

SUPLEMENTO ESPECIAL

**Cámaras Federales de Casación
Ley 26.853**



**Medidas cautelares
y el Estado como parte
Ley 26.854**

**MAYO
2013**

LA LEY

sumario

CÁMARAS FEDERALES DE CASACIÓN LEY 26.853

DOCTRINA

La casación previsional de la ley 26.853 Por Walter F. Carnota	3
Ley creación de las nuevas tres Cámaras de Casación y la duración de los procesos Por Eduardo Oteiza	9
El recurso de revisión Por Gabriel Hernán Quadri	13
Algunos alcances de la casación según la ley 26.853 Por Toribio E. Sosa	21

LEGISLACIÓN

LEY 26.853. Poder Judicial Nacional. Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal. Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social. Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial. Creación. Competencia. Integración. Sustitución de los arts. 288 al 301 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Derogación de los arts. 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sustitución de los arts. 21 y 32 del dec.- ley 1285/58.	31
---	----

MEDIDAS CAUTELARES Y EL ESTADO COMO PARTE LEY 26.854

DOCTRINA

Justicia y Poder Por Eduardo S. Barcesat	41
Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones para la práctica abogadil Por Alberto Biglieri	47
El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854 Por Ezequiel Cassagne	55

El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho Por Jorge Djivaris	65
La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854) Por Andrés Gil Domínguez	69
Las medidas cautelares ante la ley 26.854 Por Oswaldo Alfredo Gozaíni	73
Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos Por Marcelo S. Midón	91
El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854 Por Eduardo Oteiza	95
La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854 Por Héctor M. Pozo Gowland y Ramón Zubiaurre	103
El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado Por Jorge A. Rojas	125
El concepto de interés público en la ley 26.854 Por Estela B. Sacristán	145
El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos Por Francisco Verbic	155

LEGISLACIÓN

LEY 26.854. Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. Ambito de Aplicación. Competencia. Idoneidad del objeto. Informe previo. Vigencia. Caducidad. Contracautela. Medida positiva. Medida de no innovar. Solicitud por el Estado. Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Procesos excluidos. Norma complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.	169
--	-----

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

PRIMERAS OBSERVACIONES PARA LA PRÁCTICA ABOGADIL

POR ALBERTO BIGLIERI

Preliminar

El presente trabajo no está dirigido a hacer un juicio de valor o un contralor de constitucionalidad (ni de convencionalidad (1)) de la norma en estudio (2). El objeto principal es el de dotar a los colegas profesionales y operadores del derecho de algunas ideas para desenvolverse en esta realidad “positiva” que impone la Ley 26.854. No

(1) Para ampliar y desarrollar: HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. La Ley 2009-D, 1205.

(2) A pesar de que la sola mención de un instituto como “la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos” merece la lectura aconsejada en la nota anterior, y esta cita a Gozaini: “En este aspecto, en nuestro parecer, el funcionamiento de la jurisprudencia no es simétrica ni tiene iguales expansiones cuando se trata de actividad dispuesta en procesos constitucionales que, en Argentina, tienen una comprensión más amplia respecto de aquellos que definen como tales solo a los procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional. Dicho esto para advertir que el modelo de seguimiento obligatorio de la jurisprudencia es habitual en los sistemas que concentran el control de constitucionalidad, y que si no lo hacen, como en Estados Unidos, tienen en el “stare decisis” una familiaridad que acerca ambos mecanismos de unificación jurisprudencial.” Y luego “Y por eso, la curiosidad más grande de nuestro país es que, sin tener efecto vinculante las sentencias que pronuncia la Corte Nacional, tiene en cambio el deber de seguir y acatar las opiniones y pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” En GOZAINI; Osvaldo: “La tutela anticipada y el debido proceso”, en LL2012-B, 1094.

obstante, las propuestas que se encuentran instaladas en el texto que sigue, tienen un resumen de las cuestiones en las que observo tensión con el texto magno y los Tratados Internacionales que la Argentina ha celebrado. El análisis de estas inconsistencias constitucionales, como dije, no son el objeto central de este pequeño trabajo, sino que se incrustan en la necesidad de contar con los elementos argumentativos que se pueden utilizar a la hora de presentarse ante los órganos jurisdiccionales al solicitar las medidas que juzgamos pertinentes para la preservación de los derechos de los justiciables.

Introducción

En el párrafo inicial, como lo habrán descubierto, propongo un abordaje autolimitante del desarrollo que vengo a elaborar: la preservación de los derechos de los habitantes. A la hora de hablar de medidas cautelares contra el estado, se está imponiendo a *priori* una delimitación al marco de las eventuales decisiones, tanto en la referencia a las partes involucradas, como al objeto buscado. Cautela, tutela, preservación, medidas asegurativas o de no innovar, etc., son todas lexías simples o compuestas, que aparecen como nociones atadas a la conservación o mantenimiento de las cosas y su estado, al menos en el idioma cotidiano, y en el diccionario de la Real Academia. También en la historia de las medidas cautelares contra el Estado estas instituciones aparecen indisolublemente ligadas a la obtención de decisiones de autoridad que suspendan la actividad estatal, y dirigidas

esencialmente a la imposición de restricciones al obrar material de la administración. Como el clásico proceso contencioso administrativo era el “Juicio al acto”, la medida preventiva típica de la especialidad era la suspensión de los efectos de ese “acto enjuiciado”.

Y cuando digo historia, también estoy ofreciendo una visión sesgada y únicamente dirigida al orden federal: en la actualidad de nuestro derecho subfederal, donde rigen códigos específicos para el fuero contencioso administrativo, las medidas cautelares encuentran una estandarización de requisitos que no se alejan demasiado de la Ley 26.854. A su vez en las provincias, el amparo, también en la mayoría de ellas, tiene un régimen procesal constitucional propio pero, la complementariedad a la que se lo condena por la falta de esfuerzo del legislador, depende de la existencia o ausencia del Código especial. Donde no existe un Código procesal a administrativo el amparo se nutre del régimen cautelar del proceso civil y comercial que, como todos sabemos por imperio de los principios generales que lo informan, no utilizan las nociones elementales del derecho público, como por ejemplo: la justicia distributiva, el principio de legitimidad de la actividad estatal y la protección del interés público.

Esta es la vía en la que se producirá el “choque de trenes” la falta de un código propio y especial para el fuero contencioso administrativo federal ha abierto el camino a una enorme jurisprudencia que obtiene un valor agregado al compararlo con la de otros fueros federales: si dejamos aparte de este análisis la fuerza legal de la jurisprudencia de la Casación Federal Penal, en ningún otro ámbito material las decisiones de las cámaras federales obtienen el impacto preceptivo (3) que ostentan en este fuero. Las sentencias clásicas de esta jurisdicción han cobrado el relieve de Siri (4) y Kot

(3) Hutchinson señala la situación emergente de la ley 13278: “en el orden nacional hubo, en el proceso común, una delegación legal efectuada a favor de la determinación de la materia mediante una Acordada de la Cámara Federal. A partir de ese comienzo y dada la carencia de normas constitucionales y de un código de la materia, los principios que rigen la cuestión que nos ocupa se han ido formando por vía pretoriana, sin perjuicio de señalar que existen disposiciones normativas especiales, que por esa misma peculiaridad no funcionan como enunciados de una cláusula general.” HUTCHINSON, Tomás. Derecho Procesal Administrativo. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2009. T° I, p. 560.

(4) CS. Siri, Ángel S., 27/12/1957. Publicado en: LA LEY 89, 532 con nota de Segundo Linares Quintana. Cita Fallos Corte: 239:459. Cita online: AR/JUR/32/1957

(5), sin la ampulosidad amenazante (6) de Halabi (7) Se han transformado en un legislador experto (8), y lamentablemente, solo para expertos. Y este el problema de mayor dificultad. La norma en estudio, resume en líneas generales muchos de los institutos que rigen actualmente en las normas subfederales, pero tiene dos graves falencias que aquellas no produjeron: no pertenece a un

(5) CS. Samuel Kot S.R.L., 05/09/1958. Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Const. - Alberto Dalla Vía, 670, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. Guibourg, 308, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Const. - Daniel Alberto Sabsay, 529, LA LEY 92, 626. Cita Fallos Corte: 241:291. Cita online: AR/JUR/2/1958.

(6) Sobre la actitud y el mensaje que impulsó la Corte Suprema de Justicia me he expresado en forma muy crítica en: “Comentario al fallo Halabi” Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Número 100, pág.60. Buenos Aires, Agosto de 2009.

(7) CS. Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04, 24/02/2009. Publicado en: LA LEY 02/03/2009, 8 con nota de Juan Vicente Sola, LA LEY 2009-B, 157 con nota de Juan Vicente Sola, LA LEY 04/03/2009, 8 con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico, LA LEY 2009-B, 189 con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico, RCyS 2009-III, 71, LA LEY 10/03/2009, 7 con nota de Gregorio Badeni, LA LEY 2009-B, 259 con nota de Gregorio Badeni, Sup. Adm. 2009 (marzo), 60, LA LEY 19/03/2009, 6 con nota de Daniel Alberto Sabsay, LA LEY 2009-B, 404 con nota de Daniel Alberto Sabsay, DJ 25/03/2009, 729 con nota de Carlos Aníbal Rodríguez, ED 2009-03-25, 3, Sup. Const. 2009 (marzo), 33 con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 30/03/2009, 9 con nota de Mariana Catalano; Lorena González Rodríguez, LA LEY 2009-B, 601 con nota de Mariana Catalano; Lorena González Rodríguez, LA LEY 06/04/2009, 6 con nota de Juan Carlos Cassagne, LA LEY 2009-B, 649 con nota de Juan Carlos Cassagne, LA LEY 2009-B, 463, LA LEY 2009-B, 568 con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 06/05/2009, 8 con nota de Fernando De La Rúa; Bernardo Saravia Frías, LA LEY 2009-C, 251 con nota de Fernando De La Rúa; Bernardo Saravia Frías, Sup. Const. 2009 (mayo), 43 con nota de Claudio D. Gómez; Marcelo J. Salomón, LA LEY 2009-C, 341 con nota de Claudio D. Gómez; Marcelo J. Salomón, LA LEY 13/07/2009, 10 con nota de Ramiro Rosales Cuello; Javier D. Guiridlian Larosa, LLP 2009 (junio), 563 con nota de Mariano A. Moyano, DJ 07/10/2009, 2813 con nota de José María Salgado, LA LEY 27/11/2009, 6 con nota de Luis Francisco Lozano, LA LEY 2009-F, 782 con nota de Luis Francisco Lozano, DJ 31/03/2010, 786 con nota de Griselda Isabel Bard. Cita Fallos Corte: 332:111. Cita online: AR/JUR/182/2009

(8) El universo creciente de las medidas autosatisfactivas, se desvanece en las legislaciones provinciales que encausan muchas de estas presentaciones como medidas cautelares anticipadas, que ante una decisión positiva, requieren del inicio de la acción para mantenerse en el tiempo del debate procesal.

ordenamiento general que logre homogeneizar y encausar todos los procesos administrativos, e intenta limitar en el tiempo la tutela que, efectivamente presta la decisión cuando el camino al final del proceso está muy distante. Ese error es muy evidente, pues al fin y al cabo, por lo general el peligro en la demora persiste hasta que no se haya esclarecido el tema de fondo o hayan cambiado las condiciones de una entidad tal, que el juez se vea impulsado a modificar o retirar la medida.

Por otra parte, la limitación a las medidas dictadas en incompetencia y la legitimación del Estado para actuar pueden carecer de recursos técnicos óptimos, pero merecen ser analizadas con respeto y profundidad. Dada la intención de exponer algunas herramientas para enfrentarnos a la nueva normativa, en esta ocasión me referiré someramente a estas dos cuestiones, disparando antes una alerta *meteorológica* (9) sobre la inclusión de las pretensiones como objeto y vehículo de estas peticiones o reclamos. Por último, en línea con otros trabajos que he elaborado (10), dejaré una reflexión final sobre el impacto de las normas públicas federales en las orbitas subfederales.

Dejo señalado, solo para que no se tachen estas primeras palabras bajo la acusación de no incorporar o tener en cuenta en esta comparación al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un adelanto de mi opinión sobre ese fenómeno: el activismo administrativo judicial de los jueces de la CABA en gran parte obedece a una norma procesal que les ha permitido, agilizado o sostenido muchas de sus decisiones, pero muy especialmente a una situación presupuestaria tan holgada, que es más similar a las de los países del “Primer Mundo” que a las de las otras realidades de las provincias argentinas.

1) ¿Pretensiones?

La ley trae una imposición visiblemente oculta — permítaseme el oxímoron — que puede ser la herramienta utilizada por los jueces para desestimar las solicitudes autosatisfactivas o aquellas que incluyan contenido positivo. Me refiero en general a las obligaciones de hacer o de dar, con las que se condena u ordena a cumplir al Estado.

(9) Puede caer una simple llovizna o terminar en una tragedia.

(10) BIGLIERI, Alberto. Procedimiento Administrativo. De AAVV. La Ley. Buenos Aires. 2012. Tomo I, Pág. 1090 y sgtes.

La cuestión, que se está tratando con abundancia y en profundidad en este suplemento, de los límites temporales de la concesión de las medidas y los efectos de las apelaciones que impetren el Estado, exigen del abogado una tacha de constitucionalidad en el líbello mismo de petición inicial, para que su esfuerzo no se desvanezca con el simple paso del tiempo lo que es peor por defectos formales en la presentación. El planteo de inconstitucionalidad, en caso de ser concedida la solicitud, construirá un ámbito temporal de elaboración y análisis que la jurisdicción puede utilizar con la amplitud que le imponga la fecha de su propia decisión. Puede además, esforzando el trabajo en los márgenes de esta ley, solicitarse una medida de suspensión de los efectos disvaliosos que implica la tensión constitucional sobre las normas que rigen los límites temporales (artículo 6) y los efectos devolutivos de los recursos.

Advertidos que estamos ante una figura o técnica legislativa similar a la que aplicó el legislador bonaerense en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo de la PBA. En esa norma, casualmente referida a pretensiones administrativas, se utilizó una remisión implícita a otra norma. La mención de un instituto (en aquel caso el acto administrativo) ajeno al texto remisor, juega en el mismo modo que las remisiones expresas y típicas de una norma a otra (11). Por eso juzgo IMPRESCINDIBLE apreciar detenidamente la redacción del artículo 1: *“Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.”*

La noción de pretensión ha sido analizada en muchas ocasiones desde los estudios de procesalismo, así gran parte de la doctrina sigue para este tema los estudios clásicos de Alvarado Velloso. Pero, en este caso, me parece interesante resaltar la recepción del instituto en nuestra especialidad.

En su Derecho Procesal administrativo señala Hutchinson: *“Al trasladar dicho concepto [pretensión] al plano del proceso, esa declaración de voluntad se efectúa mediante el ejercicio de la acción que se materializa con la presentación de la demanda. Se puede definir, así, como el acto en*

(11) BIGLIERI, Alberto. “El control judicial de los actos de los Colegios y Consejos Profesionales. (Dictamen Jurídico Obligatorio)”, publicado en: Revista Colegio de Abogados de Quilmes N° 62, Revista del Colegio de Abogados de Mercedes N° 127, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires N° XXI y Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNLZ N° 1 2005.

virtud del cual se reclama ante un órgano judicial, y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. La pretensión es lo que se le solicita al juez, es el objeto del proceso.”(12)

Esta exposición, en la que me he permitido incluir los corchetes que refieren al párrafo anterior [pretensión] y resaltar las nociones de acción y demanda, pone de relieve un hecho nuevo y relevante del texto en estudio: las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales han conformado un sistema o proceso especial que no está ordenado por los principios procesales ni los constitucionales, en resumen: caso o causa, competencia jurisdiccional (13) en la controversia, tercero imparcial, debido proceso e igualdad.

Los principios generales que informan la disciplina en el orden federal se han positivado desde las normas expresas que los rigen (Constitución Nacional, artículos 116 y 117) y por lo tanto el artículo 1 de la Ley de medidas cautelares trae aparejado un reordenamiento de aquella delegación legislativa que, memoro como dato anecdótico, causalmente llevaba la firma de Campora.

Aclaro, a fuerza de respetar el orden cronológico, que en nuestro país, esos principios Generales consagrados por la doctrina vernácula se erigen a partir de las normas constitucionales del 1853.

Volviendo al asunto que nos ocupa, las pautas previas de las acordadas de la Cámara Federal, las construcciones jurisprudenciales individuales e incluso las peticiones de los particulares que

(12) HUTCHINSON, Tomas. Derecho Procesal Administrativo. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. Tomo II, p. 27.

(13) Los resaltados me pertenecen: Constitución Nacional, Atribuciones del Poder Judicial: “Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

obtuvieron la posibilidad de acceder al proceso, fueron creando un sistema completo — y complejo— de medidas cautelares que se conocen, genéricamente como autosatisfactivas.

A esta altura, aconsejo consultar el trabajo de Barraza en la obra colectiva Tratado General de Derecho Procesal Administrativo dirigido por Cassagne (14). Dejo sentado para aquel que acepte el convite de la lectura propuesta, que si bien puedo sostener junto al distinguido colega que la urgencia es el estandarte que guió el nacimiento de las medidas autosatisfactivas o medidas de urgencia como prefiere el mencionado autor, a mí entender ello no justifica a que el juzgador, so pretexto de [su] lentitud judicial haya creado un enorme proceso especial, hermético y reñido con los principios constitucionales que he mencionado.

Fuera de esta observación, toda la discusión doctrinaria sobre la legitimidad de la existencia de estas medidas y su aplicación por la justicia se subsume en la necesidad de contar con los elementos procesales que sostengan este instituto. Para ello se acude rápidamente, como argumento de la validez de su existencia, a la falta de medio legal para garantizar los derechos consagrados en los artículos 14, 18, 33, 43 de la Constitución Nacional (15), y a antecedentes del tipo de los mencionados en la introducción, como ocurrió en tiempo de Siri y Kot.

Desde aquí entonces, quiero alertar al colega lector: la redacción del artículo 1 no merece, a mi entender y al menos a *priori*, tacha alguna de inconstitucionalidad.

El legislador ha reasumido la delegación que otorgara en 1948. Y la potestad legislativa está en pleno y normal ejercicio. Y como decía, desde allí, con la reserva que me merecen especialmente los temas de la duración temporal de las medidas cautelares y los efectos de las apelaciones, la constitucionalidad de esta norma erige un alto valladar para el acceso a la justicia en los casos en los que amerite una intervención previa (16) al desarrollo

(14) CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado General de Derecho Procesal Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 2ª edición, Tomo II, p. 447 y sgtes.

(15) BARRAZA, José Indalecio. En CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado General de Derecho Procesal Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 2ª edición, Tomo II, p. 465.

(16) GOZAINI, Osvaldo. “Medidas cautelares contra el Estado” LL, 06/05/2013. “Esta es la diferencia entre medidas precautorias y el amparo, donde las primeras deben dictarse con la eficacia que se tiene que conseguir para un proceso subordinado, mientras que el proceso constitucional tiene

procesal con todas las garantías constitucionales y convencionales consagradas para las partes.

Al entender a la pretensión enunciada en la norma en estudio como la declaración de voluntad, que “*se efectúa mediante el ejercicio de la acción que se materializa con la presentación de la demanda*”, estamos, nada más y nada menos que en la presencia y ante la exigencia de las formalidades que ello implica.

Nos encontramos, a mi paranoico entender, ante la remisión implícita a los términos de los artículos 330 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Desde este atalaya, se deberá asumir que no será para nada sencillo desguazar, luego de obtenida (o rechazada) la cautela, el objeto de la demanda y por lo tanto resignarse a la competencia inicial.

El archiconocido 330 (eventualmente residual del 498) del CPCC (17) invita a reflexionar sobre muchos de los requisitos que contempla y le hizo exigir la jurisprudencia. Por ejemplo: La pretensión limita la actuación del juez, al no poder resolver sobre cuestiones no propuestas o diferentes a las pedidas, como dice Gozaini al referirse al principio de congruencia objetiva. (18). Pongamos atención: este principio activo en el derecho procesal general, aparece mucho más severo en la rama procesal constitucional y administrativa: la congruencia debe mantenerse entre el reclamo en sede administrativa y la acción judicial, salvo las cuestiones de inconstitucionalidad, que al no poder ser objeto de control por quien debe cumplir y aplicar la letra de la ley — presumiblemente constitucional —, que se excusan de la necesidad del reclamo previo a la contienda judicial.

Reitero: este principio general del derecho procesal, potenciado en el procesal constitucional y administrativo, puede ser utilizado como sustento rápido del rechazo in limine.

autonomía para cualquier medida provisional, aunque la ley 16.986 dé preferencia a la de no innovar.”

(17) Además de las normas que rigen para: Transformación y ampliación de la demanda. (art. 331), Demostración de la procedencia del fuero federal (art. 332), Agregación de la prueba documental y ofrecimiento de la confesional (art. 333), Hechos no invocados en la demanda o contrademanda (art. 334.) Documentos posteriores o desconocidos (art. 335), Demanda y contestación conjuntas (art. 336), Rechazo “in limine” (art. 337). Todo ello con las limitaciones que implica la opción del Art. 498.

(18) GOZAINI, Osvaldo. Código Procesal Civil y Comercial, Anotado y Comentado. La Ley. 2011.

La confección de cada petición cautelar, deberá realizarse con mucho esmero, pues su abandono acarrearía muchos dolores de cabeza para el abogado que puede quedar atado a los efectos que conlleve el traslado (jurisdicción originaria, caducidad, o lo que es peor, planteo de litispendencia en la contestación contra una demanda “pobre”, etc.)

Este artículo 1 de la Ley 26.854, insisto para que no se olvide, está destinado a convertirse en un CODIGO Contencioso de hecho y antiguo, pues aplasta las autosatisfactivas (lo que no me preocupa demasiado), pero elimina las medidas adelantadas (que están claramente pautadas, por ejemplo en el Código Contencioso Administrativo Bonaerense (19)) que ya son materia corriente en el procesal administrativo y lucen como garantes del resguardo cautelar de los derechos de los particulares, de la defensa en juicio del estado y de la interdicción del ejercicio de funciones administrativas por los jueces .

2) Juez incompetente. El amparo constitucional y el amparo legal

A mí también me irrita el, cada vez más frecuente, dictado de medidas cautelares y la inmediata declaración de incompetencia. El índice tarifario del artículo 2°, cuando limita la decisión sobre la medida desde un abordaje material, y señala la excepción para los casos de *sectores socialmente vulnerables, compromiso de la vida digna, salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho de naturaleza ambiental*, no soluciona absolutamente nada. La norma limitante de la actividad “*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.*” No incluye sanción alguna, y además solo opera cuando sea comprobada la *eficacia*. Esta comprobación ocurriría a partir de que la medida se refiera y coincida con el listado de excepciones enunciadas. Es una égloga al positivismo kelseniano. A mi entender, ese control nunca podrá recaer en manos del funcionario que ha recibido la orden, que si antes de cumplir se dedica a la constatación material de la medida, puede caer bajo la figura de la desobediencia a una orden judicial y, lo que es peor, poner en riesgo el mismo sistema republicano de control y división de poderes. Así, por ejemplo, si una medida cautelar autorizaría a una industria a funcionar: ¿cuál sería la constatación para reconocer su eficacia? O si, por el contrario, la orden obligaría a cerrar: ¿todo cierre implica una eficaz

(19) CCAPBA Artículo 23.1.

tutela del ambiente? Otra idea más compleja: si una medida que decreta un cordón sanitario por un brote de hantavirus ¿es ineficaz si el área determinada corresponde al asiento de un grupo socialmente vulnerable? Y más: si en el cordón sanitario delimitado habitan diferentes estratos sociales, raciales o culturales, y entre ellos algunos de clase económica alta: ¿la medida no será eficaz, pues poseer un sistema de medicina prepa me exceptuaría de quedarme en el área?

Tampoco perdamos de vista que las instituciones de seguridad son, por definición de sus competencias legalmente atribuidas, auxiliares naturales de la justicia: ¿esta atribución expresa, incluye la razonabilidad implícita de constatar el cumplimiento de los límites del juez incompetente? ¿Deberá el policía, el gendarme o el prefecto conocer estos detalles doctrinarios para acatar/desobedecer la orden judicial?

Me inclino por aconsejar que la presentaciones ante juez incompetente solo deben intentarse ante casos de extrema — repito para que quede claro — de extrema gravedad y extrema urgencia. Estas dos condiciones, a las que agregaría la distancia territorial a la sede del juez competente son los verdaderos límites que debe contemplar el juez al decidir sobre una causa que no seguirá bajo su imperio. Es el abogado del requirente quien no debería olvidarse de esta “triple idoneidad” del juez ante el que nos presentemos, y es el juez quien debe valorar si estas condiciones — además de las típicas y legalmente exigidas — muy agravadas y la falta de un juez cercano competente, ameritan su conocimiento previo a desentenderse de la causa.

En la provincia de Buenos Aires, sin necesidad de esta lista de impedimentos, se han concluido algunos juicios políticos — con destitución — de jueces que decretaban una medida cautelar y luego se declaraban incompetentes para entender en el fondo del asunto. (20)

3) Medidas cautelares clásicas

En un primer resumen, dejo sentada mi opinión sobre los alcances de la norma en estudio: a la difícil supervivencia que pronostico — y auguro - a la duración de las medidas y a los efectos devolutivos con las que se las pretende limitar aún más, se

(20) Lo que aquí digo lo he sostenido con mi voto que conformó la mayoría para destituir al juez encartado — incompetencia material y territorial - por el Jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios de la PBA. Causa nro. 3001-633/04: “Sra. Procuradora General de la S.C.J., Dra. Falbo, María del Carmen. Acusa”.

opone la legalidad que entiendo luce la potestad legislativa de encausar el sistema, reduciendo ostensiblemente la posibilidad de iniciar con simples y laxas peticiones los procesos que se concibieron y conocieron, al menos hasta ahora, como medidas autosatisfactivas o urgentes. Las excepciones que “otorga” la norma al juez incompetente, son una verdad de perogrullo, pero desde su primer artículo esta ley, busca limitar el dictado de estas medidas que afecten el desarrollo de las políticas públicas, y para ello recurre a un alambicado método de opción para dejar solo en vigencia las medidas clásicas de los procesos administrativos (no innovativas y, excepcionalmente, adelantadas). Si es en un buen o mal momento (esto será objeto de estudio de la sociología política), pero aquí se está reeditando una discusión y una serie de argumentos, que ya fueron esgrimidos, en pro y en contra de la batería de normas que regulan las ejecuciones de sentencias contra el estado.

4) La legitimación activa del Estado

El ejercicio de la autotutela administrativa y los supuestos de medidas cautelares.

No voy a venir en estas líneas a criticar la habilitación que se consagra legalmente para que el Estado se pueda presentar ante sede judicial a reclamar algunas medidas cautelares.

Hasta ahora la confección del procesal administrativo federal, que ya reseñamos, no impedía la posibilidad de que el Estado se presentara ante un juez a solicitar alguna medida precautoria. La inexistencia de esta metodología estaba ligada a las potestades consagradas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos LNPA19549 (ley de procedimientos que contiene varias normas procesales) en las que la administración tenía sobradas facultades para suspender la maquinaria estatal movilizadas para cumplir los fines públicos que se materializan en su actuar legítimo. Ello, sin contar los recursos administrativos que conllevan un efecto suspensivo a partir de su presentación, la LNPA19549 (21) concede la posibilidad al particular de solicitar en cualquier caso la suspensión del actuar administrativo, y por lógico reflejo, la factibilidad pública de suspender de oficio la

(21) Vías de hecho. LNPA. Artículo 9.- La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.

propia iniciativa. Se podrá tomar rápida nota de que esta norma solo repite el principio constitucional de libre petición ante las autoridades. Pero, volviendo a los supuestos de autolimitación del accionar estatal, los principios conocidos como autotutela de los bienes públicos, han sido desde siempre el resorte argumentativo por excelencia para ejercer, desde la administración y reconocer desde el particular, la legitimidad de la fuerza pública para suspender sus compromisos (por ejemplo: *ius variandi*), la ejecutoriedad de sus propias decisiones (por ejemplo en las rescisiones de concesiones aplicadas con orden de continuidad en los servicios públicos), y obviamente en el ejercicio de su facultad de policía al ejecutar sus decisiones, aun pendientes de resolución final (secuestro, interdicciones, acarreo, clausuras, etc.).

Podría llenar el espacio que se me ha concedido agregando ejemplos de las medidas cautelares que dicta (o efectúa de hecho por acción u omisión) la administración en su ámbito de competencia procedimental. Pero los ejemplos bastan para exponer que la siguiente observaciones.

La petición de suspensión con un silencio especial ya fue ensayada en el Código Contencioso Administrativo de la PBA (22) como uno de los requisitos previos a la solicitud de la cualquier medida cautelar e inaplicada por los jueces desde el mismo inicio de la existencia de ese fuero. Es un típico ritualismo formal que impide u obstaculiza el camino de la verdad material. (23)

Y en lo atinente al Estado “actor” la aparición de esta legitimación se me ocurre más parecida a de la acción de lesividad que a una nueva concesión al poder público: la existencia de la acción de lesividad (24) debería haber puesto coto a la au-

(22) Ver nota 19.

(23) La renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.

(24) A un caso similar, en el que se amplió la legitimación del Estado, en la Provincia de Buenos Aires, me referí en BIGLIERI, Alberto. La revocatoria administrativa en la Provincia de Buenos Aires. Publicado en LLBA 2009 (agosto) 705. “El actual código, en el juego coherente entre el artículo 2, inciso 7 que habilita la promoción de acciones por entes públicos estatales; el artículo 9 incisos 2 y 3 que ordenan la actividad procesal de esos entes y su representación en ambos roles del caso y la indeterminación del actor en las mandas referidas a las pretensiones (artículo 12 inciso 1) sobre anulación de actos, conforman una real existencia de la acción de Lesividad, aún sin expresarla con ese nombre. Cito, nuevamente a Botassi en una obra más reciente: “De

torevocatoria en sede administrativa — tampoco ocurrió mucho en la orbita federal, que la tiene atribuida desde la LNPA (25) y sin embargo, fueron contadísimos los casos en los que se recurrió y se recurre a esta facultad-.

Así las cosas, pienso que la potestad de pedir la suspensión de su accionar, será otra herramienta que quedara en el desuso, pues ambas — pretensión de lesividad y de medidas cautelares - lejos de inscribirse en el ámbito de las facultades, se instalan en la lista de limitaciones y cuidados que se deberían tomar para dejar sin efecto lo decidido o suspender la actividad material bajo un control judicial que una vez habilitado, juega (o debería jugar) como elevado muro de la autotutela administrativa utilizada sin ton ni son.

Todo esto me lleva a la conclusión de que nos encontramos ante una serie de normas pensadas (visto desde una óptica bondadosa) para reforzar las potestades públicas en el ámbito del derecho privado. Allí donde las relaciones igualan a las partes, donde la exorbitancia estatal cede paso a la igualdad civilista, es donde puede ser que aparezcan utilizadas estas normas legitimantes de la pretensión estatal.

No creo en casualidades, pero por ejemplo, si el caso del predio palermitano de la Sociedad Rural Argentina —sin que este comentario implique adelantar ninguna opinión de fondo sobre un caso que no he estudiado, pero me sirve de ejemplo desde sus externalidades— en donde la (hipotética) autotutela del dominio público no alcanzó para recuperar el bien ante un presunto incumplimiento del concesionario, el Estado contaría ahora con este camino ideal, y no solo para blandir la legitimación que le ha acordado el nuevo ordenamiento, sino para ensanchar la competencia de un fuero a límites cercanos a los del fuero porteño, que todos sabemos sobredimensionados por la falta de transferencia de los fueros nacionales.

esta manera el empleo abusivo de la facultad revocatoria, justificado en la inexistencia de acción de Lesividad y en los términos generosos de los artículos 114 y 117 de la Ley de procedimiento administrativo, habrá llegado a su fin, para beneficio de la seguridad de los particulares y merma del abuso de poder. Nótese que este camino que propiciamos, imprescindible para restablecer la seguridad jurídica, resulta de imposible tránsito en el anterior régimen que no admitía que actuando el Fisco como actor enderezara la demanda contra los particulares persiguiendo la nulificación judicial de sus propios actos.”

(25) LNPA. Artículos 18 y 27.

Acá aparece un exceso de celo en la técnica legislativa: las cláusulas de competencia en los contenciosos administrativos subfederales se orientan doctrinariamente a tener por objeto a la función administrativa, a excepción de la amplitud del fuero en la Ciudad Autónoma, que ha optado por la tomar la cláusula habilitante que suma la noción de objeto (relación normativa y procedimiento administrativo), más la del sujeto aforado (Estado Autónomo), solo para no caer en sede judicial nacional mientras no se opere la total transferencias de los juzgados comunes a la Ciudad.

Las cuestiones civiles del estado nacional, iniciarían su curso en sede contenciosa administrativa desde la pretensión cautelar, y vuelvo entonces al tema de las pretensiones: no me arriesgaría a decir que si esta pretensión esta formalmente conformada como una acción y presentada como una demanda, pueda dividirse el objeto litigioso, declarando competente a un juez solo para entender sobre una parte de la demanda.

Una pequeña dosis de esta alerta que acciono, se conoció en los últimos días con el estrépito político y periodístico que genero la factibilidad del Estado de intervenir desde las minorías (26) en las empresas que intruso (27) desde la liquidación

(26) Teoría comercial no receptada en Argentina, de la que tenemos solo algunas noticias en los casos de Arbitrajes internacionales en los que el CIADI, aceptó reclamos de minorías de socios.

(27) No considero que la tenencia de las acciones recibidas por la derogación de las AFJP produzcan los mismos efectos que su adquisición por los medios corrientes que pueden utilizar los particulares. La compra en la rueda bursátil no está prevista en el sistema de adquisiciones estatales, pues la puja que se produce en este tipo de sistemas puede elevar el valor de los bienes sometidos a valores no reconocidos y objetos no aceptados en las normas sobre

de las AFJP y el paso de sus paquetes de inversión bursátil al ANSES. Desde allí y con la fuerza que le concede la nueva ley de Comisión Nacional de Valores (28), con la especial competencia atribuida al fuero contencioso administrativo federal, que desde las nuevas pretensiones cautelares será indudablemente el competente.

Reflexión final

En la parte que me ha tocado comentar, y desde la introducción adelanté que cerraría estas líneas con una referencia a la incidencia de la Ley de Medidas Cautelares en todas las jurisdicciones. Estoy lejos de sostener que en el ordenamiento normativo procesal se produzca el “derrame” que las normas administrativas procedimentales producen en las organizaciones subfederales del país. La explicación y defensa del derecho sustantivo administrativo local, ha sido y es un trabajo arduo y cotidiano, pero nadie discute a esta altura que las normas procesales son resorte exclusivo de las provincias que se lo han reservado en el pacto constitutivo. En conclusión, este proceso chocará con la realidad de las necesidades a las respuestas urgentes que no desaparecen por el mero transcurso del tiempo, pero se ha nutrido de muchas ideas que funcionan bastante bien en las orbitas locales. Salvo, y reitero, las excepciones a la duración en el tiempo y los efectos de las apelaciones, que deben ser atacadas en el mismo inicio del trámite. ♦

expropiaciones. Estas últimas son el límite lógico, que el mismo Estado Nacional (auto)impuso en el caso YPF REP-SOL. Ver para ampliar: BIGLIERI, Alberto. ARGENTINA y sus compromisos internacionales. El caso YPF. En “Energía, Minería, Petróleo, Gas y otros sectores regulados”. Capítulo: “Argentina y sus compromisos internacionales. El Caso YPF”. Universidad del Externado. Colombia. 2012. ISBN 978-958-710-840-8.

(28) Artículo 20 de la LN 26.831.