

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REPUBLICA ARGENTINA (SEGUNDA PARTE)

PROVISIONAL REMEDIES AGAINST THE GOVERNMENT IN THE ARGENTINE REPUBLIC (PART TWO)

EZEQUIEL CASSAGNE

Professor da Universidade Católica da Argentina.
ezequiel@cassagne.com.ar

Data de recebimento: 31.03.2017

Data de aprovação: 05.06.2017

Received in: 03.31.2017

Approved in: 06.05.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Administrativo

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 la 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 as

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

medidas autónomas contra la Administración y las medidas precautelares contra la 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.

remedies against the facts of the Administration, the autonomous measures against 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.

SUMARIO: 1. De las medidas cautelares contra la administración. 1.1. Consideraciones generales. El interés público. 1.2. La ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado Nacional. 1.2.1. Requisitos generales. 1.2.2. La suspensión de los efectos de un acto estatal. 1.2.3. Las medidas positivas contra la Administración. 1.2.4. Las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración. 1.2.5. Las medidas autónomas contra la Administración. 1.2.6. Las medidas precautelares contra la Administración. Bibliografía.

1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

1.1. Consideraciones generales. El interés público

Sostiene¹ Juan Carlos Cassagne que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”².

1. A primeira parte deste estudo foi publicada na *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 6, ano 2, p. 177-210, jul.-set. 2018.
2. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que “la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no

Pero lo cierto es que no siempre en nuestro derecho se aceptó la procedencia de las medidas cautelares contra el Estado. A tal efecto, se expusieron todo tipo de razones dogmáticas para denegarlas, tales como la prevalencia del interés público sobre el interés individual; el principio de legalidad del Estado, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de solvencia estatal (*fiscus semper solvens*).

A pesar de ello, el derecho procesal administrativo, frente a las situaciones cotidianas que demostraban la necesidad de las personas de contar con una satisfacción inmediata de sus derechos conculcados por el Estado (en virtud de actos administrativos, reglamentos, leyes, omisiones y hechos), comenzó a consagrar la procedencia de las medidas cautelares en éste ámbito, utilizando por analogía los preceptos del código procesal civil y comercial de la Nación³.

Hasta el año 2013 esta situación no había variado, adoptándose mediante la técnica de la analogía, al carecer el orden nacional de un código contencioso administrativo, y teniendo en cuenta que las normas de otros ordenamientos se aplican en el derecho administrativo solo ante los vacíos legales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto fuere pertinente, con las adaptaciones necesarias que requería, en materia cautelar, el régimen exorbitante propio del derecho administrativo. De hecho, así continúa siendo en todo lo que no ha sido regulado en forma expresa por la nueva ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en la que interviene el Estado nacional.

No obstante la aplicación del CPCCN, la jurisprudencia solía desplegar una gama innumerable de requisitos y principios para valorar la procedencia de los remedios cautelares. Así, la mayoría de las veces los magistrados evaluaban que el dictado de una determinada medida cautelar no vulnerara el interés público o, por ejemplo, requerían que se plantee la suspensión del acto administrativo en sede administrativa previo al pedido de suspensión en sede judicial, ambas cuestiones que ahora son exigidas expresamente por la ley 26.854.

Respecto al interés público, no descartamos que los jueces deban valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y aún más,

desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, 1998, p. 2024.

3. Para MAIRAL, en cambio, la aplicación del Código debe efectuarse de manera directa. En tal sentido, dicho autor sostiene que “corresponde al Poder Judicial de la Nación entender en las causas en que la misma Nación es parte, siendo de aplicación, por ende, en forma directa y no analógica, el CPCCN”, en MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 800.

- 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.
- 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.
- MICHELI, G., *Curso de derecho procesal civil*, Parte General, vol. I, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea.
- 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., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. I, Thompson Civitas, 1 ed., Madrid, 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.
- 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*, 14º 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*, 2º 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*, nº 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, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- SAGÜÉS, Néstor, P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ed, Astrea, Buenos Aires, 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)*, Nº 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, LexisNexis, 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.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Notas Sobre as Medidas Antecipatórias e a Técnica dos Procedimentos Sumários no Direito Argentino e Espanhol, de J. S. Fagundes Cunha – *RePro* 95/135-151 (DTR\1999\327); e
- Una Nueva Via Procesal Para Preservar el Derecho a La Privacia: El Proceso Urgente, de Jorge W. Peyrano – *RePro* 84/249-257 (DTR\1996\445).