

Notas sobre el efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares dictadas contra el Estado (con especial referencia a la ley 26.854)

por JUAN ANTONIO STUPENENGO⁽¹⁾

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES. – 3. EL EFECTO DE LOS RECURSOS DIRIGIDOS CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS CAUSAS EN LAS QUE EL ESTADO ES PARTE. 3.1. BREVE MENCIÓN SOBRE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL. 3.2. EL EFECTO DE LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO FEDERAL. 3.2.1. La cuestión antes de la ley 26.854. 3.2.2. La cuestión en la ley 26.854. 3.2.2.1. Recursos dirigidos contra medidas suspensivas de un “acto estatal”. a) ¿Qué debe entenderse por “acto estatal”? b) La suspensión cautelar de un “acto estatal” es recurrible por reposición o apelación. c) El efecto suspensivo del recurso de apelación previsto en el art. 13, pto. 3, párr. 2º, de la ley 26.854. Particularidades y límites. (i) Primer límite: el efecto devolutivo no rige ante la apelación de la suspensión cautelar de actos emitidos en ejercicio de función administrativa; tan sólo ante la de disposiciones de jerarquía legislativa. (ii) Segundo límite: el efecto devolutivo no rige cuando se encuentran en juego sectores socialmente vulnerables, la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o el medio ambiente. (iii) Tercer límite: inconstitucionalidad del efecto devolutivo cuando pusiere en riesgo la efectividad de la tutela judicial en el caso concreto. Oportunidad para su planteo y declaración. 3.2.2.2. Recursos dirigidos contra medidas cautelares diversas a la suspensión de los efectos de un acto estatal. – 4. CONCLUSIONES.

1 Introducción

Entre las leyes de reforma judicial sancionadas recientemente por el Congreso de la Nación en el marco del denominado proceso de “democratización de la justicia”⁽²⁾ se encuentra la ley 26.854⁽³⁾, por la cual se establece el régimen aplicable a las medidas cautelares propias de las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo en España*, por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, EDA, 2004-426; *Análisis de los criterios vigentes de la Corte Internacional de Justicia en materia de medidas cautelares. Una mirada a la luz del siglo XXI*, por LEOPOLDO MARIO ADOLFO GODIO, ED, 230-1183; *Análisis, crítica y propuestas al Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares (dec. CMC 27/94)*, por SANDRA BLANCO y JUAN PABLO QUARANTA COSTERG, ED, 231-707; *Apuntes sobre las sanciones administrativas y las medidas cautelares*, por JOSÉ MARÍA CASTIÑEYRAS, EDA, 2009-14; *Algunas consideraciones sobre el abuso procesal, y su particular incidencia en el campo de las medidas cautelares*, por AGUSTÍN CROSIO, Ros-online, diario n° 40 del 23-8-10; *Análisis de un proyecto de reforma sobre medidas cautelares del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, por AMADEO F. J. SCAGLIARINI, ED, 243-1156; *Medidas cautelares administrativas: la falta de creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como hecho objetivo determinante de la (in)competencia*, por JOAQUÍN VILLEGAS, EDA, 2012-525; *Los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de las medidas cautelares en materia de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial*, por MARIO MASCIOTRA y VALERIA MONTALDO MAIIOCCHI, EDA, 250-1045; *El sistema cautelar en la ley 26.854*, por LAURA OVIEDO, EDA, n° 13.272 del 4-7-13. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Abogado, egresado con Diploma de Honor, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la misma casa de estudios. Profesor de derecho administrativo en la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en las carreras de posgrado de las universidades de Buenos Aires, de Belgrano, de Palermo, Nacional de La Matanza, Nacional de Tucumán y en la Escuela del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(2) Conformado por las leyes 26.853, de creación de las cámaras federales de casación (Boletín Oficial del 17-5-13); 26.857, modificatoria de la ley de ética en el ejercicio de la función pública (Boletín Oficial del 23-5-13); 26.855, de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación (Boletín Oficial del 27-5-13); 26.861, de ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación (Boletín Oficial del 3-6-13) y 26.854, del régimen de las medidas cautelares en las causas en las que interviene el Estado Nacional o sus entes descentralizados, ahora analizada.

(3) Sancionada el 24-4-13 y publicada en el Boletín Oficial n° 32.629, del 30-4-13.

Del análisis de su articulado se advierte que, no obstante receptarse en él gran parte de la jurisprudencia que hasta entonces venían sentando los tribunales en torno a tales medidas cautelares, también fueron incorporados preceptos cuya constitucionalidad fue puesta en duda por amplios sectores de la sociedad⁽⁴⁾, tales como, por ejemplo, la exigencia de sustanciar previamente la solicitud cautelar con la autoridad pública demandada⁽⁵⁾, el establecimiento de un plazo máximo de vigencia para las medidas precautorias dictadas contra el Estado⁽⁶⁾, la improcedencia del dictado de medidas susceptibles de afectar los bienes y recursos del Estado⁽⁷⁾, la proscripción de fijar caución juratoria⁽⁸⁾, entre otras.

Con independencia de las diversas cuestiones de interés que rondan en torno a la flamante ley, muchas de las cuales ya han sido lúcidamente comentadas por la doctrina especializada⁽⁹⁾, el objetivo del presente trabajo es, más que hacer un análisis general de ellas, realizar algunos lineamientos básicos tendientes al estudio de la clásica y siempre controvertida cuestión referida al efecto, suspensivo o devolutivo, de los recursos judiciales dirigidos contra las providencias cautelares dictadas en contra del Estado Nacional o de sus entes descentralizados.

Para ello, comenzaremos analizando el alcance de la garantía de tutela judicial efectiva –que, como veremos, juega un papel fundamental en el tema analizado–, para, luego, detenernos puntualmente en la cuestión referida al efecto de los recursos incoados en contra de providencias cautelares que afectan a las autoridades públicas. Más precisamente, estudiaremos el tratamiento que esta cuestión mereció en nuestro país, tanto a nivel provincial como nacional, antes de la sanción de la ley 26.854 y, ya abocándonos de lleno al tema que nos convoca, veremos el tratamiento que se le da en la flamante ley.

2 La garantía de tutela judicial efectiva y las medidas cautelares

La primera cuestión que debemos dilucidar es si lo atinente al efecto del recurso dirigido contra una providencia cautelar tiene, o no, vinculación con el derecho de defensa en juicio; más precisamente, con la garantía de tutela judicial efectiva.

En nuestro país la garantía de tutela judicial efectiva adquirió rango constitucional tras la reforma constitucional de 1994, con la incorporación del art. 75, inc. 22, a la Carta Magna. En efecto, en la Declaración Universal de Dere-

(4) Durante el debate de la ley de medidas cautelares, se opusieron al proyecto los siguientes organismos: el Centro de Estudios Legales y Sociales (www.cels.org.ar), el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (www.cpacf.org.ar), el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (www.colabogados.org.ar), la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (www.academiadederecho.org.ar), entre otros.

(5) Art. 4º de la ley 26.854.

(6) Art. 5º de la ley 26.854.

(7) Art. 9º de la ley 26.854.

(8) Art. 10 de la ley 26.854.

(9) Ver ARAZI, ROLAND, *El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854)*, JA, 2013-II; CABRAL, PABLO, *La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos*, JA, 2013-II; CASSAGNE, EZEQUIEL, *El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial Cámaras Federales de Casación, Ley 26.853, 23-5-13, pág. 55; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)*, La Ley, Suplemento Especial..., cit., pág. 69; GOZAINI, OSVALDO, *Las medidas cautelares en la ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial..., cit., pág. 73; MAURINO, ALBERTO L., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Ley 26.854*, JA, 2013-II; OTEIZA, EDUARDO, *El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial..., cit., pág. 95; POZO GOWLAND, HÉCTOR - ZUBIAURRE, RAMÓN, *La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial..., cit., pág. 103; SACRISTÁN, ESTELA, *El concepto de interés público en la ley 26.854*, La Ley, Suplemento Especial..., cit., pág. 145.

chos Humanos⁽¹⁰⁾, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁽¹¹⁾, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽¹²⁾ y en los demás tratados internacionales enunciados en aquella norma se prevé el derecho de toda persona a deducir un recurso “efectivo” y el deber del Estado de garantizar el cumplimiento de la decisión que recaiga en su marco.

De todas formas, el tratado con jerarquía constitucional que desarrolla aquella garantía con mayor detalle es la Convención Americana de Derechos Humanos –también conocida como Pacto de San José de Costa Rica–, en cuyo art. 8º se dispone que el resguardo de las garantías judiciales significa el derecho a ser oído, con la debida garantía y dentro de un plazo razonable, por jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales⁽¹³⁾. Por su parte, en su art. 25 se consagra la protección judicial a través de “un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes” que ampare a las personas contra los actos que violen sus derechos fundamentales “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Ahora bien, con particular importancia para el tema que nos convoca, en la Convención se establece que los Estados se comprometen “a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”⁽¹⁴⁾. De modo que no queda duda alguna en cuanto a que la garantía a la tutela judicial efectiva no sólo implica la posibilidad de acceder a tribunales imparciales e independientes sino, en lo que importa aquí, la de obtener el efectivo cumplimiento de la resolución estimatoria que recaiga en el marco del proceso de que se trate. En este sentido, se ha dicho que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en los arts. 18 y 109 de la CN y en el art. 8º, inc. 1º, de la Convención, no se satisface por la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial, sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, esto es que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento⁽¹⁵⁾.

Al reconocerse tan amplio alcance a la tutela judicial efectiva, al punto de comprender el derecho a obtener la ejecución de la sentencia estimatoria que pudiese conseguirse, el instituto cautelar pasa a revestir un papel primordial en la protección de dicha garantía constitucional. Es que, como es sabido, la finalidad de las medidas cautelares es precisamente garantizar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable al actor⁽¹⁶⁾, es decir, asegurar que cuando recaiga sentencia definitiva ésta no será de cumplimiento imposible⁽¹⁷⁾.

(10) Art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

(11) Art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

(12) Parte II, art. 2º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

(13) Art. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(14) Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(15) CNCont.-adm. Fed., sala IV, “Trujillo Nuñez, Filiberto c. Dirección Nacional de Migraciones - Disp. 3490/96”, 25-6-98, www.pjn.gov.ar.

(16) CS, Fallos: 327:5111; 330:4076; 334:259; entre otros.

(17) CS, Fallos: 330:3126.

Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos –aunque con particular referencia al régimen cautelar del sistema interamericano–, al otorgar medidas cautelares ante sus estrados. Para ello tuvo en consideración que “estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final”⁽¹⁸⁾ y que “el derecho a la tutela para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, propósito fundamental de la Convención (...) exige que los Estados Partes no deban tomar acciones que harían imposible la *restitutio in integrum* de los derechos de las presuntas víctimas”⁽¹⁹⁾. También señaló aquel tribunal internacional que “el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (*effct utile*)”⁽²⁰⁾ y que al solicitarse las medidas cautelares existe “un deber especial de protección de los beneficiarios de las medidas, mientras se encuentren vigentes, y su incumplimiento puede generar la responsabilidad del Estado”⁽²¹⁾. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –con referencia, asimismo, a las medidas cautelares previstas en el marco del sistema interamericano– sostuvo que “una vez otorgadas las medidas cautelares, los Estados deben asegurar que las medidas de seguridad sean efectivamente puestas en práctica durante el tiempo que las condiciones de riesgo lo exijan”⁽²²⁾ y que “los Estados deben crear sistemas de implementación de las medidas de protección solicitadas por los órganos del sistema interamericano que permitan su instrumentación de manera diligente y efectiva”⁽²³⁾.

Ahora bien, reconocido el papel fundamental de las medidas cautelares en la preservación de la garantía de tutela judicial efectiva, parecería que, en principio, cualquier mecanismo que tenga la virtualidad de revertir o dejar sin efecto dicha protección precautoria –como podría ser, por caso, la suspensión de sus efectos con motivo de la apelación deducida– es contraria a aquella garantía constitucional. Así lo ha entendido la doctrina al sostener que no puede existir verdadera tutela judicial efectiva si no se reconoce en todos los casos efecto devolutivo –o sea, no suspensivo– a los recursos dirigidos contra las providencias por las que se disponen medidas cautelares⁽²⁴⁾.

En lo que sigue analizaremos el tratamiento que el punto bajo análisis ha merecido en nuestro ordenamiento, tanto a nivel local como nacional, antes y después de la sanción de la ley 26.854.

3 El efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares en las causas en las que el Estado es parte

3.1. Breve mención sobre la cuestión en el ámbito local

Del análisis de los códigos provinciales en lo contencioso administrativo se advierte que en su mayoría no se

(18) Corte IDH, asunto “Internado Judicial El Rodeo II, Medidas Provisionales respecto de Venezuela”, resolución del 8-2-08, consid. 7º, y asunto “Wong Ho Wing”, Medidas provisionales respecto del Perú, resolución del Presidente en ejercicio de la Corte de 6-12-12, consid. 5º.

(19) Corte IDH, caso “James y otros (Trinidad y Tobago), Medidas Provisionales”, resolución de 29-8-98, consid. 7º.

(20) Corte IDH, caso “Penitenciarias de Mendoza respecto Argentina”, resolución de 22-11-04, resolutive 16.

(21) Corte IDH, caso “19 Comerciantes respecto Colombia, Medidas Provisionales”, resolución de 8-7-09, considerando nonagésimo; ídem, caso “Perozo y otros vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 28-1-09, Serie C n° 195, párr. 70; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 21-6-02, Serie C n° 94, párrs. 196/200.

(22) CIDH, *Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala*, OEA/Ser. L/VIII.118, Doc. 5 rev. 2, 29-12-03, párr. 208.

(23) CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 66, 31-12-11.

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Reflexiones sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 311; VALLEFÍN, CARLOS, *Protección cautelar contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 140; HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. III, pág. 589.

regula la cuestión atinente al efecto, suspensivo o no, de los recursos dirigidos contra las providencias referidas a medidas cautelares. Entendemos que tal omisión se debe a que, por reservarse la competencia contencioso administrativa con exclusividad a los máximos tribunales provinciales⁽²⁵⁾ o a las cámaras de apelaciones especializadas⁽²⁶⁾, las medidas cautelares que pudieran ser dictadas por dichos tribunales no resultan pasibles de recursos ordinarios. Ello, claro está, sin perjuicio de ser susceptibles de ser cuestionadas mediante los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad o federal.

Por su parte, en aquellas jurisdicciones en las que la competencia ordinaria en lo contencioso administrativo se encuentra repartida entre jueces de primera instancia y cámaras de apelaciones –a saber, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires– se ha procurado especialmente exceptuar del clásico efecto suspensivo del recurso de apelación a aquel que se dirige contra resoluciones que admiten medidas cautelares. En efecto, en la Ciudad de Buenos Aires el Código Contencioso Administrativo y Tributario, aprobado por la ley local 189, dispone que el recurso de apelación dirigido contra la providencia por la que se admite una medida cautelar debe ser concedido en efecto no suspensivo⁽²⁷⁾.

Sin embargo, en el ámbito porteño la cuestión giró en torno al efecto de la apelación dirigida contra la providencia cautelar dictada en el marco de una acción de amparo. Si bien durante los primeros años del fuero contencioso administrativo y tributario la falta de una ley local de amparo condujo a la necesidad de aplicar el decreto ley 16.986/66 –que, como veremos, otorga efecto suspensivo a dicho recurso– los tribunales locales⁽²⁸⁾ se abstuvieron de aplicarlo por entender que era incompatible con la cláusula de la constitución local según la cual el procedimiento de amparo “está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad”⁽²⁹⁾. En el año 2007 fue sancionada la ley 2147, de amparo local, en la que se dispone que la concesión del recurso de apelación dirigido contra la providencia que hace lugar a una medida cautelar tiene efecto devolutivo –o sea, no suspensivo–, aunque, paralelamente, se reducen los plazos para acompañar las copias del incidente de apelación, para proceder a su formación⁽³⁰⁾ y para su resolución por la cámara de apelaciones⁽³¹⁾.

Por su lado, en lo que respecta a la provincia de Buenos Aires, si bien el Código Contencioso Administrativo local, aprobado por ley 12.008 y modificado por la ley 13.101, confiere efecto suspensivo al recurso de apelación, se exceptúa de tal regla al deducido contra las providencias que disponen medidas cautelares, supuesto en el cual el punto queda sujeto a decisión judicial que debe ser tomada aten-

(25) Como ocurre, por ejemplo, en las provincias de Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Luis y Santa Cruz.

(26) Como ocurre, por ejemplo, en las provincias de Córdoba y Tucumán.

(27) Art. 181 del cód. contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Cumplimiento y recursos. Las medidas precautorias deben decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el/la destinatario/a de la medida puede detener su cumplimiento. Si el/la afectado/a no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días. Quien hubiese obtenido la medida es responsable de los perjuicios que irrogare la demora. La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar es recurrible por vía de reposición; también es admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concede en efecto no suspensivo”.

(28) CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, “Asociación Vecinal Belgrano C”, 22-2-01; ídem, sala II, “Oronoz de Bigaton c. GCBA s/amparo”, 21-12-00, Abeledo-Perrot Online, sumario n° 20014011; ídem, sala II, “Fernández, Silvia G. y otros c. GCBA”, 28-8-01, DJ, 2001-3-863; ídem, sala II, “Labayru, Julia E. c. GCBA s/amparo”, 5-9-01, LL, 2002-A-997; entre otros.

(29) Art. 14, párr. 4º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(30) Art. 20 de la ley 2145 de la Ciudad de Buenos Aires: “Recurso de apelación: Todas las resoluciones son inapelables, excepto la sentencia definitiva, el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares (...) La concesión del recurso será en relación y sin efectos suspensivos, a excepción de la apelación contra la sentencia definitiva que será en relación y con efectos suspensivos (...) La resolución que concede la apelación de una medida cautelar o su rechazo, deberá indicar cuáles son las copias necesarias para formar incidente, las que deberán ser acompañadas por quien recurre en un plazo máximo de dos (2) días, bajo apercibimiento de declarar desierto el recurso. El plazo para la formación del incidente será de un (1) día. Una vez formado, se correrá traslado a la otra parte...”.

(31) Art. 15 de la ley 2145 de la Ciudad de Buenos Aires: “...La apelación de resoluciones que versen sobre medidas cautelares deben ser resueltas dentro del plazo máximo de cinco (5) días desde el arribo de las actuaciones al Superior”.

diendo a las particularidades del caso⁽³²⁾. De todos modos, en este caso se aceleran los tiempos para que la alzada decida la apelación que se interponga, lo que se logra por vía de concentrar en una única fase el examen de admisibilidad y procedencia del recurso y de reducir el plazo de resolución de la apelación a cinco días⁽³³⁾.

En lo que hace a la acción de amparo, regulada en la ley 13.928, si bien como regla se dispone que el recurso de apelación debe concederse con efecto devolutivo, a renglón seguido se agrega que con carácter excepcional, fundadamente y atendiendo a las características particulares del caso, el juez puede concederlo con efecto suspensivo⁽³⁴⁾.

Como vemos, las disposiciones que regulan el tema bajo estudio en el derecho provincial y de la Ciudad de Buenos Aires atribuyen, con matices, efecto devolutivo al recurso de apelación dirigido contra la resolución que hace lugar a una medida cautelar en contra de una autoridad pública.

3.2. El efecto de los recursos en el ámbito federal

Reseñada la legislación provincial, a continuación nos abocaremos al estudio que el tema que nos convoca ha merecido a nivel federal. Para ello, comenzaremos repasando el tratamiento que se le ha dado antes de la ley 26.854 –o sea, durante la etapa en que se encontraba analógicamente regido por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)– y seguiremos luego con el análisis del punto a la luz de las disposiciones contenidas en aquella flamante ley.

Veamos.

3.2.1. La cuestión antes de la ley 26.854

Hasta la sanción de la ley 26.854 todo lo atinente a la solicitud y al dictado de medidas cautelares en el marco de las causas en que era parte el Estado Nacional y sus entes descentralizados venía rigiéndose analógicamente por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título IV del CPCCN.

En las causas contencioso administrativas dicha aplicación analógica implicó la previa adaptación de las normas rituales del derecho privado a los principios y las normas propios del derecho público⁽³⁵⁾. Fue así como, con el correr de los tiempos, fue forjándose una nutrida jurisprudencia en torno a las medidas cautelares propias del proceso contencioso administrativo federal. Así, por caso, fueron creadas tanto la medida cautelar suspensiva de los efectos del acto administrativo⁽³⁶⁾ –inexistente, desde ya, en el proceso civil y comercial– como la medida cautelar autónoma⁽³⁷⁾, por la cual, por vía de atenuar su carácter accesorio a un proceso principal, se permitió que la tutela precautoria pudiera ser emitida durante la tramitación de un procedimiento administrativo sustanciado con el objeto de habilitar la instancia judicial; se exigió que, junto con los clásicos presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares, se considerara la incidencia que su dictado pudiera tener en el interés público⁽³⁸⁾; se condicionó la ad-

(32) Art. 56 del cód. contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires: “El recurso de apelación tendrá efectos suspensivos. Exceptuase el supuesto de los recursos interpuestos contra las providencias que dispongan medidas cautelares, en las que el juez resolverá conforme lo señalado en el art. 26”. A su vez, en este último artículo se dispone: “Si la Provincia, un municipio, o un ente provincial o municipal invocasen fundadamente, en cualquier estado del proceso, que la medida cautelar dispuesta provoca un grave daño al interés público, el juez, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá sobre el levantamiento o mantenimiento de la medida”.

(33) Art. 59, inc. 3º, del cód. contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Ver también CASSAGNE, JUAN C. - PERRINO, PABLO E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 416.

(34) Art. 17 de la ley 13.928 de la Provincia de Buenos Aires: “El apelante deberá interponer y fundar el recurso en el plazo de tres (3) días ante el juez que hubiere dictado la decisión apelada. El juez resolverá sobre la concesión del recurso en el día. Concedido el mismo, lo hará con efecto devolutivo. Con carácter excepcional y fundadamente, atendiendo a las características particulares del caso, podrá concederle con efecto suspensivo...”.

(35) CNCont.-adm. Fed., sala III, “Bautista”, 12-6-84, ED, 120-301; ídem, “Polledo”, 27-6-89; LL, 1989-D-382; ídem. “Avanzada S.A. c. Gas del Estado”, 16-8-90, LL, 1990-E-468 y DJ, 1991-1-140. En este último se sostuvo que el CPCCN “tiene su ámbito de aplicación en las controversias de derecho privado. Sólo es aplicable en el juicio contencioso administrativo por analogía y en la medida en que resulte compatible con los principios propios del derecho procesal administrativo”.

(36) CS, “Senoc, Oikos y Fades”, 6-12-88, Fallos: 311:2616; entre otros.

(37) CS, “Pesquera Leal S.A. c. Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca”, 19-10-00, Fallos: 323:3075 y “Rosmar S.A. c. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación”, 19-3-02, Fallos: 325:461.

(38) CS, “Arizu, Enrique e Hijos S.A. c. Provincia de Mendoza”, 1985, Fallos: 307:2267.

misibilidad de la medida cautelar autónoma a la previa solicitud en sede administrativa⁽³⁹⁾; entre otras creaciones jurisprudenciales.

En cuanto ahora nos interesa, la aplicación analógica del CPCCN a las causas en las que era parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados implicaba que la resolución por la cual era admitida o denegada una medida cautelar fuera recurrible por vía de los recursos de reposición y de apelación, subsidiaria o directa, y que, como regla, este último fuera concedido con efecto devolutivo, o sea, no suspensivo. Así era por aplicación del art. 198 del CPCCN, en el que se dispone que “la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo”. Ello significaba que una vez dictada una medida cautelar en contra del Estado Nacional o de sus entes descentralizados la apelación que éste dedujera no tenía la virtualidad de suspender sus efectos, por lo que aquélla debía ser cumplida hasta que fuera expresamente dejada sin efecto.

La excepción al efecto devolutivo estaba dada por los casos en los que la medida cautelar apelada era dictada en el marco de procesos especiales, como ser el proceso sumarísimo o la acción de amparo.

En cuanto al proceso sumarísimo, por aplicación del art. 498 del CPCCN⁽⁴⁰⁾, al conceder la apelación el tribunal podía apartarse de la regla del efecto devolutivo y atribuirle al respectivo efecto suspensivo si advertía que el cumplimiento de la medida era susceptible de ocasionar un perjuicio irreparable. Esto último motivó que cuando era apelada una medida cautelar en el marco de estos procesos la discusión versara principalmente en torno a la irreparabilidad o no de los perjuicios por ella causados y, por ende, sobre la procedencia de conceder el remedio con efecto suspensivo o devolutivo. Por ejemplo, apelada por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires la suspensión cautelar de la ley 1181 de la Ciudad de Buenos Aires –por la cual había sido creada–, la jueza de primera instancia concedió dicho remedio con efecto no suspensivo por entender que tal medida precautoria había sido dispuesta a instancia de los propios beneficiarios del sistema y que de la documentación aportada por la Caja no surgía cuáles eran los gastos que debían ser sufragados en adelante. Deducido el pertinente recurso de queja la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por remisión al dictamen del Fiscal General, entendió que en el caso no se habían tenido en cuenta la totalidad de los perjuicios que podía sufrir la Caja como consecuencia de la suspensión cautelar de la ley de su creación y, por ende, otorgó efecto suspensivo a la apelación deducida⁽⁴¹⁾.

En cuanto a la acción de amparo, en el art. 15 del decreto ley 16.986/66 –en el que se lo regula a nivel nacional– aún hoy se establece que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia por la que se admiten medidas cautelares debe ser concedido “en ambos efectos”⁽⁴²⁾, lo que significa que debe serlo con efecto suspensivo. Si bien ello dio lugar a múltiples críticas de la doctrina⁽⁴³⁾ –ba-

sadas en que el efecto suspensivo contravenía la finalidad garantista de la acción de amparo⁽⁴⁴⁾–, en general la jurisprudencia entendió que el recurso debía ser concedido con efecto suspensivo⁽⁴⁵⁾, justificando esa solución en la pronta decisión del tema de fondo que admite la acción de amparo⁽⁴⁶⁾.

De todos modos, con independencia de la fría letra de esta última norma, no faltaron tribunales que le asignaron diversas interpretaciones. Se sostuvo, por ejemplo, que el efecto suspensivo se refería exclusivamente a la apelación de sentencias definitivas y no, en cambio, a la de medidas cautelares⁽⁴⁷⁾; que dicho efecto suspensivo sólo debía regir cuando el cumplimiento de la cautelar pudiera ocasionar un perjuicio irreparable⁽⁴⁸⁾ y que sólo cabía apartarse de la letra de la ley, otorgando a la apelación efecto devolutivo, si existía razón suficiente para considerar en riesgo la salud, la vida y la integridad física de las personas por tratarse de sumas que poseían carácter alimentario⁽⁴⁹⁾.

También se señaló, con sólidos argumentos, que tras la incorporación del art. 43 a la CN, que brinda jerarquía constitucional a la protección otorgada por la acción de amparo, el efecto suspensivo conferido a la apelación por las normas antes enunciadas –que, en definitiva, no hacen más que reglamentar aquel precepto– ha devenido inconstitucional⁽⁵⁰⁾.

Por último, no puede dejar de señalarse que, al margen de las normas citadas, en diversos períodos –especialmente con motivo y durante la vigencia del denominado “corralito financiero”– fueron emitidas leyes y decretos de emergencia por las que fueron impuestos todo tipo de obstáculos al dictado y a la vigencia de las medidas cautelares en contra del Estado Nacional y de sus entes descentralizados. Así, por ejemplo, en el año 2001, por medio de la ley 25.453⁽⁵¹⁾, llamada “Ley de Déficit Cero”, fue sustituido el art. 195 del CPCCN disponiéndose –en una norma que no sólo mantiene vigencia sino que fue replicada en la ley 26.854– que los jueces no pueden decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias⁽⁵²⁾. En el mismo año, por medio del decreto 1387/01 se dispuso que contra las medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de

actividades esenciales de entidades estatales es procedente, con efecto suspensivo, el *per saltum* ante la Corte Suprema⁽⁵³⁾. A su vez, por medio del decreto 214/02 fue suspendida por ciento ochenta días la tramitación de las causas judiciales allí enunciadas en las que el Estado Nacional fuera demandado⁽⁵⁴⁾, disposición ésta que fue modificada por medio del decreto 320/02 en el sentido de limitar tal suspensión únicamente al cumplimiento de las medidas cautelares y a la ejecución de las sentencias contra el Estado⁽⁵⁵⁾. Ese mismo año, por medio de la ley 25.587⁽⁵⁶⁾, denominada “Ley Tapón”, se dispuso que la única medida cautelar que podían dictar los jueces en contra del Estado Nacional, bajo las condiciones allí previstas, era la de no innovar⁽⁵⁷⁾ y que la apelación deducida en su contra tendría efecto suspensivo⁽⁵⁸⁾. Y por medio del decreto 1316/02 se estableció la suspensión, por ciento veinte días hábiles, del cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refería aquella ley⁽⁵⁹⁾.

Debe señalarse que la mayoría de estas normas merecieron la crítica de la doctrina⁽⁶⁰⁾ y la descalificación constitucional de los tribunales; más precisamente, fueron declarados inconstitucionales los arts. 14 de la ley 25.453⁽⁶¹⁾, 1º de la ley 25.587⁽⁶²⁾, 3º del decreto 320/02⁽⁶³⁾ y 1º, 2º y 3º del decreto 1316/02⁽⁶⁴⁾.

3.2.2. La cuestión en la ley 26.854

Reseñado el panorama vigente con anterioridad a la ley 26.854, en lo que sigue analizaremos el tratamiento que se le da en ella al tema que nos ocupa.

La ley 26.854 tiene un amplio ámbito de aplicación, pues en ella se regulan todas las medidas cautelares susceptibles de ser solicitadas y trabadas en contra del Estado Nacional o de sus entes descentralizados, ya sea que se dirijan en contra de una actuación o de una omisión de éstos⁽⁶⁵⁾.

Sin embargo, el punto referido a la recurribilidad de esas medidas cautelares tan sólo fue legislado para el caso en el que la medida cuestionada fuera la suspensiva de los efectos de un “acto estatal”. Nada se dispone, en cambio, para el supuesto en que la medida cautelar atacada fuera alguna de las restantes susceptibles de dirigirse contra el accionar o la actitud omisiva del Estado Nacional o de sus entes descentralizados, tales como, por ejemplo, la cautelar positiva⁽⁶⁶⁾ o la de no innovar⁽⁶⁷⁾.

En efecto, en el art. 13 de la ley –que trata sobre la “suspensión de los efectos del acto estatal”–, el legislador insertó el pto. 3, en el que se dispuso que “la providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa”. Y en cuanto a los efectos de este último recurso se agrega que “el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto sus-

(53) Arts. 50 y 51 del decreto 1387/01.

(54) Art. 12 del decreto 214/02.

(55) Art. 3º del decreto 320/02.

(56) Sancionada el 25-4-02 y publicada en el Boletín Oficial nº 29.886, del 26-4-02.

(57) Art. 1º de la ley 25.587.

(58) Art. 4º de la ley 25.587.

(59) Art. 1º del decreto 1316/02.

(60) FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., *Medidas cautelares. La emergencia pública y algunas cuestiones meramente procesales (acerca del recurso previsto en el art. 195 bis, cód. procesal civil y comercial de la Nación)*, LL, 2002-C-1230.

(61) CNCont.-adm. Fed., sala II, “Proda, Juan C. y otros c. Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, 4-4-01; ídem, sala II, “Sotop S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1570/01 s/amparo ley 16.986”, 14-5-02 y CNFed. La Plata, sala III, “Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. Poder Ejecutivo Nacional”, 11-10-01, Abeledo-Perrot Online, sumario nº 1/64969, entre otros.

(62) CNCont.-adm. Fed., sala II, “Grimberg, Marcelo P. c. Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1570/01 s/amparo ley 16.986”, 25-6-02; ídem, sala II, “Del Caño, Eduardo y otro c. Estado Nacional”, 22-4-03, Abeledo-Perrot Online, sumario nº 70012896, entre otros.

(63) CNCont.-adm. Fed., sala II, “Pose, León J. L. y otro c. Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1570/01 s/amparo ley 16.986”, 15-4-02, entre otros.

(64) CNCont.-adm. Fed., sala II, “Vaccarezza, Osvaldo L. c. Poder Ejecutivo Nacional”, 28-8-02, Abeledo-Perrot, sumario nº 20023086; ídem, sala IV, “Brandan, Martín H. c. Poder Ejecutivo Nacional”, 4-3-03, Abeledo Perrot Online, sumario nº 30002876; ídem, sala IV, “Nadale, Jorge T. c. Estado Nacional”, 6-2-03, entre otros.

(65) Art. 1º de la ley 26.854: “Ámbito de aplicación. Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley”.

(66) Reguladas en el art. 14 de la ley 26.854.

(67) Reguladas en el art. 15 de la ley 26.854.

(44) CARRIÓ, GENARO, *Recurso de amparo...*, cit., pág. 223.

(45) CNCont.-adm. Fed., sala III, “D’Angiuli, Pascual c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Energía y Comunicaciones - decreto 92/97 s/amparo, 18-3-98, SAIJ, sumario nº K0017790; ídem, sala IV, “Álvarez, Carlos c. Estado Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo”, 28-3-94, SAIJ, sumario nº K0007042.

(46) CNCont.-adm. Fed., sala IV, “Assorati, Marta Luisa y otros –incidente. REX e inap.– c. Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1317/96 y otro”, 18-7-97, www.pjn.gov.ar. Allí se sostuvo que “tal efecto suspensivo encuentra justificación en el hecho de que la brevedad de los plazos establecidos en el proceso de amparo para los traslados del dictado de la sentencia y de otras resoluciones, interposición de recursos, elevación de expediente al tribunal de alzada, etc., permite una pronta decisión del tema y puede reducir los eventuales perjuicios que el no cumplimiento de la medida apelada pudiese ocasionar”.

(47) CFed. La Plata, sala IV, “Cipriano, Marcela S. y otro c. Presidente de la UNLP”, 17-3-92.

(48) CFed. La Plata, sala II, “De Crecchio, Lilian Nancy c. Municipalidad de Quilmes y otros s/amparo”, 28-4-09, www.pjn.gov.ar.

(49) CNCont.-adm. Fed., “Estado Nacional - Ministerio de Economía - RQU s/queja”, 23-10-06, causa nº 32.386/06, www.pjn.gov.ar

(50) VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección...*, cit., pág. 142. El autor cita y transcribe parte del precedente “Adecua c. Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1517/98 s/amparo ley 16.986”, en el que se sostuvo que “mientras la norma del art. 43 de la Constitución Nacional otorga la garantía del amparo a toda persona que haya sufrido un daño o una amenaza en un derecho subjetivo o colectivo, con la finalidad de que pueda impedirlo o subsanarlo rápidamente, el dispositivo contemplado en el art. 15 de la ley 16.986 –sin dar al amparista la más mínima intervención– otorgaría a quien es el autor del daño o de la amenaza la posibilidad de neutralizar dicha acción mediante el simple mecanismo de recurrir el pronunciamiento cautelar, funcionando como una verdadera contragarantía, de equivalencia negativa (...) Desde esta perspectiva cabría reputar de inconstitucional, incluso, cualquier norma de rango infraconstitucional que, en el futuro, reprodujera semejante dispositivo, pues no se debe perder de vista que, en definitiva, el art. 28 de la Carta Fundamental remite a la necesidad de que exista un determinado espacio para el efectivo ejercicio de las garantías constitucionales, como condición de validez de las normas reglamentarias. De tal modo, va de suyo entonces que cualquier mecanismo que fulmine de inutilidad a la garantía constitucional sin dar espacio alguno de intervención a los destinatarios de esa misma garantía (salvo que se incurra en la hipocresía de pretender que ese ejercicio queda subsumido en la mera interposición de la acción), no podría resultar válidamente sino del propio texto de la Constitución Nacional en donde se halla consagrada la misma garantía”.

(51) Sancionada el 30-7-01 y publicada en el Boletín Oficial nº 29.700, del 31-7-01.

(52) Art. 14 de la ley 25.453.

(39) CS, “Hughes Tool Company S.A.C.I.F.I. c. Nación Argentina”, 1985, Fallos: 307:178.

(40) Art. 498 del CPCCN: “En los casos en que se promoviere juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones: (...) 6) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo”.

(41) CNCont.-adm. Fed., sala V, “CASSABA s/recurso de queja”, 10-7-2006, LL, 2006-D-386 e IMP 2006-15, pág. 1899.

(42) Art. 15 del decreto ley 16.986/66: “Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido”.

(43) En contra: CARRIÓ, GENARO, *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, págs. 234/235 y 223; GAMBIER, BELTRÁN, *El peligro en la demora en la medida cautelar en el juicio de amparo*, LL, 1997-A-69/70; RIVAS, ADOLFO A., *El amparo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2003, pág. 646; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Acción de amparo*, 4ª ed. ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, págs. 500/502; VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección...*, cit., pág. 140.

pensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º”.

La redacción dada a la norma transcripta nos obliga a analizar separadamente el caso de los recursos dirigidos contra providencias cautelares suspensivas de “actos estatales” del aquellos otros por los que se cuestionan el resto de las medidas precautorias.

Veamos.

3.2.2.1. Recursos dirigidos contra medidas suspensivas de un “acto estatal”

Detengámonos en el análisis del precepto transcripto.

a) ¿Qué debe entenderse por “acto estatal”?

Como surge de la norma transcripta, la única medida cautelar cuya recurribilidad fue especialmente regulada en la ley 26.854 es la suspensiva de los efectos de un “acto estatal”.

Si bien el precepto no define tan vago término, de sus disposiciones se advierte que se le asigna tal carácter a la ley, al reglamento y al acto tanto de alcance general como particular⁽⁶⁸⁾. Por ello, atendiendo al ámbito de aplicación de la ley 26.854, que se limita a regular las pretensiones cautelares dirigidas contra las actuaciones u omisiones del Estado Nacional o de sus entes descentralizados⁽⁶⁹⁾ –con independencia de que se encuentren regidas, o no, por el derecho administrativo–, debemos entonces concluir en que a los efectos del art. 13 de la ley debe entenderse por “acto estatal” a toda ley emanada del Congreso de la Nación y a todo reglamento y acto dictados por cualquier órgano del Estado Nacional o de sus entes descentralizados. La suspensión cautelar de cualquiera de estas normas se encuentra regida por el art. 13 de la ley 26.854.

Desde ya que ello no significa que las medidas cautelares que pudieran disponerse respecto de la restante actividad del Estado Nacional –por ejemplo, respecto de un contrato administrativo– no se encuentren regidas por la ley 26.854 sino, más bien, que lo atinente a la suspensión cautelar de sus efectos deberá continuarse rigiéndose analógicamente por las disposiciones del CPCCN.

b) La suspensión cautelar de un “acto estatal” es recurrible por reposición o apelación

Tal como se advierte, la nueva norma no altera los recursos que, ya con anterioridad a su sanción –o sea, cuando era de aplicación analógica el CPCCN–, eran susceptibles de ser incoados en contra de una providencia cautelar suspensiva de las disposiciones de una ley, un reglamento o un acto administrativo. Al igual que antes, bajo el nuevo régimen ésta puede ser cuestionada a través del recurso de reposición y por el de apelación, ya sea subsidiario o directo.

Ante el silencio legal y en virtud de la remisión contenida en el art. 18 de la ley 26.854⁽⁷⁰⁾, entendemos que todo lo referido al plazo, forma de deducción y trámite de esos recursos se rige por las disposiciones contenidas en el CPCCN.

Ahora bien, la innovación en cuanto a los recursos deducibles contra una providencia cautelar viene dada por la ley 26.853⁽⁷¹⁾ –de creación de las cámaras de casación–, por la cual fue creado el recurso de casación, susceptible de ser deducido, entre otras resoluciones judiciales, contra aquellas “que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública”. De acuerdo con lo allí establecido, el recurso debe ser incoado, dentro de los diez días desde la notificación de la medida cautelar, ante el tribunal que la dictó. Concedido el recurso por este último –según se lo dispone expresamente, con efecto suspensivo– el recurso de casación debe ser resuelto por la pertinente Cámara Federal de Casación.

(68) Art. 13 de la ley 26.854: “Suspensión de los efectos de un acto estatal. 1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos...”.

(69) Art. 1º de la ley 26.854: “Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley”.

(70) Art. 18 de la ley 26.854: “Aplicación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados, o a las solicitadas por éstos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

(71) Art. 11 de la ley 26.853.

c) El efecto suspensivo del recurso de apelación previsto en el art. 13, pto. 3, párr. 2º, de la ley 26.854. Particularidades y límites

La cuestión vinculada con el efecto, suspensivo o devolutivo, de los recursos dirigidos contra las providencias cautelares suspensivas se encuentra regulada en el segundo párrafo del pto. 3 del art. 13 de la ley 26.854. Allí se establece que “el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico tendrá efectos suspensivos, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º”.

En cuanto al recurso de reposición, la norma no se refiere al efecto suspensivo o no de su deducción. Por ello, en virtud de la remisión supletoria al CPCCN contenida en el art. 18, debe entenderse que su articulación no tiene efecto suspensivo.

Distinto es el caso del recurso de apelación, al que, bajo las condiciones que explicaremos enseguida, la norma le asigna efecto suspensivo de la medida precautoria apelada.

De lo establecido en ella pareciera inferirse que el mentado efecto suspensivo es asignado –más que a la concesión, como suelen disponer las leyes que prevén similar efecto⁽⁷²⁾– a la mera deducción del recurso de apelación. En efecto, se dispone allí que “el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar (...) tendrá efecto suspensivo”. Ello reviste particular gravedad, pues una vez trabada la medida cautelar y, por ende, suspendidos los efectos de la norma cuestionada, tal suspensión precautoria dejará de regir –y, por ende, aquélla volverá a producir sus efectos propios– con la simple presentación por el Estado del escrito en el que manifieste su voluntad de apelar la providencia cautelar. Repárese en que, al tratarse de la apelación de una medida precautoria, ella debe ser efectuada en relación⁽⁷³⁾, por lo que el efecto suspensivo previsto en la ley tendrá lugar con la simple articulación del recurso por el Estado e incluso antes de que tenga lugar su concesión, la contestación del memorial y la elevación del expediente a la cámara de apelaciones.

Un tema de interés radica en determinar los casos en los cuales tiene lugar el efecto suspensivo de la apelación previsto en la norma. Más allá de sus confusos términos –que pueden inducir a la errónea creencia de que éste es atribuido a la apelación de una providencia cautelar suspensiva de cualquier acto estatal–, creemos que el efecto suspensivo allí regulado encuentra tres claros límites, a saber: (i) no rige cuando aquello que se apela es la suspensión cautelar de un acto estatal dictado en ejercicio de función administrativa; tan sólo, ante la suspensión de disposiciones de jerarquía legislativa; (ii) tampoco rige cuando se encuentran en juego sectores socialmente vulnerables, la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o el medio ambiente y (iii) aun cuando el efecto suspensivo resultara aplicable, debe ser declarado inconstitucional si dicha aplicación pusiera en riesgo la efectividad de la tutela judicial en el caso concreto.

Analicemos por separado cada uno de estos límites.

(i) Primer límite: el efecto devolutivo no rige ante la apelación de la suspensión cautelar de actos emitidos en ejercicio de función administrativa; tan sólo ante la de disposiciones de jerarquía legislativa

En la norma transcripta se dispone el efecto suspensivo del recurso de apelación dirigido contra la providencia cautelar suspensiva, total o parcialmente, de los efectos de una “disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico”.

No obstante la novedad del precepto y el consiguiente escaso análisis del que ha sido objeto, ya han sido verdaderas opiniones encontradas en torno a si el efecto suspensivo allí asignado a la apelación rige ante la suspensión de los efectos de cualquier “acto estatal” –incluso los de un acto administrativo de alcance individual⁽⁷⁴⁾– o, tan sólo, ante

(72) Por ejemplo, en el art. 15 del decreto ley 16.986 se dispone que “el recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas”.

(73) Art. 243 del CPCCN, aplicable en función de lo dispuesto en el art. 18 de la ley 26.854.

(74) SALGÁN RUIZ, LEANDRO G., *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26.854*, JA, 2013-II. El autor señala, con referencia a la norma bajo análisis, que “hoy el efecto suspensivo se extiende incluso a la medida suspensiva de los efectos del acto administrativo de alcance general y particular”.

la suspensión de los efectos de una norma de rango legislativo⁽⁷⁵⁾.

Por nuestra parte, creemos que la vaguedad del precepto debe ser atribuida principalmente a la utilización del término “disposición legal”, que, al ser susceptible de ser interpretado en un sentido material o formal⁽⁷⁶⁾, puede dar lugar a posturas que pongan en mayor o menor alcance del efecto suspensivo allí previsto⁽⁷⁷⁾. De todos modos, una hermenéutica de la ley ajustada al sentido de sus términos, a la voluntad del legislador y a los fines que informan su texto⁽⁷⁸⁾ permite advertir que la frase “una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico” sólo cobra pleno sentido si la “disposición legal” a la que se hace referencia es la contenida en una ley formal. En tal caso la alusión al “reglamento del mismo rango jerárquico” tiene la finalidad de incluir, entre los supuestos abarcados por la norma, también a aquellos en los que la medida cautelar atacada hubiera dispuesto la suspensión de la disposición contenida en un reglamento de necesidad y urgencia o delegado.

En virtud de esto último coincidimos en que el efecto suspensivo que se le asigna al recurso de apelación en el art. 13, pto. 3, párr. 2º, de la ley 26.854 sólo tiene lugar cuando la suspensión precautoria hubiera sido dispuesta respecto de una norma de rango no inferior a ley formal; es decir, cuando la norma suspendida cautelarmente estuviera contenida en una ley emanada del Congreso Nacional de acuerdo con el procedimiento constitucional de sanción y promulgación de las leyes o en un reglamento de necesidad y urgencia⁽⁷⁹⁾ o delegado⁽⁸⁰⁾. En cambio, dicho efecto suspensivo no regirá cuando se suspendiera precautoriamente cualquier acto estatal dictado en ejercicio de la función administrativa, como ser, por caso, un reglamento autónomo o ejecutivo o un acto administrativo de alcance general no normativo o de alcance individual. Tampoco regirá dicho efecto suspensivo cuando se suspendan cautelarmente los efectos de un acto dictado por la Administración en ejercicio de función materialmente jurisdiccional; o sea, del denominado “acto jurisdiccional” de la Administración. En todos estos casos, creemos que ante el silencio legal y en virtud de la remisión contenida en el art. 18 son de aplicación las disposiciones contenidas en el CPCCN y, por ende, el recurso de apelación debe ser deducido y concedido con efecto devolutivo.

La hermenéutica que se propone es la que mejor resguarda la ya citada garantía de tutela judicial efectiva⁽⁸¹⁾

(75) CASSAGNE, EZEQUIEL, *El plazo...*, cit., sostiene que en la ley se prevé “el otorgamiento de efectos suspensivos a la apelación de las medidas cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados”; POZO GOWLAND, HÉCTOR - ZUBIAURRE, RAMÓN, *La suspensión...*, cit. Sostienen los autores que quedan “fuera del efecto suspensivo el resto de las medidas cautelares previstas en la ley (medidas de no innovar y medidas positivas), e incluso las cautelares que suspendan los efectos de actos administrativos de alcance particular”.

(76) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 13ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pág. 58. El autor explica lúcidamente que “desde un punto de vista material o sustancial, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no sólo son leyes las que dicta el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales y los edictos policiales. Desde un punto de vista formal, se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional”.

(77) De interpretarse el término “disposición legal” en su sentido formal el efecto suspensivo que se le atribuye a la apelación sólo tendría lugar ante la suspensión cautelar de las disposiciones de una ley emanada del Poder Legislativo con arreglo al procedimiento constitucional de sanción y promulgación de las leyes. En cambio, de interpretárselo en sentido material dicho efecto suspensivo procedería ante la apelación de toda medida cautelar por la cual se hubieran suspendido las disposiciones contenidas en una ley formal, en un reglamento o en un acto administrativo de alcance general.

(78) CS, Fallos: 311:2751; 312:2711; 330:2932; entre muchos otros. En todos ellos el Máximo Tribunal sostuvo: “Es misión del intérprete de la ley indagar su verdadero alcance y sentido mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, atendiendo siempre a los fines que informan al texto legislativo y prefiriendo la interpretación que los favorezca y no aquélla que los dificulte”.

(79) Dictado en los términos del art. 99, inc. 3º, de la CN.

(80) Dictado en los términos del art. 76 de la CN.

(81) CIDH, Informe 105/99, caso 10.194, del 29-9-99. Allí la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el resguardo del principio de tutela judicial efectiva exige que la tarea de hermenéutica sea efectuada en el sentido más favorable al acceso a los tribunales por parte del sujeto afectado e impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Por ello –se agregó– las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el examen de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione* hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

—pues permite interpretar restrictivamente los supuestos en los que la norma atribuye efecto suspensivo a la apelación de la providencia cautelar—, así como también la finalidad propia de las medidas precautorias, propósito que el propio Poder Ejecutivo sostuvo perseguir en ocasión de elevar el proyecto de ley al Poder Ejecutivo⁽⁸²⁾.

(ii) Segundo límite: el efecto devolutivo no rige cuando se encuentran en juego sectores socialmente vulnerables, la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o el medio ambiente

En el párr. 2° del pto. 3 del art. 13 de la ley 26.854 se dispone que el efecto suspensivo allí otorgado al recurso de apelación no rige cuando “se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2°, inc. 2°”.

De modo que, por expresa indicación legal, aun cuando por medio de la providencia cautelar apelada se hubieran suspendido los efectos de disposiciones contenidas en una ley formal o en un reglamento de necesidad y urgencia o delegado, dicho remedio debe ser concedido con efectos devolutivos —o sea, no suspensivos— cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria” o “cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”.

(iii) Tercer límite: inconstitucionalidad del efecto devolutivo cuando pusiere en riesgo la efectividad de la tutela judicial en el caso concreto. Oportunidad para su planteo y declaración

Únicamente si tras la delimitación planteada el efecto suspensivo previsto en la ley alcanzara de todos modos al caso en cuestión⁽⁸³⁾, el tribunal —en ejercicio de su rol de garante de los derechos en juego— deberá analizar las consecuencias de tal aplicación y, en función de ello, decidir sobre su constitucionalidad.

Creemos que de acuerdo con el criterio actualmente seguido por la mayoría de la Corte Suprema dicho examen de constitucionalidad puede ser efectuado no sólo a instancia del parte —en este caso, a pedido del beneficiario de la medida cautelar—, sino también de oficio por el tribunal⁽⁸⁴⁾.

Ahora bien, ¿en qué oportunidad debe formularse el planteo de inconstitucionalidad y, en su caso, ser ella declarada por el tribunal? En este punto debe tenerse presente que, como vimos más arriba, el efecto suspensivo asignado a la apelación en el art. 13, pto. 3, párr. 2°, de la ley 26.854 se produce con la mera interposición del recurso de apelación, motivo por el cual la formulación del planteo o eventual declaración de inconstitucionalidad con posterioridad a que dicha deducción —por ejemplo, al contestarse el memorial o al concederse el recurso, respectivamente— podría resultar tardío y tornar abstracta la protección cautelar⁽⁸⁵⁾. De allí que, a nuestro criterio, la inconstitucionalidad del efecto suspensivo debería ser planteada al solicitarse el dictado de la medida cautelar y, en su caso, declarada judicialmente en la propia providencia cautelar, pues sólo así podría evitarse que sus efectos se vean suspendidos con la mera interposición del recurso.

Creemos que el test de constitucionalidad exige analizar la gravitación del efecto suspensivo en el concreto caso que se analiza, o sea, si su aplicación puede o no tener la virtualidad de frustrar el concreto derecho del actor. Este análisis debe ser realizado atendiendo a las particulari-

(82) En efecto, en la nota de elevación del proyecto de ley al Congreso Nacional el Poder Ejecutivo sostuvo que con él se perseguía resguardar el “principio de idoneidad de la pretensión cautelar (...) que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso”.

(83) Pues, como tiene dicho la Corte Suprema, “la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar” (Fallos: 319:3148; 321:441; 324:920 y 3345; 326:3024; 327:5723; 328:1416 y 2567; 330:2981 y 5032; 331:2068; 333:447; entre muchos otros).

(84) CS, Fallos: 324:3216; 327:3117 y 5723; 328:2056; 333:1657 y “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27-11-12, R. 401. XLIII.

(85) En efecto, adviértase que, por tratarse de la apelación de una medida precautoria, ella debe tener lugar en relación, de manera que tras su deducción tendrá lugar la presentación del memorial, su contestación por el beneficiario de la medida, la elevación del expediente a la cámara de apelaciones y, finalmente, la resolución del recurso. Sin duda la vigencia del efecto suspensivo durante este prolongado lapso —que puede ser de varios meses— es susceptible de tornarla abstracta.

dades de cada caso, pues al no existir dos causas exactamente idénticas —siempre habrá, por lo menos, un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso⁽⁸⁶⁾— el efecto suspensivo previsto en la ley puede gravitar con diversa intensidad en unas y otras.

Sin duda, una de las principales variables que deben ser tenidas en cuenta en dicho análisis es el tiempo que puede insumir la resolución del recurso de apelación, lapso que en la práctica suele ser, al menos, de varios meses. Tampoco deberá el tribunal pasar por alto que, aun en la hipótesis en que la cautelar fuere confirmada y suponiendo que para entonces no se hubiera aún consumado perjuicio alguno, sus efectos se verán nuevamente suspendidos ante la deducción por el Estado del recurso de casación regulado en la nueva ley 26.853⁽⁸⁷⁾. Si se repara en que, tratándose por ejemplo de una causa en lo contencioso administrativo, el recurso de casación deberá ser resuelto por la flamante Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal —que con tan sólo siete miembros⁽⁸⁸⁾ deberá abocarse a la revisión de las sentencias dictadas por las cinco salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y por las cámaras federales del interior del país en causas contencioso administrativas federales⁽⁸⁹⁾—, puede razonablemente concluirse que, de otorgarse a la apelación efecto suspensivo, transcurrirán algunos años antes de que la cautelar en cuestión comience a producir efectos.

De todos modos, no debe perderse de vista que el análisis referido habrá de ser efectuado por el mismo tribunal que, al dictar dicha cautelar suspensiva, entendió que existía peligro en la demora suficiente como para justificar su dictado. De allí que pareciera que los casos en los que la norma supere el citado test de razonabilidad y legalidad serán verdaderamente excepcionales.

Un análisis como el que se propone fue efectuado por tribunales cuando, al tratar las apelaciones dirigidas contra las providencias cautelares suspensivas de la ley 26.855 —de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación—, declararon la inconstitucionalidad del efecto suspensivo previsto en la norma que nos ocupa sosteniendo, básicamente, que perturbaba elípticamente y hasta neutralizaba la función del juez como órgano de control de constitucionalidad protector de los derechos de los ciudadanos ante eventuales arbitrariedades del poder, con la consiguiente afectación al principio de separación y distribución de poderes⁽⁹⁰⁾. También se señaló que la eventual aplicación del innovador efecto suspensivo iba a implicar privar de contenido y/o virtualidad jurídica la decisión adoptada⁽⁹¹⁾.

3.2.2.2. Recursos dirigidos contra medidas cautelares diversas a la suspensión de los efectos de un acto estatal

Tal como lo hemos visto, en la ley 26.854 únicamente se legisla sobre la recurribilidad de las providencias cautelares suspensivas de un “acto estatal”. No se hace lo propio, en cambio, con las restantes medidas precautorias previstas en el nuevo régimen; a saber, la medida cautelar positiva⁽⁹²⁾, la de no innovar⁽⁹³⁾, las solicitadas por el

(86) CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, págs. 32-33.

(87) Art. 288 de la ley 26.853: “Las sentencias definitivas, o equiparables, dictadas por la Cámara de Apelación, serán susceptibles de recurso de casación. El recurso de casación será admisible contra las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso-administrativa”.

Art. 290 de la ley 26.853: “El recurso de casación se deberá interponer por escrito, fundado con arreglo a las causales previstas en el artículo anterior, ante el tribunal que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la misma (...) La concesión del recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia”.

(88) Art. 5° de la ley 26.853: “Las Cámaras creadas por esta ley se integran con siete (7) miembros y funcionarán divididas en dos (2) salas de tres (3) miembros. La presidencia del tribunal será ejercida por el miembro restante”.

(89) Art. 2° de la ley 26.853: “La Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal conocerá los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y por las demás Cámaras Federales de Apelación del país en causas contencioso administrativas federales”.

(90) Juzgado Fed. Cont. Adm. N° 10, “Será Justicia —inc. med.— c. Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— ley 26.855 s/proceso de conocimiento”, 12-6-13, publicado en www.cij.gov.ar.

(91) Ídem.

(92) Art. 14 de la ley 26.854.

(93) Art. 15 de la ley 26.854.

Estado⁽⁹⁴⁾ o, en definitiva, aquéllas que pudieran ser emitidas por la aplicación supletoria del CPCCN dispuesta en el art. 18 de la ley.

Ante este vacío legal y por aplicación de esta última remisión, creemos que lo atinente a la impugnación de estas medidas cautelares debe continuar rigiéndose por las pertinentes disposiciones del CPCCN. Por ello, como vimos, estas medidas precautorias serán recurribles mediante los recursos de reposición o apelación, este último subsidiario o directo.

En cuanto al efecto de estos recursos, hemos visto que, como regla, bajo el régimen del CPCCN ni su interposición ni su concesión tiene efecto suspensivo sino, antes bien, devolutivo. Excepcionalmente, cuando en el marco de un proceso sumarísimo el tribunal advirtiera que el cumplimiento de la medida precautoria apelada pudiera ocasionar un perjuicio irreparable —circunstancia que deberá ser debidamente fundada, desde ya—, podría entonces apartarse de aquella y atribuirle al recurso de apelación efecto suspensivo.

4 Conclusiones

En virtud de lo dicho hasta aquí entendemos:

a) Que la garantía de tutela judicial efectiva, de rango constitucional, comprende el derecho a obtener la ejecución de la eventual sentencia estimatoria que pudiese obtenerse. De allí que las medidas cautelares —cuya finalidad es, precisamente, garantizar el cumplimiento de un hipotético pronunciamiento favorable— revisten un papel fundamental en la protección de tal garantía constitucional.

b) Que teniendo en cuenta lo dicho, cualquier mecanismo que tenga la virtualidad de revertir o dejar sin efecto en el caso concreto dicha protección cautelar —como podría ser, por caso, la suspensión de sus efectos con motivo de la apelación deducida— es contraria a aquella garantía constitucional.

c) Que las disposiciones que regulan el tema bajo estudio en el derecho provincial y de la Ciudad de Buenos Aires atribuyen, con matices, efecto devolutivo al recurso de apelación dirigido contra la providencia cautelar dictada en contra de una autoridad pública.

d) Que en lo que hace al ámbito federal, con anterioridad a la sanción de la ley 26.854 lo referido a los efectos de los recursos dirigidos contra una providencia cautelar se encontraba regulado analógicamente por las disposiciones del CPCCN que, como regla, atribuye efecto devolutivo —o sea, no suspensivo— a la concesión de los recursos de reposición y apelación. Excepcionalmente, cuando en el marco de un proceso sumarísimo el tribunal advirtiera que el cumplimiento de la medida apelada podía ocasionar un perjuicio irreparable, podía entonces apartarse de aquel principio y atribuir al recurso de apelación efecto suspensivo.

Por su parte, si bien en el decreto ley 16.986/66 —regulador de la acción de amparo a nivel nacional— se establece que el recurso de apelación dirigido contra la providencia que acoge una medida cautelar debe concederse “con ambos efectos” —o sea, con efecto suspensivo— dicho precepto fue criticado por la doctrina y descalificado por algunos tribunales por ser contrario a la garantía de tutela judicial efectiva.

e) Que en la flamante ley 26.854 la cuestión referida a la recurribilidad de las medidas cautelares —y, más precisamente, a los efectos de los recursos— sólo se encuentra prevista, en su art. 13, respecto de las medidas suspensivas de un “acto estatal”. De allí que para el análisis del punto bajo estudio deba distinguirse entre la impugnación judicial de medidas suspensivas de un “acto estatal” y la de las restantes medidas cautelares.

f) Que la recurribilidad de las medidas cautelares suspensivas de un “acto estatal” se encuentra regulada en el art. 13 de la ley 26.854 y se caracteriza por las siguientes notas:

(i) Debe entenderse por “acto estatal” a la ley emanada del Congreso Nacional de acuerdo con el procedimiento constitucional para la sanción y promulgación de las leyes y al reglamento o acto dictados por los órganos del Estado Nacional o de sus entes descentralizados.

(94) Salvo, claro está, que se tratara de una medida cautelar suspensiva de un acto estatal —o sea, propio—, en cuyo caso su recurribilidad se regiría de acuerdo con las disposiciones del ya analizado art. 13 de la ley 26.854.

(ii) La medida cautelar suspensiva del “acto estatal” es recurrible mediante los recursos de reposición y apelación.

(iii) En el art. 13, pto. 3, párr. 2º, de la ley 26.854 se asigna efecto suspensivo a la mera interposición del recurso de apelación dirigido contra las providencias cautelares allí indicadas.

(iv) Dicho efecto devolutivo no rige para todos los casos en los que es apelada una medida cautelar suspensiva de un “acto estatal”. Antes bien, el efecto suspensivo tiene tres límites claros:

– Primer límite: el efecto suspensivo no rige cuando se apela la suspensión cautelar de un “acto estatal” dictado en ejercicio de la función administrativa, como ser, por caso, un reglamento autónomo o ejecutivo, un acto administrativo de alcance general no normativo o uno de alcance individual. Tampoco rige cuando se suspendan cautelarmente los efectos de un acto dictado por la Administración en ejercicio de función materialmente jurisdiccional; o sea, del denominado “acto jurisdiccional” de la Administración.

Por ende, el efecto suspensivo regulado en la ley rige tan sólo ante la apelación de la suspensión cautelar de una “disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico”, o sea, de la disposición contenida en una ley del Congreso de la Nación dictada de acuerdo con el procedimiento constitucional de sanción y promulgación de las leyes o en un reglamento de necesidad y urgencia o delegado.

En los restantes casos, ante el silencio legal y en virtud de la tantas veces citada remisión contenida en el art. 18, son de aplicación las disposiciones del CPCCN, por lo que el recurso de apelación debe ser concedido con efecto devolutivo.

– Segundo límite: tampoco rige el efecto suspensivo cuando la providencia cautelar apelada tiende a la protección de sectores socialmente vulnerables, de la vida digna, de la salud, de un derecho de naturaleza alimentaria o del medio ambiente.

– Tercer límite: aun cuando resulte aplicable, el efecto suspensivo que le asigna al recurso de apelación en el art. 13, pto. 3º, de la ley 26.854 debe ser declarado inconstitucional si, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, el juez concluyera que su aplicación podría poner en riesgo la efectividad de la tutela judicial.

La inconstitucionalidad del efecto suspensivo debería ser planteada al solicitarse el dictado de la medida cautelar y, en su caso, declarada judicialmente en la propia providencia cautelar, pues sólo así podría evitarse que sus efectos sean suspendidos con la mera interposición del recurso.

g) Que en cuanto a las restantes medidas cautelares susceptibles de ser dictadas en el marco del proceso en que es parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados —a saber, la positiva, la de no innovar, las solicitadas por el Estado o, en definitiva, cualquier otra que pudiera ser emitida en virtud de la supletoria aplicación del CPCCN—, ante el silencio de la ley 26.854 y en virtud de la remisión contenida en su art. 18, todo lo atinente a su impugnación debe continuar rigiéndose por las pertinentes disposiciones del CPCCN. De allí que, como regla y con las salvedades expuestas más arriba, ni el recurso de reposición ni el de apelación dirigidos contra tales providencias cautelares tendrán efecto suspensivo de la medida cuestionada.

VOCES: PODER JUDICIAL - LEY - PODER LEGISLATIVO - MEDIDAS CAUTELARES - MEDIDAS PRECAUTORIAS - PROCESO - CÓDIGOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - AMPARO - DERECHO ADMINISTRATIVO - ESTADO

JURISPRUDENCIA

Contratos Administrativos:

Rescisión: caso fortuito o fuerza mayor; contratista; indemnización; gastos improductivos.

1 – La interpretación del último párrafo del art. 54 de la ley 13.064, que excluye la posibilidad de reclamo de los gastos improductivos que el contratista probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato, cuando ésta hubiera obedecido a razones de caso fortuito o fuerza mayor, no puede ser extendido a aquellos gastos improductivos experimentados con anterioridad pues, en lo que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor, el art. 39 de la ley 13.064 —que rige durante toda la relación contractual antes de su rescisión— pone a cargo de la Administración Pública, frente al acaecimiento de tales circunstancias excepcionales, los daños y

perjuicios ocasionados al contratista (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo).

2 – Cabe admitir que se liquide a favor del contratista una indemnización del daño emergente que comprenda los gastos improductivos en los que hubiera incurrido antes de la rescisión contractual, cuando ésta obedeció a razones de caso fortuito o fuerza mayor pues, aun en tal supuesto, el decreto 1105/89, reglamentario de la ley 23.696, reconoció al contratista la posibilidad expresa de reclamar créditos originados con anterioridad a la rescisión sin haber excluido los gastos improductivos (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo). R.C.

800 – CS, mayo 14-2013. – Benito Roggio e Hijos S.A. y otro c. EN - Agua y Energía Eléctrica S.E. s/contrato obra pública (B.865.XLVI).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 535/538, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda por reconocimiento de gastos improductivos del contrato de obra pública que vinculó a las partes y dispuso que la suma por la que prosperó el reclamo está consolidada en los términos de las leyes 23.982 y 25.344.

Para resolver de ese modo, en lo que ahora resulta de interés, la cámara recordó que en la instancia anterior se había rechazado la demanda de las empresas Benito Roggio e Hijos S.A. y Tecsá S.A. contra el Estado Nacional, tendiente a obtener la declaración de nulidad de los actos que habían desestimado los reclamos por reconocimientos de los gastos improductivos experimentados con motivo de la paralización de las obras del Contrato n° 773, celebrado el 2 de marzo de 1989, como resultado de la Licitación Pública n° 128/88, convocada por la empresa Agua y Energía Eléctrica, Sociedad del Estado, para la ejecución de los trabajos de “Replanteo planialtimétrico, provisión parcial de materiales y puesta en servicios de la Línea de Alta Tensión, correspondiente al Tramo I entre las estaciones transformadoras Güemes y Cevil Pozo, de la Línea de Transmisión en 132 Kv” y el consiguiente pago de aquellos gastos devengados entre marzo de 1989 y septiembre de 1990.

Tras relatar los antecedentes de la causa y las posiciones de las partes en el litigio, el *a quo* señaló que, en el régimen de excepción que establecieron los arts. 48 y 49 de la ley 23.696, se autorizó a la Administración a declarar la rescisión del contrato por razones de emergencia, con los efectos propios de la extinción del caso fortuito o de la fuerza mayor y, alternativamente, se facultó a las partes a recomponer el contrato sobre la base del principio del “sacrificio compartido”, dentro del cual se previó como requisito la renuncia de la contratista a su derecho a percibir los gastos improductivos, entre otros, derivados de la paralización o reducción del ritmo de obra, devengados entre el 1º de marzo de 1989 y la finalización del estado de emergencia (decreto 1605/90).

Según la cámara, estas previsiones modificaron, con carácter excepcional, el principio general del art. 39 de la ley 13.064, pero en ninguna disposición de la ley 23.696 se estableció que, en caso de extinción del contrato por fuerza mayor, estuviera excluida la posibilidad de reconocer los daños experimentados por el contratista con anterioridad a la finalización del contrato. Sostuvo, también, que el capítulo VI, ap. c), punto III, del decreto 1105/89 no excluye necesariamente la compensación de los daños emergentes de la suspensión o paralización de la obra y, en tal sentido, consideró que no es posible extender mecánicamente las previsiones de los arts. 53, inc. d), y 54, inc. e), de la ley 13.064 a los gastos improductivos experimentados antes de la rescisión. Además razonó que, si las partes comenzaron a renegociar el contrato en los términos del art. 49 de la ley 23.696 —es decir con la renuncia de la contratista a percibir los gastos improductivos como un requisito para llegar al acuerdo— pero finalmente no lo lograron, entonces no se puede concluir en que la contratista hubiera efectivamente renunciado al derecho sobre tales conceptos, ni que su pago hubiera quedado definitivamente preterido en virtud de la rescisión. Igualmente caben, dijo, para la previsión del ap. 4.5. de las Bases Generales de Licitación y Contratación.

Sobre tales bases conceptuales, al *a quo* consideró que no estaba controvertida la circunstancia de que los gastos improductivos que surgen del informe pericial de fs. 283/314 se corresponden con las erogaciones efectivamente efectuadas por los conceptos indicados, ni que ellos guardaban razonable relación con el precio total de los trabajos contratados y, por lo tanto, resolvió que correspon-

día distribuir equitativamente el valor estimado entre las dos partes, por entender que no es razonable que solamente una de ellas asuma de manera exclusiva las pérdidas originadas en estas circunstancias y no discutidas. De todas formas, tal como se relató, dispuso que la suma reconocida esté incluida en el régimen de consolidación de las leyes 23.982 y 25.344.

II. Disconforme con esta decisión, el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) dedujo el recurso extraordinario obrante a fs. 545/564, que fue concedido únicamente en cuanto a la cuestión federal involucrada en la causa y denegado respecto de la arbitrariedad imputada al fallo (fs. 584), sin que se planteara queja alguna al respecto.

Sostiene, en sustancial síntesis, que la sentencia resuelve el litigio apartándose de los arts. 48 y 49 de la ley 23.696 y de su decreto reglamentario 1105/89, que no prevén el pago de gastos improductivos cuando la rescisión del contrato se produzca por razones de caso fortuito o fuerza mayor. En tal sentido, señala que estas disposiciones contemplan el pago de ciertos rubros, pero nada dicen sobre los gastos improductivos, precisamente porque en forma clara se excluye su reconocimiento en virtud de la rescisión y la misma interpretación se debe realizar con los gastos improductivos devengados hasta el momento de la rescisión, porque ello no está reconocido ni contemplado por el art. 54 de la ley 13.064, ni por el decreto 3772/64 (modificado por el art. 4º, del decreto 2347/76, reglamentario del art. 5º de la ley 12.910).

III. El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se ha puesto en tela de juicio la validez e inteligencia de normas federales (art. 48 de la ley 23.696 y ley 13.064) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Cabe recordar que, al encontrarse controvertido el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 328:1740; 329:3577; 330:3836 y 4713, entre muchos otros).

Asimismo, toda vez que el recurso ha sido concedido únicamente en lo atinente a la interpretación de normas federales y rechazado con relación a la arbitrariedad endilgada a la sentencia, sin que se haya deducido la pertinente queja, la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta sólo en la medida en que la otorgó el tribunal de la instancia anterior (doctrina de Fallos: 322:2926; 327:4201, entre muchos otros).

Ello impide considerar los agravios planteados en torno a la resolución que el *a quo* le otorgó a las cuestiones fácticas sobre la evaluación que efectuó de la prueba que se produjo en la causa. En este aspecto, queda excluido de revisión en esta instancia todo lo concerniente a los gastos acreditados, así como su monto, y la conducta de las partes en el pleito. También, y por los mismos motivos, no corresponde examinar los agravios que se vinculan con la arbitrariedad que se le endilga a la sentencia.

IV. Sentado lo anterior, el *thema decidendi* consiste en determinar si la rescisión contractual con los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor que prevé el art. 48 de la ley 23.696 excluye el reconocimiento de los gastos improductivos experimentados antes de la rescisión —tal como sostiene el recurrente— o, si por el contrario, al remitir a las disposiciones de los arts. 53 y 54 de la ley 13.064, aquella previsión normativa solo descarta el pago de tales gastos cuando sean consecuencia de la rescisión, como alega la actora y lo reconoció la cámara en la sentencia apelada.

En primer término, cabe reseñar las normas aplicables al *sub lite*.

La ley 23.696 declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, por un determinado plazo (art. 1º).

Por el art. 48 se facultó al ministro que fuere competente en razón de la materia a declarar la rescisión de todos los contratos de obra y de consultoría celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley por el sector público descrito en el art. 1º de la ley por razones de emergencia y estableció que ellas constituyen causales de fuerza mayor, según el régimen previsto en los arts. 54 de la ley 13.064 y 5º de la ley 12.910.