

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA – PRIMERA PARTE

PROVISIONAL REMEDIES AGAINST THE GOVERNMENT IN THE ARGENTINE REPUBLIC – PART ONE

EZEQUIEL CASSAGNE

Professor da Universidade Católica da Argentina.

ezequiel@cassagne.com.ar

Recebido em: 31.03.2017

Aprovado em: 05.06.2017

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Civil

RESUMEN: El presente trabajo aborda la teoría general de las medidas cautelares en la República Argentina, y en particular las medidas cautelares en procesos donde el Estado Nacional es parte. En tal entendimiento, se analizan con detenimiento aspectos generales tales como el concepto de este instituto, su naturaleza jurídica, fundamento y caracteres. Asimismo, en el trabajo se analizan las características de las medidas cautelares y sus distintas clasificaciones. Por su parte, se analiza el fenómeno de las medidas autosatisfactivas. El autor trata, principalmente, el tema de las medidas cautelares contra la Administración. En ese marco, el análisis jurídico se centra en sus particularidades y su evolución en la República Argentina. Se aborda de manera detallada las implicancias de la ley de medidas cautelares 26.854 y la interpretación de juristas y jueces respecto de varios aspectos de su aplicación. El trabajo estudia las medidas positivas contra la Administración, las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración y las medidas autónomas contra la Administración y las medidas precautelares contra la

ABSTRACT: The present work approaches the general theory of provisional remedies in the Argentine Republic, and in particular provisional remedies in proceedings where the National State is a party. In such an understanding, general aspects such as the concept of this institute, its legal nature, foundation and characteristics are analyzed in detail. In addition, the paper analyzes the characteristics of the provisional remedies and their different classifications. On the other hand, the phenomenon of "self-satisfying" remedies, or remedies that grant the final relief sought, is analyzed. The author deals mainly with the issue of provisional remedies against the Administration. Within this framework, the legal analysis focuses on their particularities and their evolution in the Argentine Republic. The implications of the law of provisional remedies 26.854 and the interpretation of jurists and judges regarding various aspects of its application are discussed in detail. This paper examines the positive measures against the Administration, the provisional remedies against the facts of the Administration, the autonomous measures against

Administración. Finalmente, se abarca también el estudio sobre las medidas cautelares requeridas por el Estado. En la primera parte, se abordan el concepto, la naturaleza, fundamento y caracteres y se abordan las cautelares requeridas por el Estado. También se abordan aspectos sobre la necesidad de reglas más objetivas para el proceso, bien como la necesidad de ponderación y emplazamiento. En la segunda parte, se abordan los aspectos procesales y materiales específicos de las cautelares contra la administración pública.

PALABRAS claves: Medidas Cautelas – Medidas Autosatisfactivas – Contracautela – Las Medidas Cautelares Contra la Administración – Interés público.

the Administration, and the provisional remedies against the Administration. Finally, the study on the provisional remedies sought by the State is also covered. In the first part, the concept, nature, foundation and characters are addressed, and the provisional remedies sought by the State are addressed. One also examines aspects involving the need for more objective rules for the process, as well as the need for weighting and placement. In the second part, the specific procedural and material aspects of provisional remedies against public administration are addressed.

KEYWORDS: Provisional Remedies – Provisional Remedies that grant the final relief sought – Counter-Relief – Provisional Remedies against the Administration – Public Interest.

SUMÁRIO: 1. De las medidas cautelares en general. 1.1. Concepto. 1.2. Naturaleza jurídica. 1.3. Fundamento y caracteres. 1.4. Accesorias o instrumentales. 1.5. Provisionales. 1.6. Son inaudita pars. 1.6.1. Fungibles. 1.6.2. Clasificaciones. 1.7. Las medidas autosatisfactivas. 1.8. Presupuestos generales para el otorgamiento de las medidas cautelares. 1.8.1. Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*). 1.8.2. Peligro en la demora (*periculum in mora*). 1.8.3. Prestación de una contracautela. 1.8.4. Falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo. 1.9. Consideraciones comunes. 1.9.1. Competencia. 1.9.2. Apelación de las resoluciones cautelares. 2. Las medidas requeridas por el Estado. 3. La batalla por las medidas cautelares (o contra). Bibliografía.

1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

1.1. Concepto

El profesor Palacio nos enseñaba que el proceso cautelar “es aquél que 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 ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”¹.

Resulta que la sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar

1. PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 773-774.

De todas formas, admitiendo o no la utilización del emplazamiento para ciertos supuestos, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si se dan los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares requeridas, que en este trabajo hemos expuesto, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con “resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales –más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando-.

Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible⁷⁶. Si bien estas reflexiones del gran maestro García de Enterría fueron concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro. *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa.
- BIDART CAMPOS, germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1972.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971.
- CARRIÓ, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- CASSAGNE, Ezequiel, *El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares*, La Ley, 10.05.2011.
- CASSAGNE, Ezequiel. *El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo*, en *Procedimiento Administrativo*, AAVV, t. I, La Ley.

76. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.

- CASSAGNE, Ezequiel. Las Medidas Cautelares contra la Administración, en AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007.
- CASSAGNE, Ezequiel, *Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública*. La Ley 27.07.2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, LL 2001-B.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 7. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
- CASSAGNE, Juan Carlos; PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo*. Entre la justicia, la economía y la política, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936.
- COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos*. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- COMADIRA, Julio R. *Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto*, LL 1994-C, 699.
- DE LA SIERRA, Susanas. Las medidas cautelares en la contratación pública, *Revista de la Administración Pública*, mayo-agosto 2004, Madrid.
- DIEZ, Manuel, M., *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- DI IORIO, Alfredo. *Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares*, LL 1978-B, 152;
- FALCÓN, E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Anotado, comentado, concordado, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. IV: Sistemas cautelares (Medidas cautelares. Tutela anticipada), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón. La tutela cautelar (I). Su configuración como pieza central de la tutela judicial de los ciudadanos en Europa y en España. en AAVV, *Revista de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 89, Abeledo Perrot, 2013.

- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Control judicial de la Administración. Medidas cautelares, en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, Control judicial de la Administración. Medidas cautelares, en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GAMBIER, Beltrán; ZUBIAUR, Carlos, *Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549, LL 1993-D, 706.*
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Madrid, Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; FERNÁNDEZ Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*. t. II, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R. *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*. Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R, Actividad cautelar en el proceso contra la Administración, *RAP*, n. 203, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés. *La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en lo que el Estado es parte*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, 1998.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Las medidas cautelares ante la Ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- GUGLIELMINO Osvaldo. Medidas cautelares contra la Administración, en *Actualidad en el Derecho Público*, n. 13, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan A., *Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española*. Una propuesta para un debate aún abierto, REDA, vol. 13, Buenos Aires, Depalma, 2001
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

- MICHELI, G., *Curso de derecho procesal civil*, Parte General, vol. I, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea.
- KIELMANOVICH, Jorge L. *Medidas Cautelares*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe.
- LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995.
- LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.
- MIDÓN, Marcelo. *Medidas Cautelares requeridas contra el Estado Nacional*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- MUÑOZ, Guillermo A.; GRECCO, Carlos M., *Fragments y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, Thompson Civitas, 2004.
- OTEIZA, Eduardo, *El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854*, en La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- ROJAS, Jorge. *El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón. *La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- PALACIO, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985.
- PEYRANO, Jorge W. *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999
- PEYRANO, Jorge W. *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, 2. ed., Rosario, Zeus.
- REIMUNDÍN, Ricardo, Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia, en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, n. 22.
- ROJAS, Jorge. *El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.

- ROSSI, Alejandro, Las medidas cautelares y su apelación en el amparo, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- SAGÜES, Néstor, P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2. ed, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- SACRISTAN, Estela, *El concepto de interés público en la Ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.
- SANCHEZ, Zulima, La tutela cautelar (II), sus manifestaciones en la doctrina del tribunal Supremo Español, en AAVV, *Revista de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 89, Abeledo Perrot, 2013.
- SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.
- SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial).
- VERBIC, Francisco, *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos*, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Do *periculum in mora* inverso (reverso), de Reis Friede – *RePro* 237/159-194 (DTR\2014\17941).