

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

MELINA PIAZZA



**LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDEN DE
LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:
EJES FUNDAMENTALES.**

**CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

SANTA FE – COHORTE 2.008

A handwritten signature in cursive script, likely belonging to Melina Piazza.

Índice:

I. Introducción.....2

II. Previsión normativa. Aspectos comprendidos por la norma.....5

III. Las medidas cautelares contempladas. Enumeración y análisis.....6

IV. Caracteres de las medidas cautelares.....9

V. La ponderación de los intereses en juego.....13

VI. Los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.....15

VI.1. Humo de buen derecho o fumus bonis iuris.....16

VI.2. Peligro en la demora o periculum in mora.....18

VII. Ámbito de conocimiento del procedimiento cautelar.....20

VIII. Conclusión.....23

Bibliografía consultada.25

Jurisprudencia de consulta.26

LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDEN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EJES FUNDAMENTALES.

I. Introducción.

En la Provincia de Santa Fe la materia contencioso administrativa fue originalmente regulada mediante el Código de lo Contencioso Administrativo (ley n° 4.106), vigente desde el año 1.951.

Posteriormente, la Legislatura Provincial sancionó la ley n° 11.329 por la cual se crearon las Cámaras de lo Contencioso Administrativo como tribunales especializados con competencia para entender en las contiendas suscitadas con motivo en el ejercicio ilegítimo de la función administrativa. No obstante la fecha de sanción de la norma, el efectivo funcionamiento de los nuevos Tribunales se concretó a comienzos del año 2.001.

En consonancia con la creación de las Cámaras, el 30 de noviembre de 1.995 la Provincia sancionó la ley n° 11.330, norma que regula el trámite del recurso contencioso administrativo en sus distintas etapas de desarrollo. Comparativamente con su antecesora, la nueva ley vino a proporcionar mayor dinamismo al unificar en un único recurso -que se ha calificado como de ilegitimidad- las diferentes situaciones jurídicas subjetivas que permiten al justiciable acudir a las Cámaras con el objeto de lograr la efectiva tutela de los derechos subjetivos o intereses legítimos que, nacidos al amparo del ordenamiento jurídico administrativo.

En ese orden ideas, y en la inteligencia de proveer a la tutela judicial efectiva de los administrados, la nueva norma introdujo modificaciones en materia cautelar.

En este aspecto, no sólo se ampliaron los poderes cautelares del juez al sumar a la ya contemplada suspensión de los efectos del acto administrativo otras alternativas cautelares, sino que la mencionada unificación de la vía recursiva implicó extender a los titulares de intereses legítimos la posibilidad de acceder a la jurisdicción anticipada del Tribunal, opción que bajo el amparo de la ley n° 4.106 era privativa de quienes detentaban derechos subjetivos.

De manera que la sanción de la ley n° 11.330 ha introducido modificaciones positivas en materia de tutela cautelar adecuando su previsión al fundamento mismo de las medidas precautorias, cuyo objeto es el resguardo efectivo de los bienes jurídicos tutelados frente a supuestos en los que el transcurso por los carriles ordinarios importaría tornar ilusorios los efectos de una sentencia definitiva.

El sistema cautelar se erige sobre principios que de uno u otro modo se resumen en una misma idea: proveer a la tutela judicial efectiva. El derecho de acudir ante la justicia conlleva el de transitar un proceso cuyo plazo de duración no exceda toda pauta de razonabilidad ni registre dilaciones indebidas, a obtener una sentencia útil dictada dentro de un plazo lógico y capaz de lograr una protección no sólo real sino también práctica de los bienes jurídicos de modo de no tornar ilusorios los efectos de la sentencia posterior.

La finalidad garantizadora de la jurisdicción cautelar tiene como objeto el resguardo del administrado de modo de abortar toda frustración de sus derechos o la concreción de mayores daños con motivo de las demoras propias del proceso judicial.

De tal modo, puede afirmarse que el fundamento de toda la construcción cautelar halla sus bases en el principio de tutela judicial efectiva, de innegable rango constitucional, que la Cámara n° 1 ha definido como “la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso (o procedimiento) conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia (o decisión) fundada”¹.

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de los tres grandes ejes sobre los que, considero, se construye el sistema cautelar en la ley n° 11.330: a) los diferentes

¹ *Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos: “Aufranc, Susana y otra contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, A y S, tomo 15, pág. 351, sentencia del 30 de marzo de 2009.*

tipos de medidas previstas; b) los requisitos de procedencia; y c) la ponderación de los intereses en juego.

II. Previsión normativa. Aspectos comprendidos por la norma.

Para iniciar el análisis del instituto cautelar en el ámbito contencioso administrativo debe tenerse presente la disposición contenida en el artículo 14 de la ley n° 11.330, cuyo texto dispone:

“Artículo 14: Tutela cautelar: “En los casos en que el recurso aparezca fundado de tal modo que en principio pueda considerarse como jurídicamente aceptable la posición sustancial del recurrente y de modo justificado y razonable pueda considerarse que exista peligro por la demora del proceso, el Tribunal podrá adoptar, ponderando debidamente los intereses en juego en el caso concreto, medidas urgentes que sean idóneas o necesarias y posibles jurídicamente, para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva. Podrá incluso dirigir mandamientos a la autoridad administrativa, para, entre otros fines, conservar o restablecer una situación tendente a prevenir un daño inminente o para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilegal; y ordenar, en su caso, una provisión, justa y razonable, al titular de un derecho, ante la presencia de una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable.

Todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil y Comercial y que fueren conducentes o se estimaren pertinentes a criterio del Tribunal.

El recurrente puede pedir que se decrete la suspensión de la ejecución de la medida administrativa impugnada, que procederá si ‘prima facie’ apareciese verosímil la ilegitimidad de la resolución cuestionada, o cuando su cumplimiento hubiese de ocasionar perjuicios graves o de reparación difícil o imposible si llegase a prosperar el recurso”.

El mismo artículo contempla tanto los requisitos de procedencia exigidos para el despacho cautelar como las diferentes medidas a disposición, cuya utilización dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y del bien jurídico a tutelar.

Asimismo, la norma establece un parámetro interpretativo al que el Tribunal deberá ajustar su análisis: la debida ponderación de los intereses en juego.

De manera tal que puede afirmarse que la norma no se limita a enunciar las posibilidades cautelares sino que establece requisitos generales para su procedencia y fija el claro lineamiento interpretativo que deberá atender el Tribunal en orden a su admisión o rechazo, regulando, además, de manera particular, las exigencias propias de cada especie cautelar.

III. Las medidas cautelares contempladas. Enumeración y análisis.

El artículo 14 en sus distintos pasajes contempla diferentes tipos de medidas precautorias, cada una de las cuales presenta sus particularidades propias, de modo tal que el análisis de los requisitos de procedencia y la ponderación adecuada de los intereses comprometidos adquiere características distintas según la medida cuyo despacho se proponga.

Las medidas previstas son las siguientes:

a) **Medidas urgentes:** han sido definidas o caracterizadas como genéricas o innominadas, dado que en este punto el artículo no contiene una enumeración, dejándose librado al prudente arbitrio del Tribunal el despacho de la cautelar que en la especie tutele con mayor suficiencia la posición jurídica del administrado.

En tal sentido, la Cámara n° 1 ha afirmado que la ley n° 11.330 –a diferencia de su antecesora que sólo preveía la suspensión de los efectos del acto impugnado- ha venido a otorgar al juez un variado menú de opciones respecto a las medidas precautorias que pueden adoptarse según las particularidades de cada planteo².

A los fines de su despacho, el Tribunal deberá considerar especialmente la idoneidad o necesidad de la medida adoptada, así como que la misma resulte

² Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos "Galeota, Diego Hernán c/ Municipalidad de Santa Fe –R.C.A.- sobre medida cautelar", A. y S. Tomo 6, folio 78, Sentencia del 5 de marzo de 2004.

jurídicamente posible, todo ello en orden a asegurar la efectividad de una eventual sentencia de mérito.

La medida adoptada debe ser apta para tutelar el interés comprometido pues de otro modo su protección se tornaría tan ilusoria como si no se despachara la medida. Por ello, el juzgador deberá decidir en cada caso cuál es la cautela adecuada.

Este tipo de medidas exige un especial grado de intensidad respecto a uno de los requisitos generales de procedencia, ya que se resulta necesaria la cabal demostración del peligro en la demora del proceso. Se exige una certeza que, no obstante su provisoriedad, resulte suficiente para acreditar el periculum y sus extremos.

b) Mandamientos: como expresamente dispone la norma, el objeto de este tipo de medidas precautorias es imponer a la Administración un determinado comportamiento con carácter preventivo, que puede ser de carácter positivo o negativo. Será positivo cuando se inste a la Administración a conservar o restablecer un determinado estatus, será negativo cuando se la conmine a hacer cesar una particular situación.

Pero además de las posibilidades señaladas, esto es, de disponer el restablecimiento o conservación de una determinada situación, la norma otorga una amplitud mayor al Tribunal pues lo faculta a despachar este tipo de medidas con los fines mencionados, entre otros distintos que no enumera.

De tal modo, el Tribunal podrá decidir cuál será la finalidad perseguida con cada mandamiento en particular, pues en este punto la norma no es taxativa. Las limitaciones respecto al contenido del mandamiento surgirán de la aplicación de la genérica pauta de interpretación prevista en la norma: la adecuada ponderación de los intereses en juego, sumado a ello la evaluación de la idoneidad y eficacia de la elección para la tutela efectiva del derecho o interés del particular.

c) Provisiones o precautelares: esta especie de medidas, por sus alcances e implicancias se ha reservado a los titulares de derechos subjetivos. La propia norma refiere a “titulares de un derecho”.

Proceden ante una obligación pública cuya existencia no resulte seriamente cuestionable y su contenido debe ser especialmente justo y razonable.

d) Medidas previstas por el Código Procesal Civil y Comercial: si bien el Tribunal se encuentra habilitado por expresa previsión normativa para recurrir a las medidas reguladas por el código de rito, su aplicación en el ámbito de lo contencioso administrativo se hará con ciertos matices que implican apreciar los particulares intereses en juego, evidentemente diferentes a los del derecho privado.

Es por ello que la propia ley habla de conducencia y pertinencia de estas medidas, cuestión que debe ser dilucidada por el Tribunal sobre la base de las particularidades del caso e intereses involucrados.

e) Suspensión de la ejecución del acto administrativo cuestionado: es la medida cautelar más característica del contencioso administrativo.

Una de las prerrogativas más importantes y de mayor peso con que cuenta la Administración es la ejecutoriedad de que gozan sus actos, pues su obrar se reputa regular y, consecuentemente, los efectos de sus actos se despliegan de manera inmediata, sin necesidad de ningún acto posterior que así lo disponga o autorice.

De este modo, la suspensión de los efectos del acto se presenta como un contrapeso frente a aquellas prerrogativas, tendiente a propiciar la tutela judicial efectiva de los intereses y derechos de los administrados frente a las exorbitantes potestades estatales.

Las consecuencias que acarrea la adopción de medidas de esta proporción sustenta que el examen de las condiciones requeridas para su despacho adquiera mayor estrictez respecto a la intensidad de la ilegitimidad que debe reunir el acto o decisión cuyos efectos se pretenden suspender. Y ello por cuanto se trata nada menos de derribar de manera anticipada el carácter más relevante de los actos administrativos: su presunción de legitimidad.

Las suspensiones de los efectos del acto más relevantes han sido decididas por la Cámara n° 1 en causas como “Ruiz”³, donde se ordenó a la Administración la suspensión de un procedimiento de selección; en las causas “Oviedo”⁴ y “Asselborn”⁵, donde se decretó la suspensión de los efectos de un Decreto Provincial; en autos “Aristein”⁶, donde se resolvió la suspensión de una medida disciplinaria, entre otros.

IV. Caracteres de las medidas cautelares:

Para comprender el instituto cautelar en profundidad, es necesario conocer los caracteres con los que se identifican las medidas precautorias.

a) Instrumentalidad: esta característica, denominada también accesoriedad, se funda en la circunstancia de que las medidas precautorias acceden a un proceso principal cuya sentencia de mérito y sus efectos están dirigidas a asegurar. De allí la función garantizadora que cumplen.

Como consecuencia de ello, se exige que la pretensión que constituye el objeto de la petición cautelar se vincule con el acto o decisión administrativa impugnada mediante el recurso contencioso.

Esa vinculación debe ser lógica y resultar acorde con cada uno de los procesos, de modo que ambas pretensiones guarden coherencia con el trámite. Esto significa básicamente que la pretensión cautelar no puede ser más ambiciosa que la propia pretensión recursiva, pues de otro modo se pretendería obtener por vía de jurisdicción anticipada un reconocimiento mayor del derecho o interés postulado a aquél que la propia sentencia de mérito sería capaz de otorgar al recurrente.

La consecuencia práctica de este carácter es el rechazo de la medida propuesta ante la declaración de inadmisibilidad del recurso principal al que accede. Rechazada la

³ Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos: “Ruiz, Mario Silvio contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, A. y S. Tomo 15, pág. 231, Sentencia del 5 de marzo de 2.009.

⁴ Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos: “Oviedo, Manuel Luis contra Municipalidad de Villa Ocampo -R.C.A.- sobre medida cautelar”, A. y S. Tomo 20, pág. 355, Sentencia del 30 de abril de 2010.

⁵ Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos “Asselborn, contra Municipalidad de Santo Tomé -R.C.A.- sobre medida cautelar”, A. y S. Tomo 12, pág. 161, Sentencia del 15 de abril de 2.008.

⁶ Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos “Aristein, Natán Silvio contra Porovincia de Santa Fe sobre medida cautelar autónoma”, A. y S. Tomo 1, pág. 476, Sentencia del 9 de mayo de 2005.

pretensión de fondo por cuestiones de admisibilidad, cae la petición cautelar pues se diluye la materia resoluble.

En relación con este carácter la Cámara n° 1⁷ -en consonancia con criterios previamente delineados por la Corte Provincial- ha consagrado la pauta según la cual la vinculación entre las medidas cuya suspensión se pretende y el acto cuya anulación final se persigue debe ser inexorable e idónea, de modo de anticipar los efectos de la sentencia de mérito que decidirá en definitiva la cuestión vinculada a la legalidad del acto.

Dado que este principio fue delineado originariamente en relación con la medida de suspensión de los efectos del acto, la Cámara ha limitado sus alcances cuando se trata de otros supuestos precautorios expresando que los efectos de este carácter no pueden ser trasladados sin más a las diversas opciones cautelares que la ley n° 11.330 ha venido a consagrar, pues se trata de un criterio cuya estrictez debe necesariamente flexibilizarse ante pedidos que no suponen la suspensión de la ejecución del acto.

De tal modo, cuando la medida no se encuadra en el párrafo tercero del artículo 14 el Tribunal, en principio, se conforma con una vinculación cuya suficiencia preserve adecuadamente su carácter instrumental.

b) Provisionalidad: la medida cautelar durará lo que dure el proceso principal al que accede. La subsistencia en el tiempo de toda medida cautelar depende de la correlativa subsistencia de las condiciones que justificaron su dictado, o bien de que no aparezcan condiciones que justifiquen su cese, es decir, hechos nuevos que modifiquen las circunstancias fácticas existentes al momento de su despacho.

Este carácter se vincula íntimamente con la posibilidad de que la Administración peticione el cese de la medida, tal como lo prevé el artículo 15 de la ley n° 11.330, procedente cuando el interés público aparece comprometido de tal modo que la conservación de la medida le acarrea daños graves o cuando la ponderación de los

⁷ "Galeota", fallo citado.

argumentos expuestos por la Administración demuestra la urgencia del cumplimiento de la decisión o acto impugnado⁸.

La Cámara n° 1 ha precisado este criterio en la causa “Maillier”⁹, al considerar que “...ante la concurrencia de alguna circunstancia que autorice a modificar el pronunciamiento cautelar, o en las condiciones del artículo 15, cuarto párrafo, de la ley 11.330 (en cuanto establece la posibilidad de disponer el cese de la medida cautelar), estaría habilitada para volver a incidir cautelarmente en el ámbito de la Administración, en razón de su carácter esencialmente provisional y flexible, permitiendo su eventual modificación y sustitución a fin de que la cautela se adapte a las circunstancias y necesidades del caso”.

c) Flexibilidad, mutabilidad, modificabilidad: el Tribunal puede dictar una medida cautelar diferente a la solicitada por el recurrente o modificar la ya dictada, a pedido de la parte interesada

De tal modo que en aquéllos casos en los que la pretensión cautelar del particular no armonice con la especie pretendida, los poderes cautelares que la ley otorga al Tribunal a efectos de asegurar la tutela efectiva de los intereses o derechos postulados mediante la medida que más se ajuste a tal fin, lo facultan a despachar igualmente una medida. En síntesis, la calificación errónea de la medida pretendida por parte del recurrente no determina la suerte adversa del despacho cautelar.

Igualmente, este carácter justifica supuestos en los que habiéndose expedido el Tribunal y concedido determinada medida precautoria, esta pueda ser modificada e incluso sustituida por una diferente según lo aconsejen las circunstancias del caso, pues puede suceder que la medida originariamente idónea para tutelar el interés protegido se torne ineficaz ante la modificación de todas o algunas de las condiciones que avalaron su dictado.

⁸ Artículo 15 ley n° 11.330: “...En cualquier estado del proceso, si la autoridad administrativa estimase que la medida cautelar produce grave daño para el interés público o que es urgente el cumplimiento de la decisión, podrá solicitar al Tribunal que la deje sin efecto, ofreciendo responder por los daños y perjuicios que causare la ejecución en el supuesto de prosperar el recurso”.

⁹ Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos: “Maillier, Lucía Victoria contra Provincia de Santa Fe sobre medida cautelar”, A. y S. Tomo 6, Folio 32, Sentencia del 11 de febrero de 2.004.

Este último supuesto presenta una limitación vinculada a la subsistencia de la jurisdicción cautelar del Tribunal, que concluye con la firmeza de la sentencia de mérito dictada en el trámite principal. Por lo tanto, si la cuestión de fondo se halla resuelta y agotados los recursos de que disponen las partes, el Tribunal se encuentra inhibido de volver sobre cuestiones cautelares y, consecuentemente, modificar las medidas adoptadas.

d) Urgencia: el carácter urgente de las medidas cautelares se vincula con la exigencia de peligro en la demora y tiene especial incidencia en el trámite justificando, por ejemplo, plazos abreviados.

Un aspecto relevante de este carácter es que la urgencia debe ser de naturaleza objetiva y no creada por el recurrente. La conducta del particular no debe haber colaborado a su configuración.

De otro modo, si se considerara la urgencia desde el punto de vista subjetivo y particular del administrado raramente podría negarse el carácter urgente de las pretensiones, dado que cada individuo considera que sus intereses deben ser atendidos de manera inmediata.

e) Sumariedad, fragmentalidad, superficialidad: por su naturaleza, las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. El alcance del conocimiento de la medida cautelar es limitado, referido a una mera probabilidad del derecho invocado. Más aún, un juicio de certeza se opone a la finalidad del instituto cautelar. Por ello, cuestiones de interpretación y prueba exceden del ámbito cautelar.

Este carácter se vincula de manera especial con el ámbito de conocimiento de la jurisdicción cautelar, que se desarrollará en el punto IV del presente trabajo.

f) Despacho inaudita parte: en el ámbito contencioso administrativo este componente no puede ser postulado dado que la propia ley prevé la vista a la Administración demandada antes de resolver.

En efecto, el artículo 15 de la ley n° 11.330 dispone que el Tribunal resolverá la solicitud correspondiente “*previa vista*” a la recurrida¹⁰.

El mandato contenido en la norma respecto a la vista que debe otorgarse a la Administración demandada encuentra sustento en la circunstancia de que para despachar este tipo de medidas el Tribunal debe ponderar todos los intereses en juego, de modo que aparece razonable que la Administración exprese sus razones ofreciendo al juzgador los elementos que permitan un cabal conocimiento de los específicos y especiales intereses públicos involucrados.

g) Funcionalidad y homogeneidad con las medidas ejecutivas: la medida cautelar tiene que adaptarse a la naturaleza del derecho que se ejercita y se pretende.

De tal modo, se impone el despacho de aquélla medida que guarde mayor similitud con las que el Tribunal acordará para hacer cumplir los efectos de la sentencia de mérito en caso de prosperar el recurso, de modo de asegurar su eficacia.

Este carácter puede considerarse asimismo desde un punto de vista negativo, en el sentido que la medida adoptada no sólo deberá ser eficaz para asegurar los efectos de una eventual sentencia de fondo favorable sino que, además, no podrá otorgar hacer conseguir al recurrente más de cuanto podría lograr por vía del resolutorio de mérito.

V. La ponderación de los intereses en juego.

El dispositivo contenido en el artículo 14 propicia un criterio interpretativo. Se impone al juzgador un criterio cuya finalidad es la de facilitar el análisis y asegurar la evaluación del pedido cautelar en base a pautas de razonabilidad cuya suficiencia justifique un despacho favorable.

¹⁰ Artículo 15 ley n° 11.330: “*Trámite de la cautelar. Inexigibilidad de caución. El Tribunal resolverá la solicitud correspondiente en el término de cinco días, previa vista por igual plazo a la recurrida*”.

En este sentido, la referida ponderación no constituye un presupuesto propiamente dicho para procedencia de la cautela, sino una pauta interpretativa a fin de evaluar su admisión o rechazo.

En este orden de ideas, los extremos que el juzgador deberá apreciar se identifican con: a) el interés público; b) el interés del recurrente; y c) el interés de los terceros.

Tanto los derechos subjetivos e intereses legítimos tutelados por el bloque normativo que conforma el derecho administrativo como los fines perseguidos a través del concepto de interés público gozan de distinta intensidad según el bien jurídico protegido del que se trate, motivo por el cual el juzgador, en ejercicio de la pauta interpretativa que brinda la propia norma, recurrirá a la jerarquía de valores que otorga el ordenamiento jurídico como parámetro ponderativo, decidiendo lo que considere preserva de la mejor manera los intereses involucrados.

En efecto, el interés de los particulares presentará diversos grados de intensidad según el bien jurídico que se pretenda tutelar.

En este análisis, el interés público debe ser entendido no ya como el fin último que justifica la existencia misma del Estado sino como referencia al concreto y específico interés en juego en cada caso. De tal modo, el juez ponderará el interés preciso que justificó la decisión o acto de la Administración, cuya intensidad aconsejará o no la prevalencia de otro de los intereses involucrados por sobre aquél.

Respecto a los terceros, dado que el despacho cautelar puede tener una incidencia directa –favorable o desfavorable- sobre sus intereses, se justifica plenamente su consideración al momento de resolver.

El juez colocará en la balanza cada uno de los intereses implicados y, con base en el principio de solidaridad que impone el deber de compatibilizar los intereses individuales con el interés público entendido ahora sí en su acepción amplia, determinará con justicia cuál es el interés que en cada caso debe prevalecer, lo que sellará la suerte adversa o favorable de la pretensión cautelar.

De igual modo, efectuará una comparación entre los perjuicios que el acto o decisión de la Administración causa al recurrente con aquéllos que la concesión de la medida cautelar peticionada causa al interés público. Es este otro parámetro interpretativo que contribuye a que la concesión o rechazo de las medidas precautorias se funde en motivos suficientes y en base a criterios razonables que no importen un apartamiento del principio de tutela judicial efectiva ni afecten el interés general.

La Cámara n° 1 ha utilizado este criterio o pauta interpretativa para decidir si la cuestión planteada amerita el ingreso al análisis de su procedencia, considerando específicamente la trascendencia institucional de los intereses involucrados. Efectivamente, para decidir si las pretensiones cautelares admiten su encuadre dentro del artículo 14 ha recurrido a criterios tales como “la naturaleza y la trascendencia institucional de las cuestiones implicadas”¹¹ y “los derechos y bienes constitucionales involucrados, como el interés público en juego”¹², complementados con el parámetro que otorga la protección constitucional de los intereses implicados¹³.

VI. Los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Si bien una primera lectura del artículo diferencia con claridad los distintos supuestos contemplados, lo cierto es que la norma constituye una unidad y debe ser analizada como tal en orden a delimitar los requisitos que debe reunir el pedido cautelar para lograr su provisión.

En efecto, si bien el párrafo primero refiere a medidas urgentes y mandamientos y provisiones, el segundo a las cautelares contempladas por el Código Procesal Civil y Comercial que el Tribunal considere conducentes o pertinentes, y el párrafo tercero a la suspensión de la ejecución de la medida administrativa impugnada, señalando en cada caso las condiciones que deben justificar su procedencia, lo cierto es

¹¹ Cámara en lo Contencioso Administrativo n° 1, Autos: “Fariz, Bruno Esteban contra Municipalidad de Vera sobre medida cautelar autónoma”, A. y S. Tomo 18, pág.418, Sentencia del 20 de noviembre de 2009.

¹² “Ruiz”, fallo citado.

¹³ “Oviedo”, fallo citado.

que la norma contempla dos requisitos claros y precisos que se reiteran de diferente modo en distintos pasajes del artículo: el peligro en la demora o periculum in mora y el humo del buen derecho o fumus bonis iuris.

Una lectura consciente del dispositivo permite realizar un análisis “sintáctico” del mismo según refiera a uno u otro requisito. En ese orden, puede apreciarse que el legislador refiere al fumus cuando expresa: “*que pueda considerarse jurídicamente aceptable la posición del recurrente*”, “*procederá si “prima facie” apareciese verosímil la ilegitimidad de la resolución cuestionada*”, “*para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilegal*”, “*una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable*”. Por su parte, cuando el artículo expresa: “*de modo justificado y razonable pueda considerarse que exista peligro por la demora del proceso*”, “*para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva*”, “*prevenir un daño inminente*”, “*su cumplimiento hubiese de ocasionar perjuicios graves o de reparación difícil o imposible si llegase a prosperar el recurso*”, refiere de distinto modo al periculum in mora.

VI.1. Humo de buen derecho o fumus bonis iuris.

Conforme los principios que rigen nuestro ordenamiento administrativo, los actos de la Administración gozan de una presunción de legitimidad conforme la cual se reputan regulares y son, consecuentemente, ejecutorios, es decir, que despliegan sus efectos de manera inmediata.

Efectivamente, y dado que la Administración Pública dirige su actividad a la inmediata satisfacción del interés general, se justifica que para el cumplimiento de sus cometidos se encuentre dotada de prerrogativas que en el ámbito del derecho privado revisten carácter exorbitante. Tales prerrogativas conllevan a considerar que, como principio, la conducta administrativa se ajusta al ordenamiento jurídico, presumiéndose legítima. Consecuencia lógica de ello es que sus decisiones resulten ejecutorias, es decir, obligatorias para los administrados sin necesidad de ningún acto posterior para hacer efectivo su cumplimiento.

Dada la importancia de las particularidades que presenta el obrar administrativo, de manera pacífica se ha establecido como uno de los requisitos que debe reunir un pedido cautelar para ser favorablemente despachado la presencia de *fumus bonis iuris* o humo del buen derecho que permita derribar aquella presunción.

Esta exigencia, de carácter imprescindible, debe ser analizada desde dos ópticas diferentes pero igualmente importantes: por un lado, desde el punto de vista de la Administración, el acto o decisión que se cuestiona debe aparecer verosímilmente ilegítimo mientras que, por el otro y respecto al recurrente, la comprobación se dirige a la verosimilitud del derecho que se invoca como fundamento de la pretensión. Un análisis estricto del *fumus* impone la consideración de ambos extremos.

Conforme el requisito bajo análisis, la ilegitimidad del obrar administrativo debe presentarse de manera tal que el juzgador pueda advertirla fácilmente, de modo indudable, de forma manifiesta. El acto impugnado debe exhibir una ilegitimidad en grado de verosimilitud capaz de superar la presunción de legitimidad de que goza y exteriorizar de modo claro una actuación irregular por parte de la Administración, contraria al bloque normativo al que debe adecuar su proceder.

En dicha inteligencia, la carga de evidenciar tanto la ilegitimidad del acto o decisión administrativa como la verosimilitud del derecho cuya titularidad se invoca recae sobre el recurrente, debiendo hacerlo de modo tal que ambos extremos puedan ser claramente apreciados. Sólo de este modo su pretensión estará debidamente fundada y será válida para excitar la jurisdicción cautelar del Tribunal.

La configuración del *fumus* debe analizarse con suma estrictez, pues de otro modo, los actos de la Administración perderían su carácter ejecutorio poniéndose en jaque el fin último de la actividad administrativa, que es la satisfacción del interés público o general.

Este elemento puede ser evaluado de dos maneras diferentes: desde una óptica positiva (*fumus bonis iuris*) se exige un juicio relativamente certero respecto a la posibilidad de que el recurso contencioso llegue a prosperar, mientras que desde un punto

de vista negativo (*non malis iuris*), la exigencia radica en verificar que la pretensión de fondo no aparezca desprovista de fundamento. Esta segunda formulación resulta más favorable al despacho de medidas cautelares por cuanto se conforma con que la petición no resulte irrazonable.

Ambos criterios, positivo y negativo de evaluación de *fumus* son utilizados para analizar su configuración. Su variación se relaciona con las circunstancias propias de cada caso concreto y se vincula con el mayor o menor grado de intensidad que reviste el otro extremo exigido para la procedencia de las cautelares: el peligro en la demora.

VI.2. Peligro en la demora o *periculum in mora*.

Dada la finalidad garantizadora que las medidas cautelares tienen frente a los efectos de la sentencia de mérito, el segundo requisito exigido para su procedencia es el denominado peligro en la demora.

Esta exigencia reconoce su fundamento en la efectiva protección judicial y en la virtualidad de las sentencias para el logro de tal fin, pues si al momento de emitirse el resolutorio de mérito sus efectos se tornan ilusorios, la efectividad de la protección judicial desaparece y el fallo pierde operatividad.

De tal modo, el instituto cautelar se justifica cuando el transcurso por las vías ordinarias importa el peligro de que al momento de dictarse sentencia definitiva el derecho postulado se torne ilusorio por el tiempo transcurrido. En tales supuestos, las medidas precautorias resultan necesarias para asegurar de modo provisorio el resultado final del pleito pues de otro modo la sentencia de mérito se convertiría en ineficaz o inidónea para reparar el perjuicio irrogados por el acto o decisión administrativa.

El peligro en la demora constituye el segundo recaudo que debe reunir la pretensión cautelar, aunque su exigencia no reviste la estrictez ni trascendencia que presenta el *fumus*, sin cuya configuración todo planteo precautorio difícilmente prospere.

En efecto, cuando el derecho invocado por el particular reviste un fumus intenso, con grado de verosimilitud, el análisis de este segundo extremo se torna menos gravoso o exigente.

Con la salvedad expresada, mientras el requisito de fumus exige sólo probabilidad y verosimilitud, el peligro en la demora exige certeza. Su mera afirmación resulta insuficiente.

El peligro de que la demora del proceso ordinario ocasione un perjuicio a la esfera jurídica del administrado debe ser de carácter real y efectivo. El particular tiene la carga de señalar cuál es el específico peligro irrogado y por qué motivo una hipotética reparación posterior resultaría insuficiente para preservar el interés invocado.

En cuanto al daño, este debe ser irreversible, difícilmente reparable o de tal entidad que privaría de todo significado efectivo a la eventual anulación del acto o decisión administrativa impugnada. El temor del daño debe compadecerse con la real situación del particular.

Respecto a la actualidad del perjuicio, la provisión cautelar se conforma con que la posibilidad de que efectivamente se produzca reúna esa condición: debe demostrarse que la posibilidad del daño es actual y concreta.

Una de las particularidades de este elemento es su interdependencia tanto con la ilegitimidad como con los intereses en juego, de modo que nunca funciona de modo autónomo.

En tal sentido, y dado que el despacho de las medidas precautorias importa alterar las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento de su planteo, erigiéndose como un verdadero anticipo de jurisdicción en relación con la sentencia de mérito, se impone analizar este elemento con máxima prudencia y especial hincapié en los intereses involucrados que se afectarán con su admisión dado que, en definitiva, la concesión de una medida precautoria implica derribar la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos y, consecuentemente, su ejecutoriedad.

Respecto a esta exigencia, cabe finalmente señalar que su análisis no debe limitarse ni ceñirse a las posibilidades de daños en el particular afectado sino que, conforme la norma impone la debida ponderación de todos los intereses en juego, deben también considerarse los perjuicios que del tránsito por los carriles ordinarios puedan derivarse para los demás intereses comprometidos en la causa¹⁴.

VII. **Ámbito de conocimiento del procedimiento cautelar.**

Conforme la concepción misma del instituto, las medidas cautelares presentan un ámbito limitado de conocimiento y debate, ya que contrariamente a los requerimientos de la sentencia de mérito su despacho no exige una indagación profunda en grado de certeza absoluta respecto al derecho o interés postulado sino que se conforma con un juicio de probabilidad¹⁵.

Para decretar las medidas precautorias previstas por la ley no se requiere una prueba acabada del derecho o interés que sustentan el recurso de fondo, sino que la indagación que realiza el Tribunal en esta instancia es superficial y no exhaustiva¹⁶, siendo suficiente una evaluación prudente de los presupuestos sustanciales que habilitan la jurisdicción cautelar.

¹⁴ La Cámara en lo Contencioso Administrativo n° 1 en autos "Ruiz" ha sostenido: "Como reiteradamente se ha señalado, la admisibilidad de este tipo de pedidos exige la concurrencia de alguna circunstancia de la que pueda extraerse la posibilidad de que se produzca un perjuicio especial, ya en el peticionario, ya en otros intereses en juego que justifique la anticipada intervención del Tribunal". "Ruiz", fallo citado.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1 en autos "Ruiz", al entender que "Si bien las medidas cautelares no requieren la comprobación de los extremos exigidos para la procedencia de la demanda, sino que se conforme con un juicio más rápido y superficial dirigido a comprobar los presupuestos sustanciales de aquélla, también lo es que ha aclarado que ello supone, precisamente, que para decidir favorablemente pedidos como el ahora en examen debe en principio prescindirse de análisis que por su complejidad resultan propios de las sentencias de mérito". "Ruiz, Mario Silvio contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar", A. y S. Tomo 19, Pág. 95, Sentencia del 31 de agosto de 2009.

¹⁶ Así lo ha entendido la Cámara n° 1 en autos "Soto" donde consideró que "la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el sentido que las medidas cautelares no requieren la comprobación de los extremos precisados para la procedencia de la demanda, sino que se conforman con un juicio más rápido y superficial dirigidos a comprobar los presupuestos sustanciales de aquélla". "Soto, Alfredo Mario contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar" A. y S. Tomo 19, pág. 18, Sentencia del 4 de diciembre de 2009.

La Cámara n° 1 en numerosos precedentes ha reiterado el carácter provisorio, superficial, no exhaustivo, de mera probabilidad, no certero, liminar, del examen cautelar¹⁷.

Esta circunstancia se adecua al fin propio de la medida cautelar, dado que exigir una demostración indubitable de la ilegitimidad del acto excedería de las exigencias acordes al carácter provisional de la cautela, que se construye sobre un marco hipotético en el que agota su contenido o virtualidad.

Pretender que por vía cautelar se logre un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida atenta contra el fundamento mismo del instituto y obstaculiza el fin para el cual se han propuesto los despachos precautorios.

Es por ello que el trámite cautelar resulta incompatible con diligencias probatorias, ya que el estudio de cuestiones complejas excede de su ámbito pues exige de un debate que no se condice con su finalidad.

De modo que cuando el planteo precautorio plantea aspectos cuya complejidad amerita producción y análisis de pruebas así como interpretación del bloque normativo aplicable, se impone el rechazo del despacho cautelar.

Ello resulta razonable dado que si la cuestión debatida requiere de un estudio pormenorizado de diferentes aspectos vinculados a hechos, prueba y derecho, el ejercicio que debe realizar el Tribunal responde a los parámetros de una sentencia de fondo y no a un estudio cautelar de la situación del proponente, excediendo el ámbito de conocimiento de este tipo de jurisdicción al resultar necesaria una indagación más profunda que la característica del análisis cautelar¹⁸.

Es por ello que cuando el particular ofrece diversas diligencias probatorias para verificar las razones de hecho y de derecho que fundamentan su planteo, la verosimilitud del derecho o interés invocado aparece difusa, favoreciendo su rechazo, pues el análisis

¹⁷ "Galván", fallo citado; "Oviedo", fallo citado; "Aufranc", fallo citado; "Soto", fallo citado; "Marini, Alicia Silvia de Renzulli contra Provincia de Santa Fe sobre medida cautelar autónoma", Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 8, pág. 70

¹⁸ En este sentido se ha expedido la Cámara n° 1 en autos "Ruiz", fallo citado; "Fariz", fallo citado.

cautelar se agota cuando para el despacho de medida peticionada resulta necesario indagar sobre la cuestión de fondo que constituye objeto del debate.

VIII. Conclusión:

Conforme el análisis efectuado considero que el actual sistema cautelar en el ámbito de lo contencioso administrativo ha alcanzado un grado de desarrollo acorde con las exigencias del principio que, entiendo, justifica el nacimiento mismo del instituto: la tutela judicial efectiva.

La contribución que significó en la materia el dictado de la ley n° 11.330 resulta fundamental, pues ha aportado a la jurisdicción cautelar no sólo amplitud en cuanto a los poderes precautorios que se otorgan al Tribunal sino también por cuanto ha extendido la opción cautelar a los titulares de intereses legítimos, privados de tal posibilidad en el régimen anterior (ley n° 4.106).

Por lo demás, la norma ha determinado una pauta interpretativa que debe regir toda evaluación cautelar que armoniza y tiende a asegurar la justicia de la decisión adoptada.

A ello debe sumarse como ingrediente fundamental la especialidad que reviste el Tribunal al que se atribuye la jurisdicción cautelar en materia contencioso administrativa, dado que la especial visión publicista o técnico - administrativa que caracteriza a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo facilita la comprensión de un interés tan complejo como el público, considerado desde una óptica general, es decir, como fin que justifica la existencia misma del Estado.

Por supuesto que el interés general no es el único que el Tribunal debe apreciar a la hora de decidir un despacho cautelar, sino que como se ha desarrollado deben contemplarse y colocarse en la balanza todos y cada uno de los intereses involucrados, pero la trascendencia de aquél amerita una especialización concreta por parte del juzgador.

Y la concreción de esta característica ideal en términos de lo aconsejable o deseable se ha logrado con la creación de las Cámaras (ley n° 11.329), cuya formación especial resulta indiscutible y se ha plasmado reiteradamente en sus decisiones,

encaminadas a mantener un equilibrio preciso entre los intereses o derechos postulados por los administrados y el interés general y su concreción.

Por los motivos expuestos, considero que el sistema cautelar en materia contencioso administrativa se encuentra diseñado para asegurar de manera plena y efectiva la tutela judicial no sólo del particular sino también del interés público.

En síntesis, entiendo que las modificaciones instrumentadas por la ley n° 11.330 en materia cautelar resultan positivas y que el cometido que persigue el instituto encuentra en el sistema actual condiciones propicias para su realización.

Bibliografía consultada:

- Deb, Leonardo, “Tres años de tutela cautelar en la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1 de la Provincia de Santa Fe.
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 316, Tomo n° 245, Página 454, “Aeropuertos Argentina 2.000 S.A.”, Emisor: Rubén Miguel Citara, 19 de Mayo de 2.003.
- Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Ediciones Machhi, Buenos Aires, Año 1.979.
- Lisa, Federico J. y Weder, Rubén L., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina Jurisprudencial”, Editorial Juris, Año 1.998.
- Lisa, Federico J., “Institutos de la Justicia Administrativa”, Editorial Zeus, Rosario, Año 2.006.
- Sammartino, Patricio M. E, “Tutela Urgente e Interés Público”, Artículo publicado en Lexis Nexis n° 0003/012648, Año 2.006.
- Simón Padrós, Ramiro, “Medidas cautelares en el Contencioso Administrativo Federal”, Artículo publicado en Lexis Nexis n° 0003/015419, Año 2.011.
- Ulla, Decio Carlos F., “Cuaderno n° 5”, Impresiones y Publicaciones, Santa Fe, Año 1.985.

Índice de fallos:

- “Aufranc, Susana y otra contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 15, pág. 351.
- “Fariz, Bruno Esteban contra Municipalidad de Vera sobre medida cautelar autónoma”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 18, pág. 418.
- “Galeota, Diego Hernán c/ Municipalidad de Santa Fe –R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 6, folio 78.
- “Galván, Noemí Matilde Zulema contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 26, pág. 88/101.
- “Marini, Alicia Silvia de Renzulli contra Provincia de Santa Fe sobre Medida Cautelar Autónoma”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 8, pág. 70.
- “Oviedo, Manuel Luis contra Municipalidad de Villa Ocampo -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 20, pág. 355.
- “Ruiz, Mario Silvio contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 15, pág. 231.
- “Ruiz, Mario Silvio contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 19, Pág. 95.
- “Soto, Alfredo Mario contra Provincia de Santa Fe -R.C.A.- sobre medida cautelar”, Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1, A. y S. Tomo 19, pág. 18.