

CONSIDERACIONES ACERCA DEL
PROYECTO DE LEY DEL P.E.N.
SOBRE
MEDIDAS CAUTELARES
DEL ESTADO NACIONAL Y CONTRA EL MISMO

Por Pablo Javier Davoli. (*)

A MODO DE INTROITO:

Las siguientes consideraciones giran en torno al Proyecto de Ley sobre medidas cautelares que el P.E.N. presentó al H. Senado de la Nación en fecha 08/04/13, a las 23:50 horas. La iniciativa legislativa quedó registrada, en el ámbito de la Cámara Alta, bajo el número 6/13.

SITUACIÓN ACTUALMENTE PLANTEADA:

En nuestro país, no existe un régimen jurídico-procesal que regule de manera orgánica e integral los procesos judiciales entablados contra los órganos de Gobierno, la administración pública central y los organismos autárquicos nacionales. En efecto, las únicas disposiciones legales vigentes, destinadas a regular específicamente este tipo de causas, están contenidas en el Título IV de la Ley N° 19.549, norma - ésta- que establece el Régimen de Procedimientos Administrativos a nivel nacional. Dentro de dicho título han sido incluidas algunas cláusulas atinentes a la admisibilidad de las respectivas pretensiones judiciales.

La falencia en cuestión reviste ostensible gravedad. Tanto es así que resulta difícil encontrar un caso similar en el ámbito del Derecho Comparado, constituido por los demás países de América Latina y los de la Europa Continental. Contraste, éste, que también puede observarse si comparamos la situación planteada a nivel nacional, con los regímenes procesales provinciales de nuestro país. Ello así, en particular, en relación a las medidas cautelares dictadas en contra del Estado Nacional o sus “*entes descentralizados*” o bien -como lo aclara el Artículo 1° de la iniciativa de marras- solicitadas por los mismos.

Así las cosas, el trámite de los juicios contra los organismos estatales es estructurado de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello así, ante la falta de un sistema normativo-ritual propio, por aplicación analógica y -desde luego- sin perjuicio de las disposiciones -más específicas- del Título IV de la Ley N° 19.549. Por supuesto, la aplicación de la aludida normativa adjetiva, oportunamente establecida para los procesos de sustancias civiles y comerciales, se proyecta también sobre las medidas cautelares eventualmente dictadas en el contexto de los juicios contra las autoridades públicas del orden nacional.

Es claro que la solución intentada (esto es: la aplicación analógica de la preceptiva ritual civil y comercial) dista mucho de resultar plenamente satisfactoria. Se trata, por el contrario, de una solución parcial, relativa y defectuosa, la cual, en más de un caso, propicia la producción de injusticias mayores que aquellas otras que pretendían ser prevenidas, aliviadas o eliminadas.

La causa de estos resultados, a todas luces indeseables, reside en la distinta naturaleza de la sustancia “*sub-lite*”. Es decir, en la diversa índole de la materia involucrada en los juicios civiles y comerciales (para cuya específica regulación fuera oportunamente dictado el Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación), en relación a la materia envuelta en las causas contencioso-administrativas (sobre las que se aplica el mentado código formal, a falta de normativa procesal propia y por analogía).

Ciertamente, en los juicios civiles y comerciales se ventilan asuntos de orden eminentemente privado. Las relaciones allí analizadas se encuentran trabadas entre particulares. Los intereses que allí se juegan, son de carácter privado. En suma, se trata del terreno propio de la Justicia “*conmutativa*”, de acuerdo con las enseñanzas aristotélicas.

En cambio, en los procesos judiciales contra el Estado Nacional o sus “*entes descentralizados*”, se dirimen asuntos de orden eminentemente público. Las relaciones allí estudiadas se encuentran establecidas con organismos estatales. Los intereses que allí tallan, revisten, ante todo, carácter público. En suma, este tipo de causas exige la aplicación -ya no de la Justicia “*conmutativa*”- sino de la Justicia “*distributiva*” e, incluso, de la Justicia “*general*” o “*legal*”, según las perennes enseñanzas del gran pensador de Estagira.

LA FINALIDAD DEL PROYECTO DE LEY:

Según declaran expresamente sus autores, la iniciativa legal en cuestión apunta a subsanar la “*laguna*” normativa “*ut supra*” indicada, estableciendo un régimen especial de medidas precautorias contra el Estado nacional o sus “*entes descentralizados*” o bien, requeridas por éstos.

Este nuevo régimen regulatorio -según se declara y propone- deberá asegurar “*previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo*” (ver: página 2 del documento presentado).

Asimismo, los autores del proyecto de marras expresan haber recogido y condensado en el mismo el trabajo hermenéutico desarrollado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, así como también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la aplicación de la normativa procesal civil y comercial a los juicios iniciados contra el Estado Nacional. Hermenéutica, ésta, que -a juicio de los propulsores de la iniciativa- ha resultado de “*una razonable armonización entre el interés privado y el público*” (ver: página 2 del proyecto ingresado).

ESQUEMA DE LAS DISPOSICIONES DE LA INICIATIVA:

A continuación, ensayamos una exposición esquemática de los preceptos que componen al proyecto de ley que aquí nos ocupa. Lo haremos intercalando algunos breves comentarios alusivos. Veamos:

ARTÍCULO 1: *Ámbito de aplicación:*

Dicho ámbito está constituido por las medidas cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos.

Cabe advertir aquí que, contra lo que la respectiva “*exposición de motivos*” permite presumir, la presente iniciativa legislativa también está referida a las medidas cautelares solicitadas por un órgano estatal.

ARTÍCULO 2: *Medidas cautelares dictadas por juez incompetente:*

Este artículo se divide en dos incisos; a saber:

1. Regla general: prohibición de dictar medidas cautelares, dirigida a jueces incompetentes para conocer en las respectivas causas.

Es en virtud de esta prohibición que se obliga al magistrado interviniente a expedirse sobre su competencia al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada (si es que todavía no lo hecho).

2. Excepción a la regla general: medidas precautorias dictadas contra el Estado Nacional o sus “*entes descentralizados*”, cuando se encuentre comprometida directamente la vida o la salud de una persona o bien, un derecho de naturaleza alimentaria.

Resulta importante aclarar que, por cómo está redactado este inciso, se puede interpretar que el dictado de medidas cautelares por jueces incompetentes, en los mencionados casos de excepción, constituye una mera posibilidad y no un deber. En otras palabras, pareciera que simplemente se habilita al magistrado incompetente a otorgar eventualmente una medida de cautela, sin imponérsele la obligación de actuar en tal sentido, aunque se encuentre en peligro la vida del justiciable.

En estos casos de excepción, una vez dictada la medida precautoria, el juez incompetente que lo haya hecho deberá remitir inmediatamente las actuaciones al magistrado que considere competente. Este último, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y la vigencia de la medida resuelta concedida por su antecesor. Para ello, cuenta con un plazo perentorio de cinco (5) días (hábiles, obviamente).

ARTÍCULO 3: Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar:

Esta cláusula presenta cuatro incisos. Vamos por partes, entonces:

1. Determinación del momento procesal oportuno para solicitar las medidas en cuestión:

- Antes de la interposición de la demanda.
- Junto con la promoción de la misma. O bien...
- Con posterioridad a tal ocasión.

2. Especificaciones que debe contener, en forma “*clara*” y “*precisa*”, el planteo cautelar:

- Perjuicio que se procura evitar.
- Actuación u omisión estatal que lo produce.
- Derecho o interés jurídico que se pretende garantizar.
- Tipo de medida que se pide.
- Cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

Este último requisito se encuentra íntimamente vinculado al inmediato anterior. Tal como veremos más abajo, este proyecto de ley incluye una categorización de las posibles medidas precautorias; estableciendo, para la procedencia de cada una de ellas, determinados requisitos específicos. Ello así, en el entendimiento de que “*la particularizada regulación de los recaudos habilitantes de los distintos remedios cautelares que propone el proyecto marca una incontestable evolución del derecho procesal público, en tanto asegura previsibilidad a la hora de solicitar, decidir o recurrir una medida cautelar*” (ver: página 6 del proyecto presentado).

3. Facultades oficiosas del juez en relación a la determinación del objeto y los alcances de la medida:

- Limitar la medida solicitada.

- Disponer una distinta de ella.

Ello, según se aclara expresamente, a fin de “*evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público*” y “*teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar*”.

4. Objeto prohibido: “*las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal*”.

Esta última disposición, que prohíbe a las medidas cautelar coincidir con el objeto de la demanda, seguramente será objeto de acalorada polémica. Básicamente, porque la misma contradice la tendencia jurisprudencial y doctrinaria prevalente.

En efecto, gran parte de la Jurisprudencia y la Doctrina, en los últimos años, se ha inclinado decididamente en favor de la así llamada “*tutela anticipada*”. Esto es: la concesión de medidas cautelares cuyo cumplimiento implica la anticipación del resultado de la sentencia. Tan amplia es la acogida que ha recibido esta modalidad precautoria, de indudable cuño “*garantista*”, que se ha llegado a identificar -lisa y llanamente- a la “*tutela anticipada*” con las “*medidas cautelares materiales innovativas*” (ver: CAMPS, Carlos, “*La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada*”, J.A., 29/09/99; también: C.S.J.N., “*Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf S.R.L. y otros*”, E.D. 176-64, J.A. 03/12/97 y Revista de Derecho Procesal n° 1, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1.999, página 385).

El anticipo de marras implica el otorgamiento al peticionante de aquello que recién habría de serle acordado en la sentencia definitiva (si triunfa en el pleito). Pues entre el objeto de la pretensión cautelar y el de la pretensión sustancial media una relación de identidad, que puede ser total o parcial (ver: FERRER, Sergio, “Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material”, dentro de la obra colectiva titulada “Sentencia Anticipada”, coordinada por: PEYRANO, Jorge W., Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2.000, página 353).

Desde luego, la corriente recién descrita sugiere la aplicación de este tipo especial de medidas de cautela, en aquellos casos en los que la previsible duración de los respectivos procesos judiciales, genere el riesgo cierto de que la resolución del conflicto resulte tardía. Circunstancia, ésta, que importaría, obtener una sentencia eventualmente justa y conforme a Derecho, pero -paradojalmente- ineficaz. Se hace referencia a aquellos causas durante cuyo trámite se alteran (involuntaria o deliberadamente) las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se puso en marcha el órgano jurisdiccional, tornándose así ilusorias las decisiones judiciales destinadas a restablecer la plena vigencia del derecho sometido a debate.

En esto casos -según explica la Doctrina- la función de la sentencia de mérito -a la que se arriba luego de obtenida la plena cognición del caso y de producido acabadamente el derecho de defensa de las partes- consiste en determinar con certeza si el beneficiario de la medida de cautela tuvo realmente derecho (o no) para conseguir aquello que le fue entregado a título simplemente precautorio y con carácter provisorio, sobre la base de la mera “*verosimilitud del derecho*” originariamente exhibida e “*inaudita altera pars*”. De ser así, lo ganado cautelarmente adquiere carácter irrevocable con la fuerza de la cosa juzgada material, pasando a ser propiedad del demandante. De este

modo, se evita que el decurso del tiempo se transforme en el enemigo de una justicia entendida en términos reales y concretos (ver: PEYRANO, Jorge W., “*Medida Cautelar Innovativa*”, Depalma, Argentina, 1.991, página 59).

Los antecedentes recién expuestos permiten suponer que el presente punto será objeto de fuertes controversias. Primero, en el ámbito de las cámaras legislativas. Y, luego, de resultar aprobado con su actual redacción, dentro de los tribunales, donde seguramente enfrentará impugnaciones de inconstitucionalidad.

ARTÍCULO 4: Informe previo:

Este artículo, en tres incisos, describe el trámite que debe recibir la moción cautelar, con anterioridad al dictado de la respectiva resolución. Veamos:

1. Requerimiento de informe a la autoridad pública demandada.

- Plazo para producir dicho informe: cinco (5) días.
- Aspectos a los que debe estar referido el informe: interés público comprometido en la solicitud cautelar.
- Aspectos a los que puede estar referido el informe: condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida peticionada; acompañamiento de pruebas documentales.

Lo dispuesto por este inciso implica un desvío excepcional respecto de la regla general, estipulada por la Teoría General de las Medidas Cautelares, según la cual las medidas precautorias se dictan “*inaudita altera pars*”, esto es: sin escuchar (previamente) a la parte

contraria. Se trata, sin lugar a dudas, de un cambio muy profundo, que sienta una excepción frente a la aludida regla genérica.

De acuerdo con los autores del proyecto de ley, la excepción en cuestión obedece al peculiar carácter del accionado, sujeto pasivo de las medidas cautelares a dictarse. Ciertamente, se trata -en la especie- del Estado (o bien, de sus “*entes descentralizados*”). La autoridad que invisten sus órganos (políticos y administrativos) impide que se les propine el trato correspondiente a un particular. Pero, además, la gestión que de los intereses públicos aquéllos se encargan, exige un tratamiento diferenciado.

No en vano -según aducen los autores de la iniciativa- las regulaciones que, en otros ámbitos, rigen la materia que aquí nos ocupa, contemplan este tipo de informes, como requisito previo a la resolución de un pedido de medida cautelar. A guisa ilustrativa, los presentantes citan el Artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1.998 y el Artículo 15 de la Ley N° 2.145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ver: página 3 del proyecto ingresado).

En el tercer párrafo de este primer inciso, se establece la posibilidad de dictar una MEDIDA INTERINA...

- Cuando “*circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran*” (se trata de una excepción mucho más abierta que la prevista para habilitar a los jueces incompetentes para el dictado de una medida de cautela -prevista en el Artículo 2, Inciso 2°- ya que esta última sólo está contemplada para casos en que se encuentren comprometidas directamente la vida, la salud y/o algún derecho alimentario del justiciable).

- Hasta “*el momento de la presentación del informe o el vencimiento del plazo fijado para su producción*” (tal vez, sería mejor disponer que la “*medida interina*” se extienda hasta el dictado de la resolución cautelar, ya que, en la “*praxis*”, es probable que se produzcan intervalos considerables entre la producción del informe -o el vencimiento de su plazo- y el dictado decisorio).

Puede interpretarse que esta “*medida interina*” constituye una suerte de medida “cautelar de la cautelar”. Y, si bien el proyecto no lo menciona expresamente, todo permite suponer que los justiciables tendrán el derecho de solicitar la fijación de una determinada “*medida interina*”, adecuada al caso concreto.

2. Reducción del plazo para producir el informe. Casos:

- Cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado.

- En juicios sumarísimos: plazo de tres (3) días.

- En juicios de amparo: plazo de tres (3) días.

3. Posibilidad de omitir el requisito del informe. Casos:

- Cuando la medida cautelar esté directamente orientada a tutelar la vida del justiciable.

- Cuando la medida cautelar esté directamente orientada a tutelar la salud del justiciable.

- Cuando la medida cautelar esté directamente orientada a tutelar un derecho de carácter alimentario del justiciable.

Este inciso, por su redacción, plantea la omisión del requisito en cuestión (referido al informe previo, producido por la autoridad pública correspondiente) en términos de “posibilidad”. Dice, textualmente, que tales medidas “*podrán*” tramitarse y decidirse sin cumplir con dicha condición. Así las cosas, en la práctica, resultará aconsejable (si no necesario) que los justiciables, al promover el pedido de medida cautelar, pidan expresamente que se evite dicho “paso” procesal. Petición, ésta, que deberá estar debidamente fundada, por supuesto.

ARTÍCULO 5: Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado:

Este artículo consta de cuatro párrafos. A saber:

1. En el primer párrafo se dispone:

- Que la vigencia de las medidas precautorias deberá estar sometida a un plazo determinado, “*razonable*”, fijado por el juez de la causa (el título del artículo especifica que se trata de medidas cautelar “*frente al Estado*”, pero el texto de la cláusula nada dice al respecto).

- Que, como regla general, dicho término no podrá superar los seis (6) meses. Estableciéndose, por excepción, un plazo máximo de tres (3) meses para los juicios de conocimiento sumarísimos y los de amparo.

2. En el segundo párrafo se estipula:

- Que las medidas destinadas a proteger directamente la vida o la salud de “*la*” persona o un derecho suyo de carácter alimentario, no estarán supeditadas a los plazos precedentes.

3. En el tercer párrafo se establece:

- La posibilidad de prorrogar la medida por un plazo máximo de seis (6) meses (por decisión judicial fundada, expedida a pedido de parte, al vencimiento del término originariamente fijado, siempre y cuando ello resultare “*procesalmente indispensable*”).

Nótese que la cláusula prevé la eventual prórroga de una medida cautelar por un período máximo de seis (6) meses, sin eximir de dicha posibilidad a las medidas dictadas en el marco de juicios de conocimiento sumarísimos o de amparos (cuyo máximo inicial es de tres -3- meses). Esta redacción permitiría -al menos, en teoría- que una medida dictada en uno de estos procesos, cuyo máximo primigenio no puede exceder los tres (3) meses, sea prorrogada -luego- por seis (6) meses más.

Otro aspecto llamativo: la cláusula en ningún momento dice que la prórroga es por única vez. De este modo, la posibilidad de otorgar nuevas prórrogas consecutivas, si bien no se encuentra explícitamente autorizada, tampoco está expresamente cancelada.

4. En el cuarto párrafo se sienta:

- Una vinculación entre la prórroga de la medida cautelar otorgada y el comportamiento procesal (“impulsivo” o dilatorio) del beneficiario de aquélla.

5. En el quinto párrafo se dispone:

- Otra excepción a los plazos establecidos en el primer párrafo: medidas cautelares dictadas en causas cuyas respectivas vías administrativas aún no se encuentren agotadas.

- En tales casos, la medida precautoria se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía.

Es claro que la cláusula aquí analizada se encuentra directamente apuntada a evitar -en lo futuro- el fenómeno de las medidas cautelares “eternizadas”. Fenómeno, éste, que, sin duda alguna, constituye una distorsión del régimen precautorio. Tal como los propios autores de la iniciativa lo recuerdan, esta desnaturalización de los mecanismos cautelares ha sido oportunamente advertida por el cívico tribunal de nuestro país. En efecto, en su sentencia de fecha 05/10/10, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó en forma expresa el peligro que representan los pronunciamientos cautelares exentos de todo límite temporal, cuando, por la demora producida en el zanjeo de la cuestión de fondo, terminan arrojando “*un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial*” (ver: página 4 del proyecto legislativo de marras).

A mayor abundancia, cabe resaltar que el decisorio recién citado era relativo a una medida de cautela no-innovativa, dictada en contra el Estado. En virtud de la misma, se había suspendido la aplicación de un acto administrativo.

ARTÍCULO 6: Carácter provisional:

Este artículo contiene dos incisos. A saber:

1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia.

2. El cambio de las circunstancias que ameritaron el dictado de una medida cautelar, habilitará su levantamiento, a pedido de parte (esto último surge tácitamente del modo en que está redactado el precepto).

ARTÍCULO 7: Modificación:

Este artículo cuenta con tres incisos. Veamos:

1. La persona que hubiere solicitado y obtenido la medida cautelar: posibilidad de pedir la “*ampliación*”, “*mejora*” o “*sustitución*” de la medida cautelar obtenida.

Se aplica un criterio teleológico, esto es: finalista. Se trata de verificar si la medida precautoria sirve para el “*cumplimiento adecuado*” de la finalidad para la cual está destinada.

2. El órgano en cuya contra se hubiere dictado la medida cautelar: posibilidad de requerir la “*sustitución*” de la misma por otra “*menos gravosa*”, “*siempre que garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido*”.

Esta posibilidad también es digna de encomio. En suma, no se trata sino de una adecuada recepción, en la especie, del Principio de Razonabilidad consagrado por nuestra Constitución Nacional (Artículo 28, C.N.).

3. Trámite del pedido: se dictará resolución previo traslado a la contraparte (por cinco -5- días en los procesos ordinarios; por tres -3- días en los procesos sumarísimos y los de amparo).

ARTÍCULO 8: Caducidad de las medidas cautelares:

Este artículo se compone de dos incisos. Vamos por partes:

1. El primer inciso, a su vez, se subdivide en dos párrafos. A saber:

- 1° párrafo: contempla el caso de medidas cautelares dictadas una vez agotada la respectiva vía administrativa, pero efectivizadas antes de la interposición de la demanda.

Estas medidas caducarán “*de pleno derecho*” si no se incoa la demanda correspondiente, dentro del plazo de diez (10) días, contados a parte de la “*traba*” respectiva (en relación al presente punto, menester es tener presente que la “*traba*” de la medida cautelar puede producirse mucho después de su dictado y notificación al peticionante).

- 2° párrafo: contempla el caso de medidas cautelares concedidas “*durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa*” (esta redacción luce un poco defectuosa).

Estas medidas caducarán “*automáticamente*” con la notificación del acto que agote la vía administrativa.

2. El segundo inciso está referido a las costas y los daños y perjuicios derivados de los casos de caducidad contemplados en el primer párrafo del inciso precedente (casos de medidas cautelares dictadas una vez agotada la respectiva vía administrativa, efectivizadas antes de la interposición de la demanda y caducadas antes de la promoción de esta última).

Tales costas, daños y perjuicios, estarán a cargo de quien hubiera peticionado y obtenido la medida cautelar caducada. Esta última no podrá proponerse nuevamente antes de la interposición de la demanda respectiva. Sólo una vez iniciada la demanda, podrá ser nuevamente requerida, si concurrieren los requisitos de procedencia correspondientes.

ARTÍCULO 9: Afectación de los recursos y bienes del Estado:

Por esta cláusula se prohíbe el dictado de medidas precautorias que “afecten”, “obstaculicen”, “comprometan”, “distrayan de su destino” o “perturben” (de cualquier forma) “*los bienes o recursos propios del Estado*”.

También se veda la imposición de “*cargas personales pecuniarias*” sobre los “*funcionarios*”. Prohibición, ésta, que, “*prima facie*”, luce más que razonable. Sin embargo, es menester tener presente que, de ser aprobada, esta disposición impedirá a los magistrados intimar a los funcionarios renuentes, a cumplir con las medidas cautelares dictadas, bajo apercibimientos de índole económica.

ARTÍCULO 10: Contracautela:

Conviene recordar aquí que la contracautela constituye uno de los requisitos básicos y generales de las medidas precautorias (junto al “*fumus bonis juris*” y el “*periculum in mora*”). Esta condición está orientada a asegurar preventivamente la cobertura de las costas y el resarcimiento de los daños que eventualmente se deriven de la ejecución de la medida cautelar.

Normalmente, la pondera el juez del caso, de acuerdo con el objeto de la medida cautelar solicitada y de las circunstancias generales de la causa. Puede consistir en una mera caución juratoria, así como también en la fianza de un tercero, la acreditación de solvencia del peticionante de la medida precautoria, etc.

Concretamente, el Artículo 10 del proyecto de ley bajo análisis, regula la exigencia de la contracautela a través de dos incisos. Veamos:

1. Medidas cautelares contra el Estado Nacional o sus “entidades descentralizadas” (REGLA GENERAL): caución personal o real.

2. Cuando el objeto de la pretensión concierna directamente a la protección de la vida o la salud de la persona o de un derecho de naturaleza alimentaria (EXCEPCIÓN): caución juratoria.

Como se puede observar, esta cláusula apunta a restringir -en el campo contencioso administrativo- la generosa discrecionalidad de la que disponen los magistrados del fuero civil y comercial, en materia contracautelar.

ARTÍCULO 11: Exención de la contracautela:

Este precepto exime del requisito contracautelar a:

- El Estado Nacional y sus “*entidades descentralizadas*” (las medidas cautelares solicitadas por órganos estatales se encuentran específicamente contempladas en el Artículo 16 de la presente iniciativa).

- El particular que goza del beneficio de litigar sin gastos.

ARTÍCULO 12: Mejora de la contracautela:

Este artículo establece las condiciones para que el sujeto pasivo de una medida precautoria, solicite una mejora de la contracautela originariamente dispuesta. Veamos:

- Oportunidad procesal: “*en cualquier estado del proceso*” (aunque, por la redacción de la cláusula, se podría interpretar que el pedido puede ser formulado recién a partir de que “*se hubiere hecho efectiva*” la medida).

- Carga procesal: el peticionante debe probar “*sumariamente*” que la contracautela fijada resulta INSUFICIENTE.

- Trámite procesal: el juez resuelve, previo traslado a la contraparte del planteo deducido.

ARTÍCULO 13: Suspensión de los efectos de un acto estatal:

Este artículo está dedicado a los casos de suspensión cautelar de los efectos de un “*acto estatal*”. Dentro de esta categoría genérica, los autores de la iniciativa han incluido: “*ley*”, “*reglamento*” y “*acto general o particular*”.

La cláusula de marras consta de cuatro incisos relativamente extensos. Vamos a analizarlos individualmente, siguiendo el orden de los mismos:

1. Requisitos para la suspensión del “acto estatal”:

a. Acreditación sumaria de la producción de perjuicios “*graves*” y “*de imposible reparación ulterior*”, que causará el “*cumplimiento*” o la “*ejecución*” del “*acto*” o la “*norma*”.

b. Verosimilitud del derecho invocado (“*fumus bonis juris*”).

c. Verosimilitud de la “*ilegitimidad*”, en base a “*indicios serios y graves*” al respecto (la redacción de este punto es deficiente; seguramente, se refiere a la “*ilegitimidad*” del “*acto estatal*” puesto en cuestión; más allá de ello, parece ser que, para los autores de la iniciativa, no cabe inferir la presunta ilegitimidad de dicho “*acto*”, a partir del cumplimiento de los dos tópicos precedentes; por eso, la mención de este requisito por separado).

d. No afectación del interés público (“indemnidad” del interés público).

e. Reversibilidad de los efectos materiales y jurídicos que se deriven de la suspensión cautelar de los “actos” (el texto del punto dice: “*de los efectos o de la norma*”; se trata de un evidente error de tipeo).

2. Requisitos “extra” de procedencia específicos de las medidas cautelares “suspensivas” dirigidas contra un “reglamento” o un “acto general o particular”, estando pendiente la “vía administrativa”:

- Demostrar que se ha pedido la suspensión del “acto” por ante la Administración.

- Demostrar que la decisión de ésta fue adversa; o bien, que han transcurrido, como mínimo, cinco (5) días desde la presentación del pedido, sin haber obtenido respuesta.

3. Recurribilidad de la medida cautelar “suspensiva”:

- Por la vía del recurso de reposición (vulgarmente conocido como “*revocatoria*”). Pero también...

- Por la vía del recurso de apelación (deducido en forma directa o subsidiaria -respecto de la “*revocatoria*”).

- Efectos de la interposición del recurso de apelación:

- Suspensivos de la medida cautelar, cuando la misma esté dirigida contra una “*disposición legal*” o un “*reglamento del mismo rango jerárquico*” (regla explícita en el texto del proyecto de marras).

- Devolutivos (es decir, no suspensivos de la medida precautoria) cuando...

- La medida esté dirigida contra un “*acto estatal*” diferente de los especificados en el punto anterior (regla implícita en el proyecto de marras).

- Se encuentre “*comprometida*” la protección cautelar de la vida, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria (regla explícita en el proyecto de marras).

4. Pedido de levantamiento de la orden cautelar que suspende el “acto estatal”:

- Sujeto legitimado: la “*entidad pública demandada*”.

- Oportunidad procesal: en “*cualquier estado del trámite*”.

- Fundamento: “*grave daño al interés público*” (se exige una invocación fundada; ni más ni menos que eso).

- Trámite procesal: previo a resolver, traslado al peticionante de la medida cautelar, por el término de cinco (5) días.

- La resolución que haga lugar al pedido de levantamiento de la medida cautelar suspensiva, declarará a cargo de la “*entidad pública*” los perjuicios que irroge la ejecución del “*acto estatal*” atacado.

ARTÍCULO 14: Medida positiva:

Este artículo está conformado por dos incisos. A saber:

1. El primer inciso define a las “*medidas positivas*” como: aquellas cuyo objeto “*implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada*”.

Además, establece los requisitos de procedencia de las medidas de este tipo:

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, existe*”. Según parece, nos encontramos ante la exigencia de un “*fumus bonis juris*” reforzado (no se requiere certeza en relación al derecho invocado por el peticionante de la medida cautelar; pero sí una verosimilitud muy pronunciada o marcada; en última instancia, se trata de un juicio probabilístico sustancialmente favorable).

c. Acreditación sumaria de la producción de perjuicios “*graves*” y de “*imposible reparación ulterior*”, por el incumplimiento del “*deber normativo*” a cargo de la accionada.

d. No afectación de un interés público (aquí también se exige la “*indemnidad*” del interés público).

e. Reversibilidad de los efectos materiales y jurídicas de la medida solicitada.

2. Extensión de los requisitos antedichos a “*cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley*”.

Conviene aclarar aquí una medida precautoria de carácter “*innovativo*” constituye “*una decisión excepcional*” que “*altera el estado*”

de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado". Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf S.R.L. y otros" (E.D. 176-64, J.A. 3 de diciembre de 1997 y Revista de Derecho Procesal n° 1, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1.999, página 385).

ARTÍCULO 15: Medida de no innovar:

Este artículo consta de dos incisos. Veamos:

1. Este inciso enumera los requisitos de procedencia de la medida precautoria no innovativa:

a. Acreditación sumaria de la producción de perjuicios "graves" y "de imposible reparación posterior", derivados de la "conducta material" que ha llevado a solicitar la medida.

b. Verosimilitud del derecho invocado (nuevamente, el requisito clásico del "fumus bonis juris").

c. Verosimilitud de la "ilegitimidad" de la "conducta material" emanada de un "órgano" o "ente" estatal (ya hemos advertido más arriba que, en el marco del régimen procesal que aquí se postula, esta "ilegitimidad" no puede ser deducida sin más de los dos extremos precedentes: derecho y perjuicio).

d. No afectación del interés público (otra vez, la "indemnidad" del interés público).

e. Reversibilidad de los efectos materiales y jurídicos emanados de la medida precautoria.

2. Extensión de los requisitos antedichos a “*las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley*”.

ARTÍCULO 16: Medidas cautelares solicitadas por el Estado:

Este artículo, en su encabezado, sienta la regla general que preside el tópico. Y, a través de sus tres incisos, detalla las “*circunstancias*” que deben concurrir para habilitar la procedencia de las estas medidas peticionadas por el Estado. Veamos:

- Encabezado: “*El Estado Nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso*” (REGLA GENERAL). Siempre que concurren 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 (se trata, en definitiva, de la pertinencia de la medida cautelar peticionada; esto es: de su adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, en relación al objeto de la causa).

ARTÍCULO 17: Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos:

Este artículo porta un título cuyo sentido es acotado, en relación a los alcances -mayores- de su contenido dispositivo. En efecto, la

tutela aquí prevista no sólo está referida a los supuestos de “*interrupción de los servicios públicos*”, sino también a los de:

- Amenaza y entorpecimiento de los mismos (de su “*regularidad*” y “*continuidad*”).

- Amenaza, interrupción y entorpecimiento de la ejecución de “*actividades de interés público*”.

- Perturbación de la integridad o destino de los “*bienes afectados a esos cometidos*”, anteriormente especificados.

En tales casos, se puede plantear “*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*”.

Este fragmento del texto del artículo, permite colegir que, en los supuestos aquí contemplados, no rige en absoluto la prohibición que el Artículo 3 establece para el objeto de las medidas cautelares en relación al objeto de las pretensiones principales (o “*de fondo*”). Criterio, éste, que se ve reforzado por el hecho de que, por su redacción, el mentado Artículo 3 parece estar referido, si no exclusivamente, al menos principalmente, a las medidas precautorias dictadas a pedido de un particular, en contra del Estado y/o algunos de sus órganos políticos y/o administrativos.

Arribada nuestra exposición al presente punto, cabe aclarar que este Artículo 17, ahora bajo análisis, atribuye la legitimación activa para solicitar las medidas cautelares aquí contempladas al “*Estado nacional*” y “*sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión*” de los servicios y/o actividades “*ut supra*” aludidos.

En cuanto a la oportunidad procesal para deducir el planteo cautelar: puede ser previo a la interposición de la demanda respectiva; concomitantemente con su promoción; o posteriormente a dicho acto.

Resulta conveniente acotar aquí -al menos, brevemente- que la presente disposición parece estar inspirada en una tendencia no del todo saludable, cual es la que aconseja judicializar todo. Esto es: derivarle al Poder Judicial (en este caso, de la Nación) la atención de todos los conflictos y el dictado de las medidas (provisorias y definitivas) que la solución de los mismos requiera. Ello así, como si los demás órganos del Estado (políticos y administrativos) no poseyeran autoridad ni “*policía*”, en el profundo y amplio sentido que el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo atribuyen al término.

Así las cosas, sería conveniente modificar la redacción de este artículo, de manera que el establecimiento y la regulación de los mecanismos judiciales cautelares aquí postulados, no puedan ser interpretados como negación de las legítimas potestades de las que gozan los diversos órganos políticos y administrativos del Estado Nacional, para prevenir, evitar y/ subsanar muchos de los supuestos aludidos en el precepto de marras.

ARTÍCULO 18: Aplicación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

Este artículo dispone la aplicación de las normas de dicho código ritual, a las medidas cautelares abordadas por el presente proyecto de ley, en la medida de que aquéllas no resulten incompatibles con este último.

ARTÍCULO 19: Procesos excluidos:

Esta cláusula contiene una regla general y su correspondiente excepción. En virtud de ella, se exime de la aplicación de esta iniciativa a los procesos judiciales regidos por la Ley N° 16.986, que establece el régimen del amparo a nivel nacional. Esta es la REGLA GENERAL.

Sin embargo, se establece como EXCEPCIÓN lo establecido en los Artículos 4, Inciso 2°, 5, 7 y 20.

TÍTULO II: Este título, el último del proyecto de ley analizado, está dedicado a “*normas complementarias*”. Sólo contiene dos artículos. A saber: el Artículo 20, dedicado a la vía de la “*inhibitoria*”, y, finalmente, el Artículo 21, de comunicación al Estado Nacional.

(*) **Pablo Javier DAVOLI** nació en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe, República Argentina) en el año 1.975. Se recibió de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (Pontificia Universidad Católica Argentina) en el año 2.000. Cursó la Maestría en Inteligencia Estratégica Nacional de la Universidad Nacional de La Plata y el Doctorado en Derecho de la facultad arriba mencionada. Se ha desempeñado como docente de “*Ciencia Política*”, “*Formación del Pensamiento Jurídico-Político*”, “*Derecho Político*”, “*Derecho Constitucional*”, “*Instituciones de Derecho Público*” y “*Relaciones Gremiales*” en dicha facultad y otras casas de estudios. Es el autor de varios libros (“*Cuestiones Demológicas*”, “*Los Grandes Paradigmas Históricos y el Estudio de los Fenómenos Sociales*”, “*Meditaciones Sociológicas. Confesiones de un Argentino Preocupado*”, etc.).



Asimismo, ha escrito numerosos artículos sobre diversos temas de Filosofía Política, Geopolítica, Política Internacional, Derecho Político y Derecho Constitucional. Materias, éstas, en relación a las cuales también ha dictado gran cantidad de conferencias en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (P.U.C.A.), la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario (P.U.C.A.), el Colegio de Abogados de Rosario, el Círculo de Legisladores de la Nación, etc. En el mes de Agosto del año 2.011, participó del Encuentro de S.S. Benedicto XVI con los Jóvenes Docentes Universitarios, en El Escorial (España).