

Las Medidas Cautelares contra la Administración: Fundamentos, Presupuestos*

Beltrán Gambier y Carlos A. Zubiaur

Profesores, Universidad de Buenos Aires

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. LA SUSPENSION DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA
- III. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
- IV. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISPRUDENCIA
1. *La verosimilitud en el derecho o el fumus boni iuris.* 2. *El peligro en la demora o periculum in mora.* 3. *Inexistencia de otra medida cautelar.*
- V. EL ARTICULO 12 DE LA LEY 19.549 FRENTE AL SISTEMA DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

I. INTRODUCCION

Las medidas cautelares contra la Administración, dictadas ya sea en el marco de una acción contencioso-administrativa o en forma autónoma, se han constituido, en el orden nacional, en un importante remedio procesal para los administrados frente a la inoperancia actual de la acción de amparo.

Encontramos en la doctrina nacional¹ y extranjera² numerosos estudios en torno a este instituto y en los últimos años la jurisprudencia de nuestros tribunales re-

* Ponencia preparada para el Comité III. Derecho Administrativo de la XXX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Santiago de Chile, 19 al 24 de abril de 1993.

1. GRAU, Armando Emilio, *Medida de no innovar contra la Administración Pública*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo XX, pág. 273; CASSAGNE, Juan Carlos, *La suspensión de los efectos de los actos administrativos como garantía efectiva de protección de los derechos*, marzo, 1993, (inérito); y del mismo autor *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 105 y ss.; REIMUNDIN, Ricardo, *La suspensión del acto administrativo como medida de "no innovar"* Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, pág. 280 y ss.; LINARES, Juan Francisco, *La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*, *Revista del Colegio de Abogados*, Año XXI, Tomo XX, N° 6, Nov-dic. 1942, pág. 821 y ss.; SPOTA, Alberto G., *Medidas cautelares en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1946; del mismo autor, *Fundamento jurídico de la medida de no innovar*, Jurisprudencia Argentina, 1956-II, pág. 232 y ss.; MARTINEZ, Hernán J., *La tutela cautelar administrativa del acto administrativo*, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 1, N° 2, Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 337 y ss.; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires 1984, pág., 799 y ss.; PEYRANO, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, 1981; DE ESTRADA, Juan Ramón, *Normalización universitaria y estabilidad docente. Medidas de no innovar y agotamiento de la vía administrativa*, E.D., diario del 10 de marzo de 1988; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1987, pág. V-57 y ss.; FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, pág. 1.064; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo VI, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1972, pág. 188 y ss.; y del mismo autor *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Buenos Aires, 1979; BARRA, Rodolfo C., *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, E.D., 107: 419; HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, E.D., 124: 679; SARMIENTO GARCIA, Jorge, *Proceso administrativo en la obra colectiva El poder judicial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 308 y ss. (especialmente págs. 335-336); BORIO, Fernando Raúl, *El principio general de la ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos*, E.D., 88: 749, especialmente 764; SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, Ed. Platense, La Plata, 1985.
2. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992; del mismo

gistra interesantes precedentes que han ido perfilando y precisando los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares.

La jurisprudencia se ha inclinado por exigir los requisitos del Art. 230 del Código Civil y Comercial de la Nación³. Así, la apreciación en punto a la configuración de la verosimilitud del derecho *fumus boni iuris* y del peligro en la demora *periculum in mora* ha sido diversa y no siempre puede divisarse con claridad un criterio uniforme que confiera cierta seguridad al particular que se encuentra ante una compleja situación jurídica cuya única posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva⁴ es a través de una medida cautelar.

¿Hasta qué punto debe resultar verosímil el derecho que funda la pretensión del administrado?, ¿qué tipo de peligro permite acoger una medida cautelar?, ¿un perjuicio sólo grave?, o ¿grave y, a su vez, irreparable? En su caso, ¿qué clase de irreparabilidad es la que debe tenerse en cuenta?

Son muchos los interrogantes que pueden plantearse en esta línea a los jueces y abogados —tanto de particulares como del Estado—. Incluso la combinación jurisprudencial.

El análisis que pretendemos realizar no puede perder de vista la situación de emergencia económica y administrativa en la que se encuentra el Estado Nacional, fundamentalmente a partir de la sanción de las leyes 23.696 y 23.697 y los innumerables decretos de necesidad y urgencia. La suspensión de la ejecución de sentencias contra el Estado y la consolidación de la deuda interna dispuesta por la ley

autor, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus boni iuris* (auto del 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 69, pág. 65 y ss.; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, pág. 75 y ss.; de este mismo autor *La suspensión de la suspensión del acto administrativo*, *Revista Española de Derecho Administrativo* Nº 61, pág. 111 y ss.; *Derecho procesal administrativo hispano*, Bogotá, 1985, Editorial Temis, pág. 256 y ss.; CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991; CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Ed. Temis, Bogotá, 1989; PAREJO ALFONSO, Luciano, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 49, pág. 19 y ss.; TORNOS MAS, Joaquín, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, *Revista Española de Derecho Administrativo* Nº 61, págs. 119 y sgtes.; BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés, *El acto ejecutivo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; COCA VITA, Eduardo, *A vueltas con la suspensión de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*, *Revista de la Administración Pública* Nº 127, enero-abril, 1992, Madrid, pág. 241 y ss.; FONT I LLOVET, Tomás, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, *Revista de Derecho Administrativo* Nº 34, pág. 477 y ss.; RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recursos)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986; BACIGALUPO, Mariano, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991*, en *Revista de la Administración Pública*, Nº 128, mayo-agosto de 1992, Madrid, pág. 413 y ss.; SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Third edition, 1991, pág. 91 y ss.

3. MAIRAL sostiene que la jurisprudencia exige la presencia de las condiciones comunes de toda medida cautelar o sea, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, añadiendo dos notas derivadas del carácter excepcional de la medida frente a la Administración, a saber, la procedencia del interés público y el análisis de las condiciones de algunos tribunales a exigir la presencia de un perjuicio no meramente grave sino "irreparable" (MAIRAL, Héctor A., *Control... cit.*, Tomo II, pág. 799). Este mismo autor señala que "la procedencia de la medida no será una consecuencia automática de la presencia de los requisitos en cuestión, ya que dependerá siempre de la apreciación discrecional del juez", (pág. 809).
4. Esta es la expresión utilizada por la Constitución española que prescribe "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (Art. 24). Este precepto es una suerte de reformulación moderna de nuestra garantía de defensa en juicio (Art. 18 C.N.). En este sentido BARRA, Rodolfo Carlos, ob. cit., pág. 419.

23.982 constituyen un marco de referencia que no puede soslayarse en la búsqueda de soluciones en esta materia.

Veamos por qué: si un particular resulta afectado por un acto administrativo que es reputado ilegítimo y que a su vez le causa un grave perjuicio, deberá recorrer el casi siempre lento camino de la instancia administrativa. Una vez agotada ésta, debe iniciar una acción judicial cuyo trámite puede durar más de un lustro. Una vez obtenida la sentencia firme, el particular puede encontrarse ante las dificultades que la situación de emergencia acarrea a la ejecución de sentencias y, lo que es aún peor, ante la posibilidad cierta de percibir bonos a diez o quince años en lugar de pesos.

Frente al desolador panorama descrito, la tutela judicial efectiva que muchas veces otorgan las medidas cautelares constituye un principio de vital importancia en el Estado de Derecho de nuestros días⁵.

Con el análisis que desarrollaremos, esperamos contribuir a la búsqueda de soluciones que permitan compatibilizar del mejor modo las prerrogativas de la Administración con las garantías del administrado⁶.

II. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley 19.549 prevé la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta⁷.

Sin embargo, el universo de situaciones en el cual puede presentarse la necesidad de garantizar la tutela del particular, excede los supuestos previstos en el Art. 12^{8, 9}, en tanto existen numerosos casos en los que no se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo¹⁰. Ya en el ámbito jurisdiccional, muchas veces mediante la solicitud de medidas cautelares no se pretende la suspensión del acto impugnado sino la no modificación de la situación existente mientras tramita la causa principal. Ello se plantea, por ejemplo, en aquellas causas que versan en empleo público originadas por la aplicación de sanciones segregativas en las que se

5. Refiriéndose al sistema español, señala GONZALEZ PEREZ que "el actual sistema de medidas cautelares no responde a las exigencias de la tutela judicial efectiva, es algo que nadie duda. La crítica es unánime. Porque, aunque es indudable que no se limitan a lo que la LJ regula expresamente y que son admisibles las que se prevén en la ley procesal civil —como la anotación de la demanda en el Registro de Propiedad—, en modo alguno garantizan la plena efectividad de una sentencia condenatoria de la Administración" (GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, cit., págs. 76-77).
6. Al referirse PAREJO ALFONSO al conflicto entre el poder público y las posiciones privadas, señala que éste no puede resolverse simplistamente sobre la base de la regla general de la primacía formal del poder público sobre el privado (PAREJO, Luciano, *La tutela judicial cautelar...*, cit., pág. 26).
7. Artículo 12.
8. Así, se ha señalado que "la tutela judicial cautelar no puede continuar reducida a la figura de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos...", (PAREJO, Luciano, *La tutela judicial cautelar...*, cit., pág. 26).
9. Resulta interesante el análisis efectuado por ULLA y LEPENIES en *ob. cit.*, págs. 266-267; allí estudian las medidas cautelares en los Códigos contencioso-administrativos provinciales contemporáneos destacando que bajo la denominación de medidas precautorias, o cautelares y preliminares, se establecen distintos tipos de medidas previstas para conservar los bienes objeto de la *litis* o de pruebas pasibles de desaparición o comprobación de alguna situación de hecho.
10. Ver, en este sentido, "Romero Pacífico de las Mercedes y otros", del 2-4-85, Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala III.

procura evitar que, mientras dure la tramitación de la causa principal, se cubra la vacante originada por la aplicación de la sanción^{11, 12}.

Igual supuesto se plantea en los casos en que se impugna un acto que dispone el secuestro de mercadería por parte de la Administración Nacional de Aduanas y se solicita que no se disponga su comercialización¹³.

En estos casos no se pretende la suspensión del acto impugnado sino que la Administración se abstenga de una actuación futura que es consecuencia de él. Se trata, pues, de medidas de no innovar.

En el supuesto en que se solicita judicialmente la suspensión de los efectos de un acto, existe cierta tendencia a considerar que estamos ante la prohibición de innovar¹⁴. Por nuestra parte, creemos que en esos casos estamos ante medidas cautelares de tipo innovativo¹⁵ toda vez que se debe alterar la situación jurídica existente, esto es, un acto administrativo que surte efectos¹⁶.

En otros casos, el carácter innovativo aparece con más claridad. Así, por ejemplo, si el propietario de un campo amenazado por una inundación que se generará por una obra hidráulica proyectada, solicita, mediante una medida cautelar, que se modifique mínimamente la ejecución de dicha obra demostrando, dentro del restringido marco cognoscitivo de que se trata, que con el cambio propuesto no se afecta la finalidad perseguida con la obra ni —sustancialmente— la ecuación económica del proyecto y se evita, de ese modo, el daño a su propiedad, estaremos en presencia de una medida cautelar innovativa¹⁷.

Se trata de las llamadas medidas cautelares positivas. Estas han sido analizadas en forma reciente por García de Enterría¹⁸ al comentar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante la cual “frente a un acto administrativo denegatorio de la Administración impone a ésta como medida provisional, mientras el proceso de substancia, una determinada conducta y una decisión de condena

11. En la causa “ALVAREZ” la medida cautelar solicitada tuvo por objeto que la demandada se abstuviera de cubrir las vacantes originadas por las bajas de los actores (Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, “ALVAREZ, Enrique Emilio y Otro c/Estado Nacional (Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) s/nulidad de Resolución”, 28-2-85).
12. En contra de esa pretensión en la causa “COELHO”, se sostuvo que “si estas medidas tienden a que se torne ilusoria la sentencia favorable que pueda obtener el actor nada impide a que mientras dure el juicio, el Estado, en uso de atribuciones que le son propias, y atento las necesidades del servicio, nombre al personal necesario. Obtenida la hipotética sentencia firme favorable, el Estado deberá proveer a la reincorporación de los agentes arbitrando los medios necesarios” (Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, COELHO, Guillermo Ignacio E. c/Estado Nacional (MOSP) s/nulidad de resolución”, 14-5-85). En igual sentido Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, “Rodríguez, Roberto Jesús y otro c/Estado Nacional (Presidencia de la Nación) s/incidente de apelación”, del 6-8-85.
13. CSJN, “S.A. Sudamericana Intercambio c/Nación Argentina”, 10-6-80, Fallos 302:530.
14. Sobre este punto HUTCHINSON señala que “...en el caso de un acto administrativo del que se alegue su nulidad, si se dicta una medida cautelar innovativa, se volvería al estado anterior al dictado del acto, esto es, se retrotraería la situación a la vigencia antes de su emisión”. Agrega este autor, más adelante, que si el juez dispone la suspensión de los efectos del acto no está ordenando una medida cautelar innovativa (HUTCHINSON, *La suspensión...*, *cit.*, págs. 680-682).
15. PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...*, *cit.*, pág. 47 y ss.; señala en este sentido MARTINEZ que a partir de la prohibición de innovar la jurisdicción ha proveído verdaderas medidas innovativas respecto de actos administrativos (MARTINEZ Hernán J., *La tutela...*, *cit.*, pág. 353).
16. PEYRANO, la define como “una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables, mediante la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan los resultados consumadas de una actividad de igual tenor (PEYRANO, Jorge Walter, *ob. cit.*, pág. 21; MARTINEZ, Hernán J., *ob. cit.*, pág. 353).
17. La procedencia de una medida de este tipo es una cuestión opinable y dependerá de las circunstancias de cada caso en particular.
18. GARCIA de ENTERRIA Eduardo, *La batalla...*, *cit.*, pág. 215 y ss.

en términos procesales”. Agregando seguidamente que la “limitación estricta de las medidas cautelares a la única medida de la «suspensión de la ejecución» del acto impugnado, que es lo que resulta del texto literal del artículo 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, queda definitivamente superada, y esto marca un hito histórico en la actuación de nuestros tribunales”¹⁹.

Otro caso interesante que comenta García de Enterría es el resuelto también por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 14 de octubre de 1991. Se trataba la denegatoria de una licencia municipal de instalación de un bar-cafetería por el hecho de que se vulneraba el régimen de distancias mínimas establecido por la Ordenanza Reguladora de Establecimientos de Hostelería y Asimilados. En este caso, la Sala del Tribunal dispuso una medida cautelar positiva condenando a la Administración a continuar el procedimiento sobre la base de la forma de medir que parece más adecuada a la “apariencia de buen derecho”²⁰.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación autoriza este tipo de medidas al disponer, en su Art. 232, que “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”²¹.²² En el ámbito provincial el Código Contencioso-Administrativo de Corrientes prevé expresamente este tipo de medidas cautelares innovativas.

El óbice que se le puede encontrar a las medidas cautelares innovativas es la posible intromisión que pueden suponer del órgano judicial en la esfera de competencia de la Administración.

Más allá de lo opinable de esta delicada cuestión, entendemos que mediante la utilización de este remedio cautelar, la justicia puede fortalecer el rol que tiene asignado en punto al control de legalidad del obrar administrativo²³ y, de ese modo,

19. Señala en este sentido, GONZALEZ PEREZ: “Es evidente que una correcta interpretación del ordenamiento procesal administrativo conforme a los principios constitucionales —concretamente, del Art. 24 de la Constitución— permite a los tribunales de orden contencioso-administrativo —como han puesto de relieve algunas recientes decisiones jurisprudenciales— la adopción de cuantas medidas fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recayere, incluso las de contenido positivo que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta o que habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada”, (GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La reforma...*, cit., pág. 77).
20. GARCIA de ENTERRIA Eduardo, *La batalla...*, cit., pág. 245 y ss. (especialmente 249 y 257).
21. FENOCHIETO, Carlos E. y ARAZI, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, Tomo I, pág. 743 y ss.
22. Al referirse a esta norma, COLOMBO señala: “Deben distinguirse los presupuestos del poder cautelar, que son aquellos requisitos, de la potestad que el Art. 232 confiere al juez, con toda amplitud, de adecuar los medios más aptos para obtener el aseguramiento. Es, por tanto, un poder cautelar residual y no una atribución indiscriminada: debe siempre existir un fundado temor de frustración del derecho. Es una directiva de carácter fluido que ha tenido varias concreciones en la jurisprudencia...”, (COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, Tomo III, Buenos Aires 19, pág. 389).
23. Señala MARIENHOFF, en posición que seguimos, que “...la suspensión, por sí misma, es un procedimiento de control *stricto sensu*, si bien de alcances limitados”. Agrega, seguidamente, que “la «suspensión» tiene sus alcances y consecuencias: evitar la ejecución de un acto dañoso e ilegal, para dar lugar a que la situación sea después debidamente analizada. Es un procedimiento de obvia juridicidad y de suficiente contenido para erigirse en especie autónoma de control”. (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1982, págs. 658-659). Por su parte PAREJO ALFONSO, en este sentido, señala que “no siendo la tutela judicial cautelar o provisional más que una pieza del control judicial de la Administración, es claro que como ésta, está en función de los principios vertebrantes del Derecho Administrativo”, ver *La tutela judicial cautelar...*, cit., pág. 23.

garantizar plenamente la "tutela judicial efectiva" que se asienta, en nuestro sistema, en la garantía de defensa en juicio²⁴.

III. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Tradicionalmente se ha sostenido que el fundamento de las medidas cautelares reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso, evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que se dicten^{25, 26}. Sin embargo, la jurisprudencia ha utilizado dicho argumento para fundar el *periculum in mora*. Así, dijo la Corte Suprema en *Albornoz*²⁷ que el peligro en la demora "pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar puedan restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia". En la misma línea, en "Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés" dijo el Alto Tribunal que a la verosimilitud en el derecho y la imposibilidad de obtener por otras vías precautorias la protección que se pide, se agrega el peligro en la demora, "de manera tal que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho o derecho pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible..."²⁸.

Como puede advertirse, existe cierta confusión argumental en torno al fundamento general de las medidas cautelares, con la configuración del presupuesto establecido en el Art. 230, Inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Desde nuestra perspectiva, el fundamento general de las medidas cautelares contra la Administración descansa sobre dos pilares.

El primero, garantizar el principio de legalidad en tiempo oportuno. Esta idea está íntimamente conectada con el principio de la tutela judicial efectiva que, como vimos, no es otra cosa que la contracara de la garantía de defensa²⁹. Las medidas sólo deben ser acordadas si están destinadas a impedir la ilegalidad de obrar de la Administración, o para evitar perjuicios graves a los particulares³⁰. El segundo fun-

24. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La suspensión de...*, cit., pág. 39.
25. CSJN, Fallos 247:63, 265:236; Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, *in re*, "MASCHEWITZ, Horacio Alberto c/DGI s/repetición" del 22-11-88; Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, "IRURZUN S.A. c/Estado Nacional" del 23-2-82 y "PESQUERA DEL ATLANTICO S.A. c/BCRA" del 14-10-82, publicados en la Ley 1982-C, 401 y E.D., Tomo 102, pág. 526, respectivamente, de esta misma Cámara, Sala III, "ASOCIACION MUTUAL FERROVIARIA DEL LITORAL Y NORTE ARGENTINO c/E.F.A." del 22-6-82, publicado en la Ley, 1980-D, 519 y de la misma Sala, "ALBERDI, Jorge y Otra c/E.F.A." del 22-6-82, publicado en J.A. 1984-I, pág. 608.
26. Cfr. MAIRAL, Héctor A. *Control...*, cit., Tomo II, pág. 800/1; este autor sostiene que este fundamento hacía procedente la medida incluso cuando las normas procesales no la preveían expresamente.
27. CSJN, ALBORNOZ, Evaristo I. c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación del 20-12-84, publicado en E.D., Tomo 113, pág. 477 y ss.
28. "ASOCIACION CIVIL ESCUELA ESCOCESA SAN ANDRES c/Buenos Aires, Provincia de y otra s/declarativa", fallo del 21-5-87.
29. CASSAGNE propugna colocar al "debido proceso adjetivo" en la categoría de principio general del derecho y sostiene que "si la Administración conculca los principios generales del derecho, esa conducta no puede quedar al margen de la protección jurisdiccional, porque de ser así esto implicaría una real denegación de justicia". (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1992, Abeledo-Perrot, pág. 96); ver, además, ULLA, Decio Carlos y LEPENIES I.E., *ob. cit.*, pág. 263.
30. Coincidimos con CASSAGNE cuando al referirse a las causales de suspensión señala respecto de la razón de interés público que "resulta de una amplitud exagerada, aparte de que caerá en general de sentido para el administrado, aunque se estableciera la suspensión obligatoria del acto en tales supuestos, por la sencilla razón de que persigue —en la mayor parte de los casos— la satisfacción de un interés privado" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1991, Tomo II, pág. 219).

damento está constituido por la necesidad de evitar perjuicios graves, tanto para el Estado como para el particular, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la causa.

En este sentido, señala Chinchilla que "la finalidad de las medidas cautelares no es sólo mantener un *statu quo* modificado por un acto administrativo, sino asegurar provisionalmente que la tutela judicial, que en su día puede otorgar una sentencia, sea eficaz y que —como dice la Constitución— no se produzca indefensión"³¹.

Desde una perspectiva práctica, también puede señalarse que la generalizada lentitud de los procesos contencioso-administrativos puede encontrar cierto remedio con la vigencia efectiva de la tutela cautelar de los derechos³².

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Ante la ausencia de un Código Contencioso-Administrativo, la jurisprudencia de los tribunales federales exige como presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares contra un acto administrativo la configuración de los requisitos establecidos en el Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por el contrario, los Códigos Procesales Contencioso-Administrativos Provinciales³³ prevén expresamente la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo impugnado. Para ello exigen distintos recaudos.

En algunos casos, se requiere la configuración de perjuicios irreparables, como en los Códigos de las provincias de Buenos Aires³⁴ y de Mendoza³⁵.

Por su parte, los Códigos de las provincias de Formosa y Neuquén³⁶ exigen acreditar que "la disposición es nula o puede producir un daño grave si aparece como anulable".

A su vez, el Código de la provincia de Misiones³⁷ establece la procedencia de la suspensión "a) cuando la resolución impugnada sea *prima facie* nula por incompetencia o violación manifiesta de la ley; b) cuando la ejecución de la misma puede producir un daño irreparable, si a la vez la resolución es *prima facie legal*, aunque la ilegalidad lo sea por motivos diferentes de lo expresado en el inciso anterior".

Pese a ello la mayoría de los Códigos Contencioso-Administrativos provinciales no indican expresamente los presupuestos para la procedencia de este tipo de medidas³⁸. En estos casos, entendemos, serán de aplicación los presupuestos exigidos en las correspondientes leyes de procedimientos administrativos³⁹.

Por último, la Ley 2.403 de la provincia de Catamarca establece una remisión en este tema al Código Procesal Civil y Comercial.

1. *La verosimilitud en el derecho o el fumus boni iuris*

La jurisprudencia analizada en punto a la necesidad de la configuración del *fumus boni iuris* muestra pautas que se han ido reiterando. Veamos.

31. CHINCHILLA, Carmen, *ob. cit.*, pág. 159.

32. Así, aunque refiriéndose a otra realidad, GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, *La batalla...*, *cit.*, págs. 194, 195, 208, 267 y 268; en este sentido, BACIGALUPO, trae a colación una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en la cual se sostiene que la tutela de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos sólo será efectiva si pone a disposición de las partes medios que permitan evitar que durante el proceso se consumen hechos que, comprobada a posteriori la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, sean irreversibles y/o tengan efectos irreparables (BACIGALUPO, Mariano, *El sistema...*, *cit.*, pág. 416).

33. Ver SARMIENTO GARCIA, Jorge, *ob. cit.*, pág. 335.

34. Ley 2.961, art. 22.

35. Ley 4.928, art. 22.

36. Art. 22 de las leyes 584 de Formosa y 1.305 de Neuquén.

37. Ley 52, art. 28.

38. Cfr. Códigos de las provincias de Santa Fe (Ley 4.106, art. 29), Santa Cruz (Ley 22, art. 15), La Rioja (Ley 1.005, art. 27), Chaco (Ley 848, art. 28) y Jujuy (Ley 1.888, art. 30).

39. Ello es previsto expresamente en el art. 62 de la Ley 952 de la provincia de La Pampa.

En el caso *Irurzun* se señaló que "...el Tribunal no tiene la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, siendo sólo menester examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que por ello implique prejuzgamiento"⁴⁰. Ello es consecuencia, como se dijo en *Borgo*, del reducido marco de conocimiento que es característico de las medidas cautelares⁴¹. En esta línea, en *Pesquera del Atlántico* se ha agregado a lo anterior que ello es posible debido a que el "ordenamiento adjetivo acuerda a medidas de esta índole carácter esencialmente provisional (Art. 202) pues, reexaminadas que sean las circunstancias, nada impide enmendar, modificar y aun revocar lo que fuere menester y resultare justo"⁴². En *Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal* se expresó que "para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente —apropiado al estado del trámite— sea dado percibir un *fumus boni iuris* en el peticionario"⁴³. Basta con la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero⁴⁴.

Con algún matiz diferencial, en *Coelho* se ha sostenido que "si bien en una medida cautelar debe apreciarse si el derecho del peticionante *prima facie* aparece como verosímil, ello no debe hacerse con extrema superficialidad que deje sin efecto un principio legal de tanta trascendencia como el analizado" (se refiere a la presunción de legitimidad)⁴⁵. En *Finsur* se dijo que la presunción de validez, que trae como consecuencia la adopción de un criterio más estricto para apreciar la existencia de verosimilitud del derecho invocado como fundamento de una medida de no innovar, "se requiere que quien la solicita demuestre, fehacientemente —salvo que ella fuere manifiesta— y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la situación de fondo, la ilegitimidad del acto cuestionado o la violación del orden jurídico para hacer caer dicha presunción"⁴⁶.

Frente a este panorama jurisprudencial, cabe preguntarse, entonces, de qué modo debe ser realizada la apreciación del *fumus boni iuris*. En este sentido, ha señalado García de Enterría "que no se trata de apelar al flair o al olfato del Juez (el «humo de buen derecho» no se aprecia por la nariz, sino por el juicio objetivo", impeniendo una valoración anticipada y "a primera vista" del fondo del proceso, sin lo cual

40. Fallo "IRURZUN S.A. c/Gobierno Nacional y otro", Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, 23-2-92, publicado en la Ley, 1982-C, pág. 401; "BARBARAN, Luis Alberto c/Estado Nacional —Ministerio de Educación y Justicia— s/amparo", del 18-6-85, Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II; "CARFINA Cía. Financiera S.A. s/Resol. 441 y 298 BCRA", del 22-8-85, Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II.
41. "BORGO, Hermes Francisco, c/Junta Nacional de Granos s/ordinario", del 11-5-89, Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II.
42. "Pesquera del Atlántico S.A. c/BCRA", Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, del 14-2-82, publicado en la ley, Tomo 102, pág. 527; en igual sentido "CARFINA Compañía Financiera, S.A. c/Resolución 441 y 298 - BCRA, s/medida cautelar", Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, 22-8-85 y "LABORDE, Bernardo y otros c/PEN y otros", Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II del 12-3-91.
43. "Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo, S.A.", Cám. Nac. de Apel. Civ. y Com. Fed., Sala II, del 15-7-83, publicado en Jurisprudencia Argentina 1984, III, pág. 418 y ss., esp. 419.
44. "CIPOMA, S.A. c/Gobierno Nacional" del 4-4-88, Cám. Fed. Apel. de Rosario, Sala B, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1988-II, pág. 316.
45. "COELHO, Guillermo c/Estado Nacional (MOSP) s/nulidad de resolución", Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, del 14-5-85; "RODRIGUEZ, Roberto Jesús y otro c/Estado Nacional (Presidencia de la Nación - SIDE) s/incidente de apelación", del 6-8-85, Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala IV.
46. Incidente de recurso de apelación con efecto devolutivo en los autos caratulados "Finsur Cía. Financiera c/BCRA, s/interrupción de la prescripción", del 20-2-92, Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala IV.

la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inapreciable, lo que es difícilmente cohonestable con una justicia actuando en un Estado de Derecho), sino de “administrar justicia legal”, esto es, de acudir a criterios jurídicos perfectamente objetivables”⁴⁷. Por su parte, Spota ha señalado que este humo debe ser suficientemente denso para colorear el derecho invocado⁴⁸.

Para la apreciación del *fumus boni iuris*, Chinchilla propone analizar la existencia de dos componentes: por un lado “la aparente existencia de un derecho o interés del recurrente que está corriendo un peligro de sufrir un daño irreversible y, de otro, la probabilidad de que el acto administrativo sea ilegal”⁴⁹.

Pese a que existe ciertamente una clara dificultad para establecer pautas generales destinadas a apreciar la verosimilitud del derecho alegado⁵⁰ no cabe duda que la apreciación judicial respecto a su configuración no puede ser realizada en base a criterios subjetivos.

En este sentido, teniendo en cuenta que las resoluciones sobre medidas cautelares deben ser fundadas⁵¹, dicha exigencia muchas veces resulta soslayada por la jurisprudencia. En efecto, es frecuente la utilización de expresiones como “no ha quedado palmariamente demostrada la verosimilitud del derecho del que intenta valerse”⁵² o “que no se advierte, ni demuestra el peticionario, el estar ante el mínimo indispensable de verosimilitud en el derecho invocado; conclusión que encuentra sustento (...) en el muy circunscripto margen de revisión que, en materia disciplinaria —caso de autos— compete a los tribunales del Poder Judicial, sólo comprensivo de supuestos en los que la autoridad sancionatoria hubiere incurrido, de modo palmario y manifiesto, en un arbitrario encuadre o apreciación de los hechos; vicio este no apreciable en la hipótesis *sub iudice*, cuanto menos a esta altura del litigio y ante el rápido análisis que impone el carácter y naturaleza propios de medidas procesales cual la aquí objeto de recurso”⁵³.

En otro caso se ha dicho “aun mediando el perjuicio que el afectado invoca, el acto de que se trata no vulnera su derecho con ilegitimidad manifiesta (arg. art. 12, Ley 19.549)”⁵⁴. También se ha sostenido que “tampoco se aprecia una ilegitimidad que justifique la medida dictada, tanto más cuando no se ha acreditado la existencia de un peligro irreparable para el administrado”⁵⁵.

En todos estos precedentes jurisprudenciales se advierte que no se exteriorizan las pautas con que los respectivos tribunales analizan los presupuestos necesarios para las medidas cautelares. Denotan, claramente, la utilización de un criterio subjetivo.

De lo que se trata, en definitiva, es que los tribunales expliciten los argumentos que los conducen al rechazo o a la concesión de una medida cautelar, para lo cual no constituye óbice el reducido marco cognoscitivo que tiene el Juez al resolver. De este modo, la parte que apela la respectiva decisión, podrá controvertir adecua-

47. GARCÍA de ENTERRIA, Eduardo, *La batalla...*, cit., págs. 75-76; CHINCHILLA, también adhiere a esta posición en *La tutela cautelar...*, cit., pág. 46.

48. SPOTA, Alberto G., *Medidas cautelares*, cit. pág. 699.

49. CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La tutela cautelar...*, cit., págs. 46-47.

50. En este sentido, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...*, cit., Tomo II, pág. 815; este autor enumera una serie de pautas dadas por la jurisprudencia extranjera, en especial del Consejo de Estado francés y por los Tribunales de los EE.UU.

51. Art. 161 del CPC y CN.

52. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, “El Trébol, Soc. Col. c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, L.L., 1976-D, pág. 49.

53. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, “Baya Simpson, Enrique c/Gobierno Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)”, L.L., 1987-B, pág. 251.

54. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala III, “Asociación Mutual Ferroviaria del Litoral y Norte Argentino c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, L.L. 1980-D, pág. 519.

55. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, “Incidente SUBPCA, SACIE e I. c/Junta Nacional de Carnes s/ordianrio”, 18-9-1986.

damente los argumentos esgrimidos y así ejercer plenamente su derecho de defensa y gozar de la tutela judicial efectiva.

Así por ejemplo, si se rechaza una medida cautelar con el fundamento de que el órgano emisor del acto era competente en razón de la materia, cuando una norma expresa le atribuye competencia a otro órgano, el apelante podrá defender su posición controvirtiendo dicho argumento, lo que no puede ocurrir cuando se desconoce —por no expresarse— el proceso intelectual seguido por el Juez.

2. *El peligro en la demora o periculum in mora*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe que “podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que “...existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible” (Art. 230).

De ello se desprende la posibilidad de que, en caso de no adoptarse la medida, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión⁵⁶.

Del texto de la norma citada surgen tres supuestos de peligro. Estos son:

1) Que la modificación de la situación existente influya en la sentencia.

Veamos un ejemplo, la Administración dicta un acto ilegítimo que afecta el normal desenvolvimiento de la actividad del particular al punto de existir riesgo de que deba cesar definitivamente en ella. En este caso, si no se suspende el acto, la sentencia será influida por esta situación en tanto deberá reconocer los daños y perjuicios generados por el accionar estatal ilegítimo.

2) Que la ejecución de la sentencia se convirtiera en ineficaz.

Para visualizar este supuesto podemos acudir a otro ejemplo. Un alumno de una universidad estatal es segregado ilegítimamente a poco de iniciar el curso lectivo y demanda, por ello, la nulidad del respectivo acto. De mantenerse la ejecución del acto, la sentencia será ineficaz.

3) Que la sentencia sea de cumplimiento imposible.

Supongamos que una universidad cancela por tiempo indefinido una carrera. Un particular se anota para ingresar en el último curso. Mediante un acto ilegítimo se impide su ingreso al mismo. En este caso, si no se accede a la cautelar, la sentencia será de cumplimiento imposible toda vez que la nulidad perseguida en el juicio tiene como natural objetivo que el aspirante pueda cursar regularmente.

De estos supuestos surge, entonces, que el daño cuya consumación pretende evitarse mediante la medida cautelar puede ser irreparable o de entidad tal que influya en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz.

La jurisprudencia ha interpretado a la luz del precepto comentado, que el peligro alude a la configuración de un daño grave e irreparable^{57, 58}. Esta postura ha sido criticada por Cassagne al sostener que “actualmente en el orden nacional no es

57. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, “Banco Juncal Cooperativo Limitado c/Banco Central de la República Argentina”, del 23-7-85, E.D. 105-201; Cám. Nac. Cont.-Administrativa Fed., Sala I, “Incidente sobre medida cautelar en los autos: Román Marítima, S.A. c/ Administración General de Puertos s/nulidad de Acto Administrativo”, 3-7-86; Cám. Nac. Cont.-Adm. Fed., Sala II, “Irurzún, S.A. c/Gobierno Nacional y Otro”, 23-2-82, L.L. 1982-C-401; Cám. Nac. Cont.-Adm. Fed., Sala III, “Pérez Alvarez, Mario y Otros c/Banco Central de la República Argentina”, 13-12-82, L.L. 1984-C-251.

56. PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 301.

58. PALACIO, Lino Enrique, en *Derecho Procesal Civil*, Tomo VIII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 192 cita 54, enumera diversos supuestos en los que a criterio de la jurisprudencia se configura el requisito de daño irreparable que hace procedente la medida cautelar.

necesario acreditar la existencia de «graves perjuicios» ni menos de «perjuicios irreparables» para solicitar en juicio ordinario la suspensión del acto administrativo como medida de no innovar, en mérito a que tales extremos no son exigidos por el Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁵⁹.

Se configura un daño grave cuando el perjuicio ocasionado al particular es cuantioso en relación a su capacidad económico-financiera⁶⁰, o cuando “el daño que derivaría de la ejecución de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión del mismo”⁶¹.

Respecto al daño irreparable, Chinchilla distingue el daño irresarcible del irreversible, entendiéndolo que “la irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización”⁶².

En este sentido, sostiene Diez que “la irreparabilidad del perjuicio no puede medirse por la cuantía del daño aunque pudiera tener repercusión ruinosa en el patrimonio del particular afectado, pues ha de admitirse que la entidad administrativa demandada tiene solvencia suficiente para proveer a la reparación del daño ocasionado si fuese revocado el acto que lo causó”. Agrega a ello que “la irreparabilidad está relacionada con el derecho mismo que el acto vulnera y habrá perjuicio irreparable con la ejecución del acto administrativo frustrando el derecho subjetivo del interesado sin que a éste le quede una vía apta para conseguir la reparación debida. La locución daño irreparable significa que el daño que causa el acto, por su naturaleza, no puede ser reparado con independencia de la reparación material que pueda o no obtenerse”⁶³. En esta línea, Spota señala que “no habría, entonces, «perjuicio irreparable»: la indemnización, en el caso de declararse procedente, estaría asegurada y nunca tendría alcances solamente líricos la sentencia que declara el derecho del particular frente a la Administración”⁶⁴.

García de Enterría y Fernández han expresado, a este respecto, que “la posibilidad de reparación no debe, pues, medirse en términos económicos. Basta simplemente con que la reparación *in natura* sea imposible o, al menos, difícil, para que proceda la suspensión del acto recurrido”⁶⁵.

Respecto a los diversos supuestos con los que se configura un daño irreparable, la doctrina ha elaborado diversas sistematizaciones.

Así, para Mairal⁶⁶ existe daño irreparable cuando:

1) La sentencia no pudo reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero.

59. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad...*, cit., pág. 108.

60. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 330; señala este autor que el daño grave no es únicamente el daño irreparable o difícilmente reparable.

61. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 660/1. En igual sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del Acto Administrativo*, en *Acto y Procedimiento Administrativo*, obra colectiva, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, pág. 77.

62. CHINCHILLA MARIN, Carmen, *ob. cit.*, págs. 43/4; ver también, VALORZI, Andrea, *Tutela cautelare in proceso amministrativo*, Milán 1991, pág. 79. Allí destaca que la *giurisprudenza civile, ai fini della concessione della tutela cautelare, equipara la richiesta irreparabilità del medesimo*.

63. DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, pág. 191.

64. SPOTA, Alberto G., *ob. cit.*, pág. 707; es muy interesante el fallo que cita este autor *Puerto Rosario, S.A. c/Gobierno Nacional, J.A.*, 1942-IV, pág. 786, allí se analiza no sólo lo atinente a la responsabilidad del perjuicio, sino también el principio *fiscus semper solvens*.

65. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 570.

66. MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial...*, cit., Tomo II, págs. 818-827.

2) La sentencia sí puede disponer tal disposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables en dinero.

3) Cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente reparatoria.

4) Cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena.

5) Cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia.

6) Cuando la previsible magnitud del perjuicio acarrea verosíblemente la insolvencia del recurrente.

Por su parte, Linares enuncia diversos supuestos de daños irreparables, entre los cuales cabe destacar el daño que, pese a la solvencia del que debe pagarlo, resulta de difícil cobro⁶⁷.

Vinculado con este tema se encuentra el principio de la solvencia del Estado (*fiscus semper solvens*), en virtud del cual se considera que siempre está en condiciones de indemnizar los daños que produzca su accionar. Este principio dio fundamento a parte de la doctrina y en general a la jurisprudencia para desvirtuar la configuración de un supuesto daño irreparable^{68, 69}.

Parte de la doctrina se ha expedido en contra de la aplicación de este principio. Así, para Spota es deleznable, "ya que la protección jurisdiccional debe ejercerse, en lo posible, preventivamente, sobre todo si se tiene en cuenta que, en nuestro defectuoso sistema legal, las sentencias dictadas en contra de la Nación tienen valor meramente declarativo"⁷⁰.

Por su parte, Marienhoff considera que la fórmula *fiscus semper solvens* es vacua de contenido ético y opina que debe rechazarse "una consideración con tan escaso valor jurídico, como es aquella de que las medidas preventivas o precautorias no proceden frente a la Administración, porque siempre es solvente"⁷¹.

Conectando este principio con la exigencia de que el perjuicio sea irreparable, señala Cassagne que esta última debe descartarse "no sólo porque no es requerida por la ley sino porque conduce a justificar la reparabilidad del daño en base al dogma de la solvencia del Estado, cuya arcaica fundamentación conduce a legitimar verdaderos despojos e injusticias privando de real contenido a la garantía de la propiedad prescripta en el Art. 17 de la C.N."⁷².

67. LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 835. Otros de los supuestos son: "el daño cuya estimación en dinero constituye una suma desproporcionada con respecto a la solvencia real y efectiva del agente que cause el daño; el daño difícil estimación justa en dinero, como por ejemplo el daño moral o el daño por la pérdida parcial de clientela; el daño debe ser indemnizado por un gran número de personas de difícil individualización, cada una en una pequeña cantidad".

68. PALACIO, Lino Enrique, *ob. cit.*, Tomo II, pág. 193; FIORINI, Bartolomé, *ib. cit.*, Tomo II, pág. 1.064.

69. Cámara Nac. Cont.-Adm. Fed., Sala II, "Irurzún, S.A. c/Gobierno Nacional y Otro" del 23-2-82, L.L. 1982-C-401. Allí se señala que "los daños aducidos por el quejoso —se insiste, de estricto contenido patrimonial— son obviamente susceptibles de reparación ulterior si sólo se atiende al hecho de ser el Estado Nacional el demandado en el sub lite, principio que ya establecido por esta Sala (conf. entre otros "Sánchez, Aurora M." del 14 de marzo de 1978) es reiterado por el más Alto Tribunal al señalar en fecha reciente, que "los daños que eventualmente pudieran derivarse de la imposibilidad de ejercer los derechos reclamados por los actores, podrán ser compensados mediante una indemnización a cargo del Estado Nacional cuya solvencia es indiscutida".

70. SPOTA, Alberto G., *ob. cit.*, pág. 705.

71. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, Tomo I, pág. 660; ver también, CASSAGNE, Juan Carlos, *La suspensión de los efectos...* *cit.*, pág. 32.

72. CASSAGNE, Juan Carlos, *La suspensión de los efectos...* *cit.*, pág. 32.

Coincidimos con las críticas precedentes en punto a la inaplicabilidad de este principio.

Ahora bien, para el caso en que se postula su operatividad, formulamos algunas apreciaciones adicionales.

El principio de solvencia debe implicar la capacidad de pago de una obligación, pero además dicho pago debe ser inmediato y no diferido en el tiempo.

Sin duda, luego de la declaración de emergencia estatal realizada por las leyes 23.696 y 23.697, el Estado no es capaz de cumplir de un modo inmediato con una condena de daños y perjuicios. Las distintas suspensiones en la ejecución de las sentencias dictadas por el Estado Nacional dispuestas por el Decreto 679-88, en su momento, y la Ley 23.696 y la aplicación del régimen de consolidación de deuda interna establecida por la Ley 23.982, ponen de manifiesto que la posible reparación no es inmediata sino diferida en el tiempo^{73,74}.

De lo dicho pueden extraerse dos conclusiones: 1. la aplicación de principio *fiscus semper solvens* resulta, al menos cuestionable en el estado actual de emergencia⁷⁵. 2. Todo daño que el administrado pudiera sufrir puede convertirse en irreparable si consideramos que el cobro de la correspondiente indemnización no es inmediato sino diferido enormemente en el tiempo.

De todo ello se desprende que dada la actual situación financiera del Estado y la dilatación de los procesos judiciales, un daño grave puede tornarse en irreparable.

Por otra parte, consideramos que la exigencia marcada por la jurisprudencia en torno a la configuración de un daño irreparable no encuentra ningún fundamento en el Derecho vigente.

3. *Inexistencia de otra medida cautelar*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, luego de exigir la configuración de los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, prescribe que la cautela no pueda obtenerse por medio de otra medida precautoria⁷⁶.

Si bien, desde nuestra perspectiva, el Art. 230 no es aplicable a nuestro caso, esa disposición no podría ser interpretada —por quienes postulan la inaplicabilidad del Art. 12 de la ley 19.549— en el sentido de que el particular debe solicitar la suspensión de los efectos del acto antes de peticionar la medida cautelar.

Sin embargo, si razonamos en los términos contenidos en la doctrina elaborada en torno a la acción de amparo —en lo que se refiere a la existencia de otras vías— podría pensarse que otra es la solución.

En efecto, si para deducir el amparo es necesario no contar con otras vías y éstas pueden estar constituidas por las recursivas —en cuyo ámbito puede solicitarse el pedido de suspensión de los efectos del acto—, podría sostenerse que tal petición debe ser previa a la solicitud de la medida.

Creemos, en este punto, que esa no es la solución correcta.

En efecto, la norma alude a la existencia de otra medida precautoria —obviamente se refiere a las reguladas en el Capítulo 3º del Título IV del Código—, con lo cual el pedido de suspensión previo —en sede administrativa— no es exigible.

73. Ello además del carácter declarativo que tendrá la sentencia (Art. 7, Ley 3.952).

74. BORDA, Alejandro y GORDA, Guillermo Julio, *El Estado en cesación de pago. La consolidación de la deuda pública interna y la llamada Ley del Bono*, Buenos Aires, 1991, Abeledo-Perrot, pág. 7 y ss.

75. En la causa "Obra Social para la Actividad Docente c/Catamarca, Provincia de s/ejecución Fiscal", 7-8-90, el Dr. FAYT en su voto hizo referencia a "las notorias dificultades económicas por las que atraviesan tanto el Estado Nacional como los provinciales, y que los jueces no pueden ignorar so pretexto de un inaceptable idealismo jurídico".

76. Art. 230, inc. 3º.

Cierto es que, generalmente, el pedido de suspensión resulta accesorio a un recurso administrativo, pero puede también operar en forma independiente al mismo; igualmente que una medida cautelar puede ser solicitada en forma autónoma. Sin embargo ello no puede llevar a sostener que exista una suerte de trámite de agotamiento de la vía administrativa —a través del pedido de suspensión— con carácter previo a la solicitud de la medida cautelar⁷⁷.

Creemos en la improcedencia de tal exigencia en tanto el agotamiento de la vía administrativa es una exigencia necesaria para impugnar judicialmente un acto administrativo, la medida cautelar puede estar desvinculada de la revisión judicial⁷⁸. Así, por ejemplo, si se obtiene una medida cautelar destinada a suspender los efectos del acto en tanto tramita un recurso administrativo, puede ocurrir que dicho recurso sea acogido por la Administración y en particular no necesite accionar judicialmente.

Por lo demás, la realidad indica que la Administración nunca resuelve los pedidos de suspensión de los efectos del acto⁷⁹ y en todo caso, es difícilmente esperable que lo resuelva con la celeridad que la situación requiere⁸⁰.

V. EL ARTICULO 12 DE LA LEY 19.549 FRENTE AL SISTEMA DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Como se ha visto, la jurisprudencia del Fuero Federal de la Capital se ha inclinado por exigir los presupuestos del Código Procesal para el otorgamiento de las medidas cautelares prácticamente ignorando el precepto contenido en el Art. 12 de la ley 19.549 que constituye una norma de fondo en la materia.

Estimamos que al resolver una medida cautelar que tiene por objeto la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el juez debe aplicar el citado Art. 12, en la medida que se alegue fundadamente una nulidad absoluta o se procure evitar perjuicios graves al particular.

Ya hace un tiempo esta tesis fue desarrollada por Barra⁸¹ y, más recientemente, por Halperin⁸².

Así sostiene el primero de los mencionados autores que “luego de la sanción de la LPA (que incorpora normas de la materia procesal administrativa, v. gr. todo su título IV) el régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo tiene su regulación propia, precisamente en el Art. 12 comentado. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal en lo referente a las medidas cautelares, para regular sus aspectos procedimentales y las facultades judiciales para apreciar la necesidad y alcances de la contracautela a otorgar por el administrado, sin perjuicio, incluso, de su consideración dentro de las medidas cautelares genéricas pre-

77. En este sentido, ver HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión...*, cit., pág. 683.

78. Estamos, pues, ante un procedimiento autónomo de control.

79. MARIENHOFF sostiene que la suspensión del acto administrativo sólo procede con carácter excepcional pero su rechazo sistemático es contrario a toda noción de derecho; (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., Tomo I, pág. 664); ver ESTRADA, Juan Ramón de, *ob. cit.*, pág. 3, allí señala que “en la práctica puede suceder, y es común que así suceda, que la Administración no resuelva el pedido del particular consistente en que mientras tramita el recurso administrativo se suspenda precautoriamente el acto, quedando el particular inerme e indefenso ante tal omisión...”.

80. Señala MARTINEZ que “el solicitante debe demostrar que la prohibición de innovar se impone como única medida cautelar eficaz”; (MARTINEZ, Hernán J., *La tutela cautelar...*, cit., pág. 353).

81. BARRA, Rodolfo Carlos, *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, *El Derecho*, Tomo 107, pág. 419 y ss.

82. HALPERIN, David Andrés, *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, en *Revista de Derecho Administrativo* No 1, pág. 131 y ss.

vistas por el Art. 232 del Código Procesal. Es decir, se trata de una medida cautelar de naturaleza análoga a la medida de no innovar, pero cuyos requisitos de fondo se encuentran regulados en la LPA”⁸³.

Por su parte, al examinar si son exigibles los tres requisitos que la ley procesal establece, señala Halperin que “la Ley 19.549, en su Art. 12, admite la suspensión del acto administrativo indistintamente, tanto cuando cause perjuicios graves al particular como cuando se alegue fundadamente una nulidad absoluta. En tanto, el Art. 230 del Código Procesal exige que se reúnan los requisitos de «verosimilitud del derecho» (respecto del acto administrativo «verosimilitud de irregularidad») y el «peligro en la demora», y esta última generalmente se trasunta en un perjuicio grave al particular. Resulta, pues, evidente que en estos casos —que son la mayoría— se está exigiendo, al referirse a que se reúnan los extremos del Art. 230 del Código Procesal, mayores requisitos de los previstos en el Art. 12 de la Ley 19.549. La tradicional jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo federal, en cuanto sostiene que «a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar», viene a neutralizar de ese modo los efectos de la exigencia del cumplimiento de los requisitos del Art. 230 del Código Procesal”. Concluye, finalmente, señalando que sería saludable una recificación del criterio jurisprudencial ceñido al Art. 12 de la Ley 19.549”⁸⁴.

También se ha expresado en este sentido De Lazzari⁸⁵, quien sostiene que “la suspensión de la ejecución del acto administrativo posee regulación específica en el Art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal en materia de medidas cautelares, para disciplinar todo lo concerniente a los aspectos procedimentales, posibilidad de plantearlas antes, simultáneamente o posteriormente a la demanda, prestación de contracautela, recurribilidad, modificación, carácter provisorio, etc. Inclusive dentro de este último cuerpo legal sería posible hallar suficiente fundamentación en el Art. 232 (medidas cautelares genéricas). Si bien la norma transcrita⁸⁶ se refiere a la suspensión que tiene lugar dentro de la órbita administrativa, no existe impedimento para decretarla, en iguales condiciones, en sede judicial. Por lo tanto la procedencia queda supeditada a la acreditación de alguno de los siguientes extremos: a) existencia de motivos de interés públicos; b) para evitar perjuicios graves al interesado; c) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. La demostración debe tener lugar con el grado de apariencia y provisoriedad que es propio de la materia cautelar”.

Coincidimos, en general, con las posturas que acabamos de reseñar⁸⁷.

83. BARRA, Rodolfo Carlos, *ob. cit.*, pág. 423.

84. HALPERIN, *ob. cit.*, págs. 137-138.

85. DE LAZZARI, Eduardo Néstor, *Medidas cautelares, cit.*, Tomo II, pág. 245.

86. Se refiere al Art. 12, Ley. 19.549.

87. En contra: ALLENDE LARRETA, Agustín, en su trabajo inédito *Las medidas cautelares contra la Administración*; se trata de su tesis presentada para el Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, bajo el patrocinio del Dr. Roberto E. LUQUI. Señala ALLENDE LARRETA que “si bien no compartimos la técnica legislativa de la LPA, de incorporar normas procesales administrativas, no hay que desconocer su existencia. Pero las mismas se encuentran dentro del Título IV y referidas a la impugnación judicial de actos administrativos, pero bajo ningún aspecto se puede considerar al artículo 12 como una de las normas procesales administrativas, pues como surge claramente es un otorgamiento de competencias a la Administración para disponer la suspensión de sus actos ante la presencia de determinadas circunstancias. A su vez, por los fundamentos ya expuestos en este trabajo, no creemos que el Código Procesal se deba aplicar de una manera supletoria sino de una manera directa en lo referente a las medidas cautelares. Por lo expuesto precedentemente, nos animamos a afirmar que sólo cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 230 del CPCC, (verosimilitud del derecho en estrecha relación a la verosimilitud de irregularidad en el acto administrativo y peligro en la demora, debiéndose adicionar el requisito im-

Desde nuestra perspectiva, si la medida cautelar tiene por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo los extremos exigibles son, en punto a su procedencia sustancial, los contenidos en el Art. 12 de la ley 19.549⁸⁸. La concurrencia de uno solo de los requisitos basta para que la medida pueda ser decretada⁸⁹. Sin embargo, serán de aplicación supletoria las normas del Código Procesal en lo que se refiere a su régimen procesal.

Esta interpretación es la que mejor se compadece con el principio de la "tutela judicial efectiva" cuya vigencia no aparece con claridad en la jurisprudencia del Fuero Federal —que ya hemos reseñado— del apego que se aprecia a la exigencia de los recaudos del Art. 230 del Código Procesal. A pesar de la doctrina del caso "Banco Popular de la Plata" no alcanza para atenuar la exigencia conjunta del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En efecto, según aquélla —que podría denominarse de la inversa proporcionalidad de los presupuestos— sostiene que éstos "se hallan relacionados entre sí de tal modo, que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar"⁹⁰.

Esta doctrina, que ha tenido amplio acogimiento jurisprudencial⁹¹ y doctrinario⁹², no se corresponde con los requisitos exigidos por el Art. 21 de la Ley 19.549 que, como vimos, exige la configuración de al menos una de las hipótesis planteada.

Sumado a los supuestos que plantea el Art. 12 citado, entendemos que la medida cautelar será procedente cuando se alegare fundadamente una nulidad relativa⁹³ que pudiera ocasionar la invalidez del acto administrativo ya que, si en estos casos, luego de tramitada la causa, el Juez podrá declarar su nulidad, no vemos objeción para que, previamente, ordene su suspensión⁹⁴. La Administración podrá suspender la ejecución del acto afectado de nulidad relativa sólo en los casos previstos en el último párrafo del Art. 18 de la Ley 19.549.

puesto por el artículo 199 del CPCC en tanto dispone que la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de quien la solicita, quien deberá dar caución por las costas y daños y perjuicios que pudiera ocasionar)".

88. Así, señala HUTCHINSON que "el acudir, pues, a una ley que regula cuestiones propias del proceso administrativo y aspectos que hacen al acto administrativo, sus efectos y la posibilidad de suspender éstos, es un método de interpretación válido para el caso que nos ocupa". (HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión...*, cit., pág. 681).
89. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad...*, cit., Buenos Aires, 1971, págs. 101-102; HALPERIN, David Andrés, *ob. cit.*, pág. 137, nota 27; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 269.
90. Cám. Nac. de Apel. Civ. y Com. Fed., Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/ Hoteles de Turismo, S.A., 5-7-83.
91. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, "Fona, Ricardo Mario c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia), s/Amparo", 5-6-86. En igual sentido Cám. Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala I, "Banco Juncaí Cooperativo Limitado c/Banco Central de la República Argentina", 23-7-85; "Roman Marítima, S.A. c/Administración General de Puertos s/Nulidad de acto administrativo", 3-7-86; Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, "Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c/BCRA, s/Nulidad", 9-4-92; Juzgado en lo Contencioso-Administrativo, Nº 2, "Santa Juana, SCA, c/Gobierno Nacional", J.A., 1988-II, pág. 301.
92. MAIRAL, Héctor A., *Control...*, cit., Tomo II, pág. 814; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1987, pág. V-58.
93. Señala en este sentido, CASSAGNE que en los supuestos de nulidad absoluta no manifiesta, actos anulables o de nulidad relativa, omisiones ilegítimas, etc., "se puede acudir por analogía, a la prohibición de innovar legislada en el Art. 230 del CPCCN o a las medidas cautelares genéricas previstas en el Art. 232 de dicho Código"; (CASSAGNE, Juan Carlos, en *La suspensión de los efectos...*, cit., pág. 27).
94. Ver ULLA, Decio Carlos, y LEPENIES, Irgard Elena, *ob. cit.*, pág. 268. Esta solución no podría ser desechada por quienes propician la aplicación del Art. 230 CPC y CN, toda vez que, dicha norma, exige sólo que el derecho sea verosímil.

En lo que se refiere al interés público⁹⁵ como presupuesto para solicitar una medida cautelar, entendemos que no puede funcionar en forma exclusiva respecto de los particulares en virtud de la falta de legitimación.

Sin embargo, un particular carente de derecho subjetivo o interés legítimo, podría solicitar en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto contrario al interés público. Ello, en el marco de una mera denuncia.

La Administración, por su parte, no tiene, en principio, restricciones para suspender la ejecución de un acto por razones de interés público.

Desde otra perspectiva y en lo que se refiere a la denegación de las medidas cautelares por razones de interés público, coincidimos con Cassagne en su crítica a esa jurisprudencia y en la necesidad de establecer pautas interpretativas que impidan que la tutela judicial efectiva sea un principio vacío⁹⁶.

Señalamos, finalmente, que pese a la existencia de claros criterios excesivamente restrictivos que hemos analizado, existen algunos ejemplos de una tendencia más amplia en la admisión de este tipo de medidas⁹⁷, tendencia que apoyamos fundados en el carácter provisional que ostentan⁹⁸ y en la posibilidad de que los Tribunales

95. Se trata este de un típico concepto jurídico indeterminado. La doctrina que se refiere a ellos tuvo su origen en Alemania y fue adoptada luego por los autores españoles. Cabe destacar la obra titulada *La lucha contra las inmunidades del poder*, de GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, ed. Civitas, Madrid, 1979. Han tratado el tema, entre otros: MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad en la Administración Pública de España*, Madrid, 1985, pág. 242; SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 223-224; y PEREZ OLEA, Manuel, *La discrecionalidad y su fiscalización judicial*, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Nº 173, año XXXI, enero-febrero-marzo 1972, pág. 41 y ss. En nuestra doctrina, el tema ha sido tratado por DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires 1974, pág. 169 y ss.; GRECCO, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Tomo 1980-D, pág. 1.306 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1985, Tomo II, pág. 140 y ss., señala este autor que esta doctrina constituye el último intento de reducir la discrecionalidad administrativa ampliando el ámbito de fiscalización jurisdiccional; señala como ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados el "interés público", "la buena fe", el "orden público" y la "fuerza irresistible (nota 12, pág. 141), y propicia", siguiendo a GARCIA de ENTERRIA, la idea de que cuando se dan estos conceptos sólo se admite una solución justa; ver CASSAGNE, Juan Carlos, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 3, enero-abril 1990, pág. 95 y ss., especialmente 99 a 101; BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública* Ed. Abaco, Buenos Aires, 1986, Tomo 2, pág. 430 y ss.; GAMBIER, Beltrán, *El concepto "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio público. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial*, La Ley, 1988-D, pág. 744; BIANCHI, Alberto B., *El "writ of certiorari"*, en nuestra Corte Suprema (la "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado), *El Derecho*, 12-11-87, págs. 3-4; TAWIL, Guido Santiago, *El proceso de capitalización de deuda. Cuestiones y perspectiva*, *El Derecho*, Tomo 129, pág. 915 y sgtes.; HALPERIN, David y GAMBIER, Beltrán, *La notificación en el procedimiento administrativo*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 47.
96. Señala CASAGNE las siguientes pautas: "1) la decisión sobre la apreciación si se afecta o no el interés público corresponde al tribunal y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; 2) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo sino el que se conculca con la medida suspensiva debiendo tratarse —como se ha señalado— de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no se puede fundamentar en un mero interés público de tipo genérico; 3) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; 4) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad y; 5) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona a quien demanda la suspensión", (en *La suspensión...*, *cit.*, págs. 33-34).
97. Cám. Nac. de Apel. Civ. y Com. Fed., "Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal, c/Hoteles de Turismo, S.A." 5-7-83.
98. Cám. Nac. de Apel. Cont.-Adm. Fed., Sala II, "Baya Simpson, Enrique, c/Gobierno Nacional —Ministerio de Educación y Justicia—", 30-10-86, Cám. Fed. de Rosario, Sala "B"; "Cipona, S.A., c/Gobierno Nacional", 4-4-88.

graduén conforme a la mayor o menor verosimilitud de las fundamentaciones alegadas el monto de la contracautela que en definitiva los solicitantes deberán prestar⁹⁹.

99. Conf. Art. 199 del CPN, MAIRAL, Héctor A., *Control...*, *cit.*, Tomo II, págs. 801-2.