha sido regulada en forma separada de las medidas precautorias por tener una especificidad propia.

Al respecto la doctrina consideró que la especificidad propia de la medida cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo deriva del contenido de su objeto que supone una declaración de nulidad temporaria, impropia o atípica del acto administrativo. “De esto se deriva que la decisión judicial que hace lugar a una solicitud de suspensión de efectos de un acto administrativo implica, de suyo, retrotraer la situación fáctica y/o jurídica al momento previo al dictado del acto administrativo”. (Comadira J. , 2021, pág. 216)

La suspensión de los efectos del acto estatal se inserta en el tercer momento de la tutela judicial efectiva- al tiempo de dictar y ejecutar sentencia- en procura de garantizar la efectividad de lo que se decida en el proceso principal. (Comadira J. , 2021, pág. 209)

En igual sentido se ha manifestado la justicia provincial al afirmar que no comportan en absoluto incurrir en prejuzgamiento, como también se ha sostenido en el ámbito federal, por lo que la finalidad de las medidas cautelares tiende a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

(CACAyElec. “ISDA en autos González Sofía Lorena c/ Municipalidad de Mercedes s/ Prepara Acción Judicial”. Expte N° I01 13599/01. Resolución N° 139 de fecha 29/10/2020)

2.2.- Momento en que puede ser solicitada. Competencia

Por el artículo 17 de la Ley N° 4.106- hoy art. 34 de la Ley N° 6.620- se señala cual es la oportunidad procesal para solicitar la suspensión de la decisión administrativa determinando dos momentos, ya sea durante su sustanciación del proceso o con anterioridad a este si hay urgencia notoria.

Se establece así dos momentos en los cuales se puede solicitar la suspensión de la decisión administrativa, los cuales ya se encontraban contemplados en la ley derogada.

En lo que refiere al artículo bajo análisis cuando se prevé “*durante la sustanciación*” se refiere al momento en que se desarrolla el proceso, por lo que estaríamos hablando de una medida cautelar de carácter accesoria, en tanto acompaña a un proceso principal como lo venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo.

Las medidas que se peticionen durante la sustanciación del proceso se dan en forma simultánea a la presentación de la demanda o con posterioridad a la interposición de la misma.

En tanto cuando el pedido de medida cautelar se solicita con anticipación a la interposición de la demanda debe acreditarse la existencia de una urgencia notoria, por lo que el juez al momento de evaluar la urgencia debe tomar en consideración no cualquier urgencia, sino que esta sea notoria. Dicha urgencia deberá ser invocada, argumentada suficientemente y se debe adjuntar la prueba que la demuestre. (Rubín, 2008, pág. 56)

En igual sentido, se ha afirmado que la urgencia notoria, hace referencia a cuando no se puede esperar que se interponga la demanda en este caso el peticionante acompaña las pruebas que demuestran la urgencia. (Morales, 2010, pág. 28)

En aquellos casos que la medida cautelar se solicita con anterioridad estamos ante una medida cautelar anticipada, esto se da cuando se requiere la suspensión de la decisión administrativa una vez agotada la vía administrativa y antes de la interposición de la demanda.

En este caso particular la demanda se debe presentar en el plazo que la ley fije en tanto de no ser presentada se producirá la caducidad automática de la medida cautelar que fue peticionada con anterioridad.

La medida cautelar de suspensión de la decisión administrativa tiene por objeto la suspensión judicial de la decisión administrativa hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el proceso principal que ya fuera iniciado, o por iniciarse según el momento en que se solicite la medida cautelar.

Sin embargo, por la Ley N° 6.620 en su artículo 33 se ha establecido que "*la demanda no interrumpe la ejecución de los actos administrativos cuestionados, salvo que se trate de alguna de las excepciones contempladas en las leyes*". Es decir que solo se interrumpirá la ejecución del acto administrativo en aquellos casos que se encuentren previstos en las leyes.

La justicia provincial ha afirmado al exponer que la esencia de las cautelares hace precisamente a la posibilidad de brindar al justiciable un adecuado acceso a la jurisdicción a fin de que se mantenga en igualdad de condiciones frente a su contraparte y se le permita el desarrollo del proceso judicial a través del cual obtenga su pronunciamiento de mérito que dirima la cuestión objeto de esa disputa. (CACAyE.- Ctes. ISDA en autos: Escobar María de las Nieves, Escobar Susana Margarita y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes s/ Acción Declarativa de inconstitucionalidad, Expte. N° 174493/1. Resolución N° 109 de fecha 17/12/2019)

2.3 Requisitos para su procedencia

Entre los requisitos a los que hace referencia la nueva ley para su procedencia se encuentran:

a) La verosimilitud de las irregularidades que denuncia contra la decisión recurrida; b) Que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa, sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que pueda ocasionar su suspensión; c) La urgencia notoria. Cuando la irregularidad de la decisión administrativa sea manifiesta no será necesario el requisito establecido en el inciso c).

Es de recordar que la ley N° 4.106 preveía un requisito más que era "*haber solicitado esta medida a la persona que deba ser demandado con resultado negati*vo". A través de dicho inciso se debía acreditar que la medida había sido solicitada a la persona que debía ser demandada con resultado negativo, se aducía al reclamo previo en cierta forma cuando se exijía lo mismo en la demanda principal.

Este punto ha sido muy criticado en cuanto a la viabilidad de la medida suspensiva, en tanto se entendió que:

> Al requerirse que se formule el planteamiento previo de la medida en sede administrativa y que la pertinente decisión sea adversa al peticionante… el mismo se traduce en un ritualismo formal inconducente que conculca los derechos de las personas en su caso, tendrían que soportar – mientras tramita el pedido de suspensión- la ejecución del acto administrativo. (Cassaro Lodoli, 2012)

En la ley -hoy vigente- se ha eliminado este requisito en tanto que no era conteste con el fin de las medidas cautelares, por lo que esperar que la autoridad administrativa en un plazo breve se expida resulta ilusoria, por lo general es resuelto con el recurso interpuesto, lo que solo provocaba una demora en el acceso a la justicia por parte del particular perjudicado por el acto y actuaba en detrimento de la tutela judicial efectiva.

Con relación al requisito de la acreditación de la verosimilitud de las irregularidades, el mismo se relaciona con el derecho del demandante a solicitar la anulación del acto, atento que lesiona su derecho a la existencia regular del acto, la existencia verosímil de lo irregular habilita la medida. (Rubín, 2008, pág. 56)

Por su parte, Casaro Lodoli (2012) entendió que la acreditación de la verosimilitud caracteriza a la medida de suspensión de decisión administrativa como la medida cautelar típica del proceso contencioso administrativo, en tanto su objeto es suspender la ejecución de un acto administrativo por lo que corresponde que el demandante acredite la apariencia de la entidad del vicio del cual se encuentra afectado el acto cuestionado de ilegitimidad. (pág. 6)

Sin perjuicio de lo expuesto la jurisprudencia provincial sentenció que:

> La fundabilidad de la pretensión cautelar no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, es exigible- al menos- uno periférico encaminado a obtener una convicción de probabilidades acerca de la existencia del derecho invocado por el actor, en base a un razonable cálculo de probabilidades sobre la certeza del derecho que se pretende asegurar. (CACAyE-Ctes. ISDA: Muñoz Eduardo Hipólito c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Provincia de Corrientes s/ Recurso Facultativo. Expte IA1 148920/1. Resolución N° 15 de fecha 28/02/2018)

Otro de los requisitos que se señalan en la ley es la acreditación del daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa, “sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que pueda ocasionar su suspensión, lo que se pretende es evitar perjuicios innecesarios, logrando una suerte de equilibrio entre los efectos de la medida y la situación a evitar o reparar”. (Rubín, 2008, pág. 57)

Revidatti (1987), considero que este recaudo fue uno de los mejores logros de la ley, en tanto logro superar la exigencia del daño irreparable.

> Con ello se logró una armonía con los principios fundamentales a los que se encuentran sometidos los órganos administrativos en el ejercicio de sus cometidos y de acuerdo a lo establecido en la primera parte de la ley 3460, principalmente en cuanto a la ecuación poder- libertad, por lo que correspondería suspender el acto cuanto se advierte que el daño que pueda ocasionar su ejecución sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que pueda ocasionar su suspensión. (como se cita en Cassaro Lodoli, 2012)

La justicia al pronunciarse sobre este punto estableció que debe requerirse la posibilidad de que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transfrome en tardio el eventual reconocimiento del derecho cuya tutela se pide, riesgo en el que se sustenta el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar. (CACA yE- Ctes. ISDA en autos: Lopez María Concepción c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes S/ Acción Contenciosa Administrativa". Expte N° IA 2 141350/01. Resolución N° 02 de fecha 07/02/2018).

Por lo que en consonancia con lo expuesto hasta aquí, se ha resuelto que lo que se pretende evitar es un daño no susceptible de reparación ulterior mientras que será en el proceso principal en el que deberá determinarse si se configuran las irregularidades reseñadas. (CACAyE- Ctes. ISDA en autos: Rebes María Asunción c/ Estado de la Provincia deCorrientes S/ Acción Contenciosa Administrativa". Expediente N° IO1 18645/2. Resolución N° 59 de fecha 13/08/2019).

Por su parte, en el caso de "urgencia notoria" Revidatti (1987) realizo una interpretación racional en tanto expuso que dicho requisito es relativo, considerando que la urgencia notoria solo es requerida cuando no hay irregularidad manifiesta en la decisión administrativa. "Así el peticionante debe hacer jugar en su presentación, la irregularidad y la urgencia para obtener una resolución favorable". (Como se cita en Rubín, 2008, pág. 57)

Es de destacar así mismo que para que la suspensión de la decisión administrativa se resuelva, es necesario que concurran todos los requisitos enunciados, así lo ha entendido la jurisprudencia al disponer que;

> Ante un pedido de suspensión de decisión administrativa, previamente, debe acreditarse la existencia de los requisitos que la tornen viable por aplicación de las normas que rigen la materia, señalando al respecto que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes que "… el artículo 17 de la Ley N° 4106 exige la concurrencia en forma conjunta de los distintos recaudos de procedencia…(STJ Resolución N° 642 de fecha 15/09/2010 en autos: Lema Osvaldo Rafael c/Dirección General de Enseñanza Media s/ Suspensión de Decisión Administrativa. Expte. N° 30.524/9). (CACAy E.- Ctes. ISDA en autos: Rabadan Pabla Verónica s/ Prepara Acción Judicial". Expte. N° IA 1 165203/01. Resolución N° 48 de fecha 04/07/2019).

En lo que refiere a la caución, la misma se determina por el Tribunal el cual fijara el modo y monto que debe rendir el peticionante, lo que constituye una exigencia por parte del órgano judicial a los fines de evitar perjuicios de cualquier naturaleza que puedan presentarse por la adopción de una medida que suspenda una decisión administrativa.

La misma constituye, conforme lo expuesto por destacada doctrina que:

> Una forma de contrarrestar el riesgo inevitable que, para la tutela judicial efectiva de todas las partes implicadas en un proceso contencioso administrativo, supone la urgencia y el estado de probabilidad en el que se debe resolver la medida, máxime aun cuando se trata de una decisión adoptada a partir de la verosimilitud de ilegitimidad y del mayor daño que causaría su ejecución. (Cassaro Lodoli, 2012, pág. 7)

Por su parte, la nueva ley ha agregado supuestos cuando refiere a pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exigirá únicamente caución juratoria.

En este sentido ya venía respondiendo la justicia provincial, en tanto estableció como contracautela caución juratoria, en un caso en el cual se priorizo el resguardo del derecho a la salud del actor, en tanto se había acreditado suficientemente la probabilidad del derecho y el peligro en la demora. (CACA yE- Ctes. ISDA: Muñoz Eduardo Hipólito c/Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Provincia de Corrientes S/ Recurso Facultativo. Expte N° IA1 148930/01. Resolución N° 15 de fecha 28/02/2018)

Por lo que en relación a los requisitos reseñados al momento de expedirse la justicia provincial, sentenció que para la procedencia del pedido de suspensión de la decisión administrativa se requiere del cumplimiento de determinados recaudos, por un lado se encuentran los presupuestos propios y comunes de todas las medidas cautelares que en relación a la suspensión son los establecidos, y por el otro los presupuestos específicos que deben concurrir por tratarse de una medida cautelar contra la Administración Pública, cual es que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa, sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que puede ocasionar su suspensión. (CACA y E.- Ctes. ISDA en autos Romero Feris María Florencia c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Pcia. De Ctes y/o Administración de Obras Sanitarias de Ctes) s/ Acción Contenciosa Administrativa". Expte N° IA 2 186305/1. Resolución N° 158 de fecha 17/12/2020)

2.4.- Tramitación por vía de incidente

La tramitación de la suspensión de la decisión administrativa se realiza por la vía de los incidentes, lo que implica que no se suspende el proceso principal. (art. 35 Ley N° 6.620)

El incidente se caracteriza por sustanciarse por separado del principal y en principio no suspende la tramitación de la causa, sin perjuicio que por el artículo 119 se establece que se podrá suspender cuando la naturaleza y gravedad de la cuestión planteada obste a la prosecución de aquella.

En relación con la forma de promoverse el incidente se prevé que es la parte quien debe exponer concretamente los hechos y el derecho en que se funde y acompañar la prueba que se estime pertinente.

Del escrito por el cual se promueva se correrá traslado por cinco (5) días a la otra parte haciendo referencia a la autoridad que corresponde conforme al reclamo, quien al contestarlo debe ofrecer la prueba de la que intente valerse, la cual será producida en este caso en el momento correspondiente.

Cumplido con la contestación del traslado o vencido el plazo para hacerlo, si no se hubiera ofrecido prueba, el incidente de pedido de suspensión de la decisión administrativa queda en estado para ser resuelto a través del dictado de la sentencia.

El lapso para la producción de la prueba es de diez (10) días, quedando la causa en estado de resolver.

Es de suma importancia la prueba que se presente en esta instancia incidental, y así se ha postulado por la justicia al expresar que:

> Tramitado el procedimiento cautelar previo de suspensión de la decisión administrativa (…), resultando de los elementos de prueba aportados en esta instancia incidental y dentro del acotado marco de conocimiento que este tipo de medidas supone, la gravedad de la lesión sufrida por los accionantes como consecuencia de los actos legislativos emitidos por la Administración Municipal, cuya concreta aplicación aparece prima facie como ilegítima y arbitraria por contravertir la Constitución Provincial y la legislación vigente, por lo que concurren las condiciones para el otorgamiento de la medida cautelar que proteja el derecho alegado mientras se tramita el proceso principal. (CACA yE- Ctes. ISDA en autos: Escobar María de las Nieves, Escobar Susana Margarita y Otros c/ Municipalidad de

Corrientes s/ acción Declarativa de Inconstitucionalidad". Expte N° 174493/1. Resolución N° 109 de fecha 17/12/2019).

La nueva ley incorpora dos párrafos más que refiere a la medida interina y en los casos en que no será necesario correr traslado, estableciendo que:

"Cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justifiquen, el/ la juez o tribunal puede dictar una medida interina, cuya eficacia se extiende hasta el momento de la resolución del incidente".

En tanto considera que "no es exigible el traslado previo cuando se trate de pretensiones cautelares en las que esté comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria."

Por su parte, en esta instancia es de recordar lo previsto por la ley N° 6.620 en su artículo 36 – última parte- cuando se establece que, si la suspensión solicitada por la Administración Pública se produce antes de la formalización de la demanda, caducará de pleno derecho si ésta no se deduce en el plazo de 30 días desde que quede habilitada la instancia judicial. Dicho postulado ya era previsto en la ley 4.106 – art. 19- solo que con un plazo de 10 días.

En relación a este punto el Dr. Revidatti (1987) entiende que, su razón es que no se podrá decretar una suspensión sine die, resultando indispensable que exista la demanda a cuya suerte debe quedar vinculado el pedido de suspensión de ejecución del acto, caso contrario si no se inicia la demanda se podría estar ante una suspensión in eternum, por tal motivo es que se ha legislado su caducidad de pleno derecho si en el término fijado por la ley no se promueve la demanda. (Cassaro Lodoli, 2012, pág. 8)

2.5.- Perjuicio al interés público

En aquellos casos en que la medida decretada por el juez pueda producir un grave perjuicio al interés público o que es urgente cumplir la decisión o que se trata de alguno de los supuestos del art. 133, el juez previo traslado, puede dejar sin efecto a pedido de la Administración Pública, declarando a cargo de la misma la responsabilidad por los perjuicios que produzca la ejecución que deben establecerse y evaluarse provisionalmente en el mismo incidente de suspensión; pudiendo reajustarse en caso de prosperar la demanda.

Asimismo se prevé que la suspensión del acto administrativo caduca de pleno derecho si la demanda no se deduce en el plazo de treinta (30) días desde que queda habilitada la instancia judicial.

En los casos en que proceda la petición de la Administración, se determinará por el juez la responsabilidad de la misma por los perjuicios que se produzca por la ejecución, lo que se debe establecer y evaluarse en el mismo incidente de suspensión de manera provisoria.

La responsabilidad y monto de los perjuicios que se produzcan por la ejecución quedan sujetos a las resultas del juicio.

Por su parte cuando se hace referencia al art. 133, se refiere a los casos en que la norma establece que puede disponerse la suspensión de la sentencia sin perjuicio de otros motivos graves de interés público, en los casos que la ejecución: a) Determine la suspensión o supresión prolongada de un servicio prestado al público. b) Motive fundados peligros de trastornos al orden público. c) Determine la privación del uso colectivo de un bien afectado a ese uso, siendo este real y actual, siempre que medie interés público mayor. d) Trabase la percepción de contribuciones fiscales que aparezcan regularmente establecidas y que no hayan sido declaradas inconstitucionales en sentencia basada en autoridad de cosa juzgada. e) Por la magnitud de la suma que debe abonarse, provocarse graves inconvenientes al tesoro público, caso en el cual el tribunal establecerá el pago por cuotas con más actualización e interés.

Lo que se busca preservar es el interés general en juego ante decisiones que tienen en la mira el bienestar general, porque si bien se dan todos los recaudos fijados por la ley para ser decretada la suspensión, la misma provoca una perturbación grave a los intereses de la sociedad o existen intereses públicos relevantes, esto aun cuando en el caso de que la ejecución del acto pudiera afectar derechos e interés protegidos del particular. (Cassaro Lodoli, 2012, pág. 9)

En este supuesto se debe alegar por el mismo Estado el perjuicio al interés público, debiendo adjuntarse todas las pruebas que así lo corroboren. Sin embargo, dicho pedido en muchas circunstancias al ser tan amplio el concepto de interés público es difícil de determinar y más aún probar, por lo que al momento de ser evaluadas las peticiones por la justicia se debe realizar en un margen de razonabilidad haciendo primar siempre la tutela judicial efectiva.

Es de destacar que este precepto ya se encontraba contenido en la ley 4.106, con la diferencia que en la nueva normativa se ha previsto que se debe correr traslado previo, lo que refuerza la tutela judicial efectiva.

3.- La medidas precautorias

3.1.- Procedencia y Objeto

En la nueva redacción dada por la Ley N° 6.620 en relación a la procedencia y objeto de las medidas cautelares se prevé que:

> "*Las partes pueden solicitar al/la juez en cualquier estado del proceso y aún antes de que se declare expedita la vía judicial, las medidas precautorias o innovativas idóneas para asegurar la conservación de los bienes comprometidos en la causa, la comprobación de algún situación de hecho, la conservación de pruebas pasibles de desaparición o alteración, o cualquier otra diligencia tendiente a garantizar la*

ejecución de la sentencia y/o a evitar que, mientras dure el proceso, se produzcan, continúen o agraven perjuicios o daños de difícil reparación ulterior con relación al derecho cuyo reconocimiento se persigue".

En relación al objeto, las medidas precautorias tienden a asegurar la conservación de los bienes comprometido en la causa, la comprobación de alguna situación de hecho y la conservación de pruebas pasibles de desaparición o alteración.

Como podemos apreciar en la nueva redacción se ha mantenido el objeto de las medidas precautorias o innovativas, ampliándose en el sentido que podrá realizar "*cualquier otra diligencia tendiente a garantizar la ejecución de la sentencia*", lo que permite un marco más de posible diligencias a ser realizadas en procura de la tutela judicial efectiva de quien la solicite en tanto que no solo serán para garantizar la ejecución de la sentencia sino para evitar que mientras dure el proceso "*se produzcan, continúen o agraven perjuicios o daños de difícil reparación ulterior con relación al derecho cuyo reconocimiento se persigue".*

Por lo que en este punto se concluye que la ley viene a garantizar la tutela judicial efectiva, lo que se aprecia en la nueva redacción del artículo 27.

Por su parte en relación a la procedencia, la doctrina ha manifestado que la cuestión de admisión de una medida precautoria es una cuestión un tanto compleja, en tanto en el caso concreto trae aparejado en lograr un equilibrio justo con el decisorio, máxime cuando esté dirigida contra el Estado y no podemos desconocer que deben otorgarse con carácter restrictivo, por cuanto a través de ellas se produce una injerencia del juez en la esfera de las potestades de la Administración, en tanto puede afectar la libre disponibilidad de bienes estatales, pues ordena al Estado a realizar algo en sentido contrario a la situación existente. (Hutchinson, Tomas. Tratado procesal administrativo, tomo III pág. 602. Ed Rubinzal-Culzoni, año 2009)

En el punto anterior se señaló la diferencia que existe con la suspensión de la decisión administrativa y las medidas precautorias en tanto estas últimas, se tramitan inaudita parte por lo que como bien lo afirma Revidatti (1987) el litigante preferirá la medida precautoria por su falta de contradicción. (Rubín, 2008, pág. 62)

Al respecto la justicia provincial resolvió que todo proceso cautelar tiene como finalidad evitar que durante el tiempo que demanda la tramitación del proceso principal hasta el dictado de la sentencia definitiva el derecho cuyo reconocimiento se pretende en él se encuentre expuesto al riesgo de perder su virtualidad o eficacia, ya sea por la pérdida de elementos probatorios, por la desaparición de bienes sobre los cuales ha de hacerse efectiva la responsabilidad del presunto deudor o por la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de interponerse la acción. (CACA yE- Ctes. ISDA en autos: Escobar María de las Nieves, Escobar Susana Margarita y Otros c/ Municipalidad de Corrientes s/ acción Declarativa de Inconstitucionalidad". Expte N° 174493/1. Resolución N° 109 de fecha 17/12/2019).

Son las clásicas causales que constituyen el objeto asegurativo de las medidas precautorias, debiendo acreditarse sumariamente el derecho invocado (verosimilitud del derecho), la posibilidad de pérdida o frustración del derecho (peligro en la demora) y la urgencia de la prevención. La prueba sumaria de estos extremos se hará dentro del plazo de diez días y se tratará inaudita parte. (Rubín, 2008, pág. 55)

Si no se encuentran acreditados los extremos señalados por la norma, la jurisprudencia se ha expedido denegando lo solicitado en una causa en tanto de las constancias obrantes en la misma no surgía que concurran los recaudos pertinentes para su procedencia, por un lado, los presupuestos propios y comunes a todas las medidas cautelares es decir, "verosimilitud del derecho invocado" y "peligro en la demora", de manera tal que no despacharse pudiera derivarse un perjuicio irreparable para el justiciable y, por el otro, el

presupuesto específico que debe concurrir por tratarse de una medida contra la Administración Pública, cual es ponderar en qué medida con su otorgamiento se pudiere afectar el interés público, que justamente condiciona su procedencia. (CACAyE. Ctes. Inc. de Medida Cautelar en autos: Rodríguez de León Margarita Cristina C/ Instituto de Previsión Social de Corrientes y Estado de la provincia de Corrientes S/ Recurso Facultativo. Expte N° IA 1 152908/1. Resolución N° 42 de fecha 18/04/2018)

3.2 Medidas solicitadas por Administración Pública

La ley hoy derogada contemplaba la posibilidad de que las medidas sean solicitadas por la Administración Pública, considerando que la decisión administrativa que motivaba la acción o recurso era título bastante para decretar las medidas precautorias.

Este artículo no fue reproducido en la nueva ley N° 6.620 en el capítulo referido a medidas precautorias.

3.3 Requisitos que deben acreditarse por medidas solicitadas por un particular

En los casos que las medidas sean solicitadas por un particular se deberá acreditar sumariamente:

- El derecho invocado,
- La posibilidad de pérdida o frustración del derecho, y
- La urgencia de la prevención requerida.

En la nueva redacción de la ley N° 6.620 se ha introducido además de los recaudos antes referenciados, "*la alteración o agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho que pueda producir perjuicios graves*".

Continuando con el análisis del art. 25 de la ley 4.106 el mismo establecía que se deberá indicarse las pruebas justificatorias que deberán diligenciarse dentro de los diez (10) días.

Los requisitos antes referenciados se deben cumplir por el particular al momento del dictado de una medida precautoria, exigiéndose la concurrencia en forma conjunta de dichos recaudos.

El cumplimiento de los requisitos para su procedencia establecidos por la ley, es de gran importancia y al respecto tiene dicho la justicia que se debe verificar si se encuentran o no cumplidos los recaudos para tornar procedente la medida solicitada, en tanto se requiere que se acredite sumariamente el derecho invocado, la posibilidad de pérdida o frustración del derecho y la urgencia de la prevención requerida, lo que implica que el juzgador, deberá realizar un complejo examen que debe ser realizado con prudencia para logra en el caso concreto un equilibrio justo con el decisorio. (CACA y Elec. Pcia de Ctes. ISDA en autos González Sofía Lorena c/ Municipalidad de Mercedes s/ Prepara acción judicial. Expte N° I01 13599/01. Resolución N° 139 de fecha 29/10/2020).

Por su parte, los requisitos si bien deben cumplimentarse también deben ser probados como lo ha afirmado la justicia Provincial al momento de expedirse en una causa:

> En estas actuaciones se alega la lesión al derecho de propiedad del recurrente, sin que empero se hubieren incorporado elementos de juicio que permitan inferir configurado tal menoscabo como consecuencia del obrar de la Administración, que habilite otorgar una protección especial frente al ejercicio de potestades impositivas del Estado para satisfacción de los intereses generales de la comunidad a la luz del criterio restrictivo con el que se debe abordar la cuestión, cuya aplicación se ha propugnado para la concesión o no de medidas cautelares contra la Administración, por lo que si bien se alego la lesión la misma no fue probada por lo que la medida es denegada. (CACAyE-Ctes. Inc. de Medida Cautelar en autos: Colegio de Farmaceúticos de la Provincia de Corrientes c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Dirección General de Rentas) s/

Acción Contenciosa Administrativa" Expediente N° IA 1 141993/01. Resolución N° 17 de fecha 02/03/2018).

Así también lo ha expresado al momento de considerar la viabilidad de una medida cautelar, en tanto afirmo que no basta la simple verosimilitud del derecho sino que debe ser probable, pues altera el estado de hecho o derecho, existente habida cuenta que se configura un anticipo de jurisdiccional favorable respecto del fallo final de la causa. (CACA y Elect. Inc. de Medida Cautelar en autos: Decotto Mónica Ines c/ Municipalidad de Goya y otro s/ acción Preventiva (Contenciosa Administrativa. Expte. N° IO1- 32141/03. Resolución N° 51 de fecha 30/07/2019)

Por su parte cabe recordar que el análisis que se realiza siempre es en grado de probabilidad y así lo ha receptado nuestra justicia:

> El énfasis del análisis de la cuestión en una medida cautelar, se encuentra principalmente en la posible existencia del derecho vulnerado, en grado de probabilidad - no de certeza- con el fin de asegurar el cumplimiento o la protección del bien jurídico que se dice perjudicado, ante la posibilidad de obtener una sentencia favorable, es por ello, que dada la amplitud de las quejas del recurrente, advierto que se efectuaron cuestionamientos sobre la temática de fondo, lo que no será tratado. (CACAy-E- Ctes. ISDA en autos: Copra SA S/prepara acción judicial". Expediente N° IA"-141679/01. Resolución N° 21 de fecha 21/03/2018)

3.4.- Trámite.

La sustanciación, resolución y cumplimiento de las medidas precautorias solicitadas, salvo los actos de control en la producción de prueba anticipada, se realiza sin audiencia ni conocimiento de la otra parte, quien debe ser notificada después de cumplidas.

Esto implica una clara diferencia con la suspensión de decisión administrativa que al no establecer un trámite específico y resultarle de aplicación el trámite que rige a los incidentes, requiere que se le corra traslado a la otra parte.

Por su parte, en relación a que las medidas precautorias son dictadas inaudita parte, la doctrina considera que "… la ley opta por la ley que no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual constituye como es sabido, una proyección de la garantía de la defensa en juicio) sino una postergación momentánea de su vigencia, justificada por razones de efectividad en el cumplimiento de la medida…". (Cassaro Lodoli, 2012, pág. 11)

Se ha previsto como una facultad del juez la posibilidad de disponer una medida distinta o limitar la solicitada para evitar lesiones innecesarias a la parte afectada o a terceros.

En relación al tema, la nueva ley ha mantenido sin alteraciones significativas la redacción del artículo 26 de la Ley N° 4.106.

3.5.- Cumplimiento. Contracuatela

La resolución que ordene la medida precautoria debe establecer, aunque no se haya solicitado, que se cumpla con el auxilio de la fuerza pública, allanamiento de domicilio y habilitación de tiempo si es necesario, disponiendo en los casos que corresponda, el monto y modo de la caución que deba rendir el peticionante.

La norma hoy vigente prescribe lo que debe constar en el mandamiento respectivo, al igual que la anterior norma derogada.

La caución a la que hace referencia la ley es de carácter facultativo, por lo que corresponde al juez su fijación en caso de considerarlo necesario, por lo general se fijan cauciones de carácter juratoria.

A la par de los recaudos establecidos, en relación con la contracautela se prescribe que solamente se fijará en los casos que el juez lo considere necesario, estableciéndose el

monto y modo de fianza que deberá rendir el solicitante para responder por los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar de haber sido solicitada sin derecho.

El tipo y monto de la caución a prestar, quedará librado a la apreciación judicial, a cuyo fin habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, la gravedad de la medida y el valor presunto de los bienes inmovilizaos o afectados por esta, la que a su vez deberá ser proporcionada al contenido de la eventual responsabilidad que cubre. (Kielmanovich, 2002, pág. 322)

En relación a la contracautela de los fallos relevados en el fuero provincial bajo estudio se ha establecido caución juratoria en la mayoría de los casos. Ejemplo de ello podemos señalar el establecimiento de caución juratoria en una causa a ser prestada frente al tribunal de origen, con el fin de responder por los daños y perjuicios que la medida pudiera causar si hubiere sido pedida sin derecho. (CACAyE. Ctes. "Quintana Luz María C/ Estado de la Provincia de Corrientes- Ministerio de Salud Pública s/ Medida Cautelar previa (Contencioso) Expediente N° EXP 163800/18. Sentencia N° 62 de fecha 31 de mayo de 2018).

Al respecto debo destacar que la contracautela, no constituye un obstáculo para el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en tanto tiene por fin evitar los daños y perjuicios de una medida precautoria pudiera irrogar a futuro en caso de no prosperar.

3.6.- Suspensión, sustitución y caducidad

La parte afectada por la medida precautoria o los terceros que acrediten derechos suficientes, pueden pedir que sea dejada sin efecto, cuando se hayan modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla, y en cualquier momento que sea sustituida por otra equivalente. El/la juez debe resolver previa vista a la parte que la solicitó.

Si la medida precautoria es dictada antes de agotar la vía administrativa, queda sin efecto si en el término de 30 días desde la notificación del acto con el cual queda expedita la vía judicial, no se inicia la correspondiente demanda o la diligencia preliminar de preparación de la acción.

En los casos en que no se haya interpuesto reclamo o recurso administrativo, la demanda se debe interponer en el término de 30 días desde que se otorgó la medida cautelar.

El artículo bajo análisis permite a los afectados por la medida solicitar que se deje sin efecto cuando se hayan modificado las circunstancias de hecho que la sustentaron, en tanto las mismas revisten el carácter de provisional como fue afirmado anteriormente al momento de referirme a las características de las medidas cautelares.

En cuanto a su sustitución, las mismas podrán ser sustituidas por otras equivalentes a fin de que otorgue igual protección.

A partir de este artículo la ley previó la posibilidad del levantamiento de las medidas cautelares que puede ocurrir por razones de interés público y/o por razones de cambio de circunstancias, modificación o sustitución, las que podrán ser solicitadas por la parte afectada.

La doctrina al respecto tiene dicho que se puede dar el supuesto que la medida precautoria dispuesta provoque un daño en el interés público, en cuyo caso el juez puede ordenar su levantamiento, previo traslado a la parte que la solicitó debiendo dejar a cargo de quien peticionó la medida la responsabilidad por los daños y perjuicios que se pudiera dar en el supuesto que la demanda prosperara. (Cassaro Lodoli, 2012, pág. 12)

Es de recordar que la medida cautelar es una resolución de carácter transitorio y cuando se den algunas circunstancias para que las mismas puedan dejarse sin efecto, deben estar suficientemente acreditada dichas circunstancias. (Morales, 2010, pág. 42)

La nueva legislación toma la redacción de la ley derogada con algunas modificaciones en la terminología haciendo referencia al juez en vez de tribunal y elevando los plazos de 10 a 30 días.

Dicha norma agrega que "*en los casos en que se haya interpuesto reclamo o recurso administrativo, la demanda se debe interponer en el término de treinta (30) días desde que se otorgó la medida cautelar".*

En lo que respecta al último párrafo del artículo, el mismo establece una especie de caducidad porque el interesado favorecido con la medida, dentro del término de 30 días, que se cuenta a partir del momento en que se notifica, del inicio del plazo que queda expedita la vía judicial, esto es si ha iniciado en sede administrativa y antes de concluir el reclamo administrativo previo, no lo hace en sede judicial, queda sin efecto. (Morales, 2010, pág. 42)

3.7.- Medidas para la conservación de los bienes motivo de la litis o el aseguramiento de la sentencia. Enumeración.

Para la conservación de los bienes motivo de la litis o el aseguramiento de la sentencia, podrán solicitarse las siguientes medidas:

a) Embargo preventivo o secuestro de bienes determinados;

b) Intervención o administración judicial;

c) Prohibición de contratar o innovar;

d) Anotación de litis;

e) Inhibición general

El juez podrá decretar fundadamente cualquier otra clase de medidas precautorias o innovativas idóneas para el aseguramiento provisorio del derecho cuya existencia sea materia de la litis.

Las medidas enunciadas en la norma se relacionan con el fin de conservación de bienes o aseguramiento de la sentencia.

Sin perjuicio de que la norma establece que medidas precautorias puedan decretarse, también faculta al juez a poder decretar cualquier otra clase de medidas distintas de las que enuncia el artículo.

Si bien el artículo menciona algunas medidas, ello no es taxativo ni limitativo para el juez, ya que la última parte deja a criterio del mismo la interpretación amplia y lo faculta para decretar otras medidas, dentro del marco de discrecionalidad con el objeto de asegurar el derecho provisoriamente reconocido y sea materia de la litis. (Morales, 2010, pág. 38)

En relación con este artículo la nueva legislación toma la redacción de la ley derogada con algunas modificaciones en la terminología haciendo referencia al juez en lugar del tribunal y agrega que el juez puede decretar fundadamente cualquier otra clase de medidas precautorias o innovativas idóneas para asegurar a parte del derecho, cuya existencia sea materia del litigio y/o "*para evitar la producción, continuación o agravamiento de daños de difícil reparación*".

Dentro de las medidas contempladas por la ley N° 6.620 y que ya se encontraban en la ley derogada, tenemos:

a.- Embargo preventivo o secuestro de bienes determinados

El embargo es definido por Palacio, como la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso, con el fin de asegurar la eficacia del proceso. (como se cita en Arazi, 1997, pág. 43)

En relación al mismo, en la jurisprudencia se ha definido como la medida cautelar que produce en primer lugar el efecto consistente en individualizar e inmovilizar uno o más

bienes del deudor, asegurando de tal manera que el importe resultante de su eventual realización se destine a la satisfacción del derecho del acreedor.

b.- Intervención o administración judicial

Al disponerse una administración judicial, los tribunales deben proceder con especial prudencia, ya que se trata de una medida precautoria extrema que importa una injerencia directa, permanentemente y muy general de la gestión.

Para fundar una administración judicial, los hechos deben ser realmente graves e irremediables por otros medios de acción más directa. (Arazi, 1997, pág. 200)

c.- Prohibición de contratar o innovar

La prohibición de innovar frente a la administración pública tiene un muy acotado criterio en relación a su otorgamiento.

La doctrina afirmó que si bien es procedente la prohibición de innovar en los litigios contra la Administración Pública, pero acentuándose el criterio restrictivo.

> Es así en tanto el peligro en la demora debe aparecer como irreparable, debiendo acordarse relevancia al interés público y agregando que la procedencia de la medida en estos supuestos requiere que el peticionante pruebe la arbitrariedad del acto recurrido o la violación prima facie de la ley, en orden a hacer caer la presunción de legitimidad del acto administrativo y en, su consecuencia, la ejecutoriedad. (Arazi, 1997, pág. 286)

La jurisprudencia al momento de expedirse sobre el tema, sostuvo que:

> "La prohibición de innovar tiene por objeto preservar la materia en controversia, esto es, prevenir una situación de peligro sobre los bienes o personas o procurar mantener el statu quo existente. En este último caso se requiere, además de la concurrencia de

> los presupuestos clásicos de toda cautelar: verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable, y si bien en las demás medidas cautelares en el análisis de esos presupuestos debe ser efectuado según pautas amplias, en casos como este corresponde observar, en cambio, un criterio detallado y particularmente severo por tratarse de una medida excepcional" (Juz Cont. Adm. N° 1. En autos "Quintana Luz María C/ Ministerio de Salud Pública de la Pcia. De Ctes s/ Medida cautelar previa". Expte N° 163800/18. Sentencia N° 16 de febrero de 2018).

Por su parte, la prohibición de contratar es una medida cautelar consistente en la decisión emanada del juez, a solicitud de una de las partes, en orden a que la otra se abstenga de celebrar determinado contrato, fundándose en una obligación establecida por ley, o convencionalmente, como también surgida de las circunstancias propias de la causa y que, configurándose en el presupuesto de la verosimilitud del derecho deviene ello como apropiado para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio. (Arazi, 1997, pág. 289)

d.- Anotación de litis

A través de la medida cautelar de anotación de litis se intenta asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o bienes registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan, hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real. (Arazi, 1997, pág. 227)

e.- Inhibición general

La inhibición general de bienes procede en aquellos casos en que no se conocen bienes del deudor para poder proceder un embargo.

"La inhibición significa inhabilitación, abstención y se refiere a la imposibilidad que tiene el deudor judicialmente inhibido de vender o gravar bienes de su patrimonio, lo cual no impide que pueda adquirir bienes a su nombre". (Arazi, 1997, pág. 214)

Conclusión

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra ratificado en el plano internacional a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 18, Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 y 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2, inciso 3, por lo que no cabe duda que con la incorporación en el marco del artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional los mismos pasan a ser fuente directa de aplicación.

Dicha tutela ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso penal y que culminó en un concepto más amplio y general, todos los derechos y garantías que le permite gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo, entre las cuales se encuentra inserta la tutela cautelar.

El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia en el marco del artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial, sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento.

A través de la misma toda persona tiene derecho a acudir a la justicia para que luego de un proceso justo, pueda obtener una decisión y que esta pueda ser cumplida.

En su esencia lo que se pretende es garantizar que los particulares puedan llevar la cuestión ante un juez imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que se le dé un tratamiento regular que dure un plazo razonable y que posteriormente se pueda obtener una solución.

A lo largo de la exposición realizada en el presente trabajo final ha quedado demostrado la vinculación de la protección cautelar con el derecho a la tutela judicial efectiva, en otros términos, que la existencia de medidas cautelares constituye una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es de recordar que el concepto genérico de tutela judicial efectiva se corresponde con una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos.

En lo que refiere a las normativas aplicables, la ley nacional ha sido muy cuestionada por la doctrina en muchos de sus artículos por considerarse que se atenta contra el instituto de la medida cautelar en sí misma y se violenta la tutela judicial efectiva. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia que se ha analizado demuestra que ha podido sortear los escollos y hacer primar la tutela judicial efectiva, como ha sido demostrado con los fallos que han sido citados y cuyo período abarca los años 2018-2020.

Entre aquellos puntos que mayor controversia ha suscitado tenemos:

a.-Las medidas cautelares dictadas por juez incompetente, si bien fue considerado a fin de evitar el dictado abusivo de las mismas, es necesario analizar con mucha prudencia en tanto podría atentar contra la tutela judicial efectiva. Por su parte en relación con este punto la ley nacional previó que cuando se encuentren comprometidos sectores socialmente vulnerables las mismas tendrán eficacia, lo que desde mi punto de vista crea una cierta diferenciación con algunos sectores de la sociedad.

b.-El principio recogido por la norma en relación con que el objeto de la medida cautelar no puede coincidir con el objeto de la demanda principal tiene un rigorismo excesivo, en tanto se debe realizar un examen profundo en aquellas situaciones en las que se puede dejar desprotegido al particular, vulnerándose con ello la tutela judicial efectiva.

c.-La solicitud del informe previo establecido por el art. 4 de la LMC en tanto muchos doctrinarios consideran que se ha procedido a la bilateralización del proceso cautelar, sin embargo y como ya lo he expuesto precedentemente no considero que sea así, más bien pienso que a través de este la justicia puede tomar mayor conocimiento del objeto de la medida solicitada al momento de decidir sobre su procedencia.

d.-El establecimiento de un plazo de vigencia para el mantenimiento de las medidas cautelares contra el Estado, en cierta forma no se condice con su naturaleza que se centra en la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore. La fijación de un plazo de seis meses de vigencia de las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento implica desconocer la finalidad del instituto del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional.

Sin embargo, la jurisprudencia da cuenta que no ha sido un punto que plantee una restricción al ejercicio de la tutela judicial efectiva, en tanto se ha concedido numerosas prórrogas como así también en algunos casos se ha considerado que la misma tendrá como plazo de vigencia hasta la terminación del proceso principal sobre todo en aquellos casos en que se encuentren comprometidos situaciones socialmente vulnerables.

e.-En lo que refiere a la afectación de los recursos del Estado considero que no supera el test de razonabilidad en tanto la prohibición de que se afecten tales recursos, atenta contra el principio de tutela judicial efectiva.

f.- El pedido de contracautela no se considera un impedimento para la obtención de una tutela judicial efectiva, aunque si considero que en aquellos casos en que no tengan un contenido económico pueda prestarse una caución juratoria.

En lo que refiere a la ley provincial- Ley N° 4.106 y su modificatoria Ley N° 5.846- las que fueron derogadas por la Ley N° 6.620 que al momento de proyectar este trabajo final, era un proyecto de ley con media sanción, se analizaron ambas normativas en forma conjunta a fin de determinar cómo se aborda la temática propuesta.

La nueva normativa que hoy rige en la provincia, regula de manera específica en el título preliminar la tutela judicial efectiva, por lo que normativamente se le ha dado un rol preponderante en materia procesal a nivel provincial, aun cuando sin dejar de reconocer que ya tenía rango constitucional desde la reforma de la CN en 1994.

En ambas legislaciones tanto la ley derogada como la vigente regularon por separado la suspensión de la decisión Administrativa, que como ya se ha afirmado es considerada como una medida cautelar típica del proceso contencioso administrativo y por otro lado las medidas precautorias las cuales tienen por fin asegurar la conservación de los bienes motivo de la causa, la comprobación de alguna situación de hecho, la existencia de pruebas posibles de desaparición o para garantizar la ejecución de la sentencia.

Ambos institutos se han regulado de manera distinta y con un procedimiento diferente, sin advertirse en las resoluciones que fueran relevados de la Cámara Contenciosa Administrativa y Electoral de la Provincia entre los años 2018-2020, se haya tenido una posición negacionista en materia de medidas cautelares en tanto se han resuelto en la mayoría de los casos en sentido favorable a su obtención, evidenciando con ello un resguardo de la tutela judicial efectiva.

No se considera que exista una restricción severa en las posibilidades de los administrados de acceder a la protección cautelar contra el Estado Provincial, ni tampoco se considera que se han cercenado las facultades y atribuciones asignadas al Poder Judicial para proteger los derechos constitucionales de los particulares frente a los excesos de los demás poderes.

Ahora bien, un tema que reviste gran importancia y que ha sido considerado en la ley hoy vigente es la protección de los sectores vulnerables en tanto por el artículo 34 al ocuparse de la suspensión de la decisión administrativa, luego de exponer los presupuestos y especificar el modo y monto de la contracautela a cargo de quien la solicita, exceptúa diciendo que en los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gasto, se exige únicamente caución juratoria" lo que brinda una mayor protección a dichos sectores haciendo primar una tutela judicial efectiva.

La ley a nivel provincial – Ley N° 6.620- se enmarca en la normativa internacional que garantiza el acceso irrestricto a la justicia debiendo recordarse que la tutela cautelar es un componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como el proyecto de ley del Código Procesal Administrativo de la Provincia- hoy ley N° 6.620- fue analizado en el presente trabajo, no así su aplicación por la justicia en relación a las medidas cautelares por no quedar comprendido en el período elegido (2018-2020), queda para nuevas investigaciones y/o trabajos finales como el presente su abordaje.

Para concluir podemos afirmar que las normas que regulan las medidas cautelares contra el Estado requieren de una interpretación razonable por parte de la justicia a fin de resguardar los derechos y garantías de los administrados, asegurándoles salvaguardar el acceso a una tutela judicial efectiva.

Bibliografía

Aberastury, P. (2020). *Medidas Cautelares contra el Estado.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Altamira Gigena, J. (2008). *Acto administrativo.* Córdoba: Advocatus.

Amaya, J. A. (2019). Un claro retroceso en el sistema argentino de Administración de Justicia. En M. S. Midón, *Tratado de Medidas cautelares y procesos urgentes.* Resistencia: Contexto.

Arazi, R. (1997). *Medidas cautelares.* CABA: Astrea.

Basterra, M. I. (2013). El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado a propósito de la Ley 26.854. En E. Regueira, *Estudios de Derecho Público* (pág. 533/556). Buenos Aires: Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA. Recuperado el 14 de febrero de 2023, de www.derecho.uba.ar.

Buteler, A. (2014). Ley de medidas cautelares en que el Estado es parte. Recuperado el 20 de septiembre de 2021, www. ley next. com.ar

Cabral, P. O. (2018). La nueva Ley de Cautelares contra el Estado NAcional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Recuperado el 15 de diciembre de 2022, de http://sedici.unlp.edu.ar

Cassagne , J. C. (2010). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cassagne, E. (s.f.). *Las Medidas Cautelares contra la Administración*. Recuperado el 18 de diciembre de 2022, de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/221-Medidas_cautelares_en_materia_de_defensa_de_la_competencia.pdf

Cassagne, E. (2013). El plazo y otras resticciones a las medidas cautelares. A propósito de la Ley N° 26.854. En *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley N° 26.853 y Ley N° 26.854.* Buenos Aires: La Ley.

Cassagne, J. C. (2011). La tutela judicial efectiva. En J. C. Cassagne, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo.* Buenos Aires: La Ley.

Cassaro Lodoli, G. (2012). Las medidas cautelares en el proceso contencioso adnministrativo de la Provincia de Corrientes . Recuperado el 20 de julio de 2023, de www.leynext.com.ar

Comadira, J. (2021). *Ley de Medidas Cautelares.* CABA: Cathedra Jurídica.

Comadira, J. R. (2003). *Procedimientos Administrativos. Ley de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada.* Buenos Aires: La Ley.

Comadira, J., Escola, H., & Comadira, J. P. (2013). *Curso de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Coviello, P. (2015). El prinicipio de juricidad y el interés público. En *Procedimiento administrativo.* CABA: Astrea.

Diez, M. (1996). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Plus Ultra.

Djivaris, J. (2013). El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como base fundamental del Estado de Derecho. En *LL Sup. Esp. Cámras Federales de Casación. Ley N° 26.853 y Ley N° 26.854.* La Ley.

Gallegos Fedrini, P. (2002). *Las medidas cautelares contra la Administración Pública.* Buenos Aires: Depalma.

García Pulles , F. (2006). *Medidas cuatelares autónmomas.* Buenos Aires: Hammurabi.

García Pulles, F. (1995). Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública. *RAP N° 203*, 14. Recuperado el 26 de enero de 2022, de RAP.

García Pulles, F. (2006). *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo.* Buenos Aires: Hammurabi.

Gómez Sáez, F. (2021). El tratamiento del Régimen Cautelar contra el Estado Nacional en países latinoamercanos. La Ley Argentina N° 26.854. Argentina. Recuperado el 15 de agosto de 2022, de https://ar.legister.com/

Gordillo, A. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Gozaini, O. (1994). *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal constitucional.* Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Gozaini, O. A. (2013). Las medidas cautelares ante la Ley N° 26.854. En *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley N° 26.853 y Ley N° 26.854.* CABA: La Ley.

Hutchinson, T. (2010). *Régimen de Procedimientos Administrativos.* Buenos Aires: Astrea.

Kielmanovich, J. (2002). Teoría del proceso caulelar. En G. Jaime, *Medidas cautelares* (págs. 307-351). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

Lopez, J. I. (2014). Medidas cautelares frente al Estado. Reflexiones sobre el Régimen de la Ley 26.854. Argentina. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de https://ar.legister.com/

Maques Battaglia, N., & Sac, M. (2012). Las medidas cautelares contra la Administración Pública. En M. Dos Santos, *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo fedearl sobre el derecho procesal administrativo* (págs. 43-61). CABA, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Mertehikian, E. (2016). La efectividad de las medidas cautelares. En *Control público y acceso a la justicia.* Buenos Aires : Astrea.

Midón , M. S. (2013). Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. En *LL Sup. Esp. Cámras Federales de Casación. Ley N° 26.853 y Ley N° 26.854.* La Ley.

Morales, C. (2010). *Ley N° 4.106. Lo contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes.* Corrientes: Moglia.

Palacio, L. (1998). *Manual de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Perrino, P. E. (2016). Nuevos Medios de Tutela Urgente frente al Estado. En *Control Público y Acceso a la Justicia.* Buenos Aires: Astrea.

Revidatti, G., & Sassón, J. (1994). *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes- Ley 3460.* Asunción- Paraguay: Talleres Gráficos de AGG Impresiones y Ediciones.

Rodriguez Arana Muñoz, J. (2021). Reflexiones sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso- administrativo español. *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo, 3*. Recuperado el 15 de 03 de 23, de http://arlegister.com

Rojas , J. (2013). El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado. En *LL Sup Esp. Cámaras federales de Casación. Ley N° 26.853 y N° 26.854.* CABA: La Ley.

Rubín, C. (2008). *Procedimiento contencioso administrativo de la Provincia de Corrientes.* Corrientes : MAVE.

Sanmartino, P. (2012). *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho* . Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sanmartino, P. M. (2016). Medidas cautelares en los caso en los que es parte el Estado. En *Control público y acceso a la justicia.* Buenos Aires: Astrea.

Sedlacek, F. (2019). Constitucionalidad. En M. Midón, *Tratado de Medidas cautelaes y procesos urgentes.* Resistencia: ConTexto.

Simón Padrós. (2016). Consideraciones generales sobre la Ley N° 26.854. En *Revista RAP N° 453* (págs. 169-185). Buenos Aires: RAP.

Simón Padrós, R. (2015). Medidas cautelares. Causa en las que es parte o interviene el Estado Nacional. En N. Cicero, *Legislación usual: derecho administrativo.* Buenos Aires : La Ley.

Torres Traba, J. (2019). Sobre la provisionalidad de las medidas cautelares. Levantamiento y sustitución. En M. S. Midón, *Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes.* Resistencia: ConTexto.

Vallefin, C. (2002). *Protección cautelar frente al Estado.* Abeledo Perrot.

1.-Legislación

Normativa Nacional

-Constitución de la Nación Argentina

-Ley Nº 19.549

-Ley N° 26.854

Legislación Provincial

-Constitución de la Provincia de Corrientes

-Ley N° 3.460

- Ley Nº 4.061

- Ley Nº 6.620

2.-Jurisprudencia

Fallos de la Cortes Suprema de Justicia de la Nación

03/02/2022. "Organismo municipal de información y defensa del consumidor y usuario del partido de Gral. Viamonte c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/amparo ley 16.986". Fallos: 345:13

22/10/2020, "Administración General de Puertos SE vs. GCBA s/ proceso de conocimiento.

05/11/2020, "Castelli Germán Andres c/ Estado Nacional – Consejo de la Magistratura de la Nación s/ amparo Ley 16.986. Fallo 343:1624

16/04/2019, "Estado Nacional c/Río Negro , Provincia de y otra s/ acción declarativa de insconstitucionalidad".

01/10/2019, "Entre Ríos Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad- incidente de medida cautelar". Fallo 342:1591.

17/10/2019, "Comunidad Indígena Toba La Primavera- Navogon y otro c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar".

27/11/2018, “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/EN-Consejo de la Magistratura y otros s/inc. de medida cautelar”.

03/05/2018, “Vencimientos Mineros de Agua de Dionsio C/ Catamarca Provincia de y otros s/ accion declarativa de certeza”. Fallo 341:480

24/11/2015, “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro, s/ medida cautelar”.

26/06/2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA- Resol. 169/05 (Expte. 105.666/86 SUM FIN 708)

15/03/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen SA. Inc. Competencia c. EN y Otros s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, Fallos: 334:259

05/10/2010, “Grupo Clarín y otros SA”. Fallos: 333:1885

14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio vs. COMFER- dto. 310/98 s/ amparo Ley 16.986”.Fallo: 327:4185

18/03/2004, “Radio Productora 2000 S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación”, Fallos: 327:5068

26/10/1994, “Serra Fernando H. y otro. C Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos:

16/06/1961, “Lipara Napoleón vs. Nación”. Fallo 250:36

Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Baena Ricardo y otros vs. Panamá”

“Bulacio vs. Argentina”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala I

06/08/2020, “Mastroiani Mariangela Antonietta Demandado: AFIP- DGI s/ Inc. de Medida cautelar”.

26/03/2019, “Maggi Lucas María c/ En Defensoría General s/ Empelo Público”.

Sala II

06/02/2020, “Sonzini Carlos Pablo c/ EN- AFIP- DGI s/ Proceso de Conocimiento”.

01/12/2020, “Álvarez Estela Lucia – Demandado- EN- AFIP s/ Inc. de Medida Cautelar”.

10/09/2019, “Gordo Daniela c/Instituto Nacional de Tecnología Industrial s/ Empleo Público”.

Sala III

30/12/2020, “Mazel Toys SA c/ en-m desarrollo productivo- Secretaría Industria Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa y otro s/ Medida Cautelar (autónoma)”.

28/10/2020, “Compañía TSB SA c/ EN- AFIP- DGI S/ Dirección General Impositiva”.

20/02/2020, “Barreto Lía c/ EN- AFIP s/ Proceso de concimiento”.

16/10/2018, “Godoy Héctor Eduardo c/ En M defensa- Ejercito s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seguridad”.

04/10/2018, “Sarmiento Rodolfo Eduardo c/ EN- M Transporte de la Nación DNV s/ proceso de conocimiento”.

12/07/2018, “Incidente de Competencia N° 1, en autos “Roch SA c/ en- M Energía y Minería- Secretaria de Recursos Hidrocarburíferos s/ proceso de conocimiento”.

27/04/2018, “Directv Argentina SA c. EN-Enacom y otro s/ proceso de conocimiento”.

28/02/2018, “Incidente de apelación en autos Imagen satelital SA y otros c/ EN- JGM y otros s/ proceso de conocimientos”.

Sala IV

16/07/2020, “Mercovich Perla Diana c/ EN- M DE Salud de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986”.

07/07/2020, “Abarca Luis Alberto c/ EN- M Justicia DDHH s/ Medida Cautelar (Autónoma)”.

13/11/2018, “Molloza Zulma y otros c/EN- M Agroindustria de la Nación s/ amparo Ley 16.986”.

14/08/2018, “Federación de Asociaciones de Empleados c EN- ERAS y otro s/ medida cautelar”.

19/04/2018, “Rheen SA c CGBA- AGIP- DGR s/ proceso de conocimiento”.

13/03/2018, “Martínez Pozzi, Melisa Esther c/ En AFIP s/ proceso de conocimiento”.

Sala V

07/10/2020, “Federal Express Corporation Demandado- En AFIP- DGA s/ Inc. de apelación”.

20/11/2018, “Cámara Empresarial de Transporte interurbano en jurisdicción Nacional de Pasajeros Demandado- En CNTR s/ Inc. Apelación”.

Cámara de Apelaciones Federal de Corrientes

04/02/2020. “Inc. de Apelación en autos Leiva, Fernando Javier c/ Ejército Argentino y otros s/ Daños y Perjuicios”.

16/08/2018, “Inc. de apelación en autos: Erro, Martín Sebastián c/ Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) s/ Despido”.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de la Provincia de Corrientes

17/12/2020, “ISDA en autos Romero Feris María Florencia c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Pcia. De Ctes y/o Administración de Obras Sanitarias de Ctes) s/ Acción Contenciosa Administrativa”.

29/10/2020, “ISDA en autos: González Sofía Lorena c/ Municipalidad de Mercedes s/ Prepara Acción Judicial”.

06/08/2020, “ISDA en autos: Gago Juan Carlos s/ Prepara Acción Judicial”.

17/12/2019, “ISDA en autos: Escobar María de las Nieves, Escobar Susana Margarita y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes s/ Acción Declarativa de inconstitucionalidad”.

30/07/2019, “Inc. de Medida Cautelar en autos: Decotto Mónica Inés c/ Municipalidad de Goya y otro s/ acción Preventiva”.

13/07/2019, “ISDA en autos: Rebes María Asunción c/ Estado de la Provincia deCorrientes S/ Acción Contenciosa Administrativa”.

04707/2019. “ISDA en autos: Rabadan Pabla Verónica s/ Prepara Acción Judicial”.

31/05/2018, “Quintana Luz María C/ Estado de la Provincia de Corrientes- Ministerio de Salud Pública s/ Medida Cautelar previa (Contencioso)”.

18/04/2018, “Inc. de Medida Cautelar en autos: Rodríguez de León Margarita Cristina C/ Instituto de Previsión Social de Corrientes y Estado de la provincia de Corrientes S/ Recurso Facultativo”.

21/03/2018, “ISDA en autos: COPRA SA S/prepara acción judicial”.

02/03/2018, “Inc. de Medida Cautelar en autos: Colegio de Farmaceúticos de la Provincia de Corrientes c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Dirección General de Rentas) s/ Acción Contenciosa Administrativa” .

28/02/2018, “ISDA en autos Muñoz Eduardo Hipólito c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Provincia de Corrientes s/ Recurso Facultativo”.

20/02/2018, “Zini Aldo Fabián y otros c/ La Provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa”.

07/02/2018, “ISDA en autos Lopez María Concepción c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes S/ Acción Contenciosa Administrativa”.