

SAFI, Leandro K., "Tipología de las medidas cautelares en el contencioso administrativo", trabajo publicado en AAVV, "Aportes para una justicia más transparente", Dir. Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, año 2009.

TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES **EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Autor: Leandro K. Safi.

Sumario: I- Introducción; II- Evolución del régimen. III- Distintos tipos de tutela; IV- Características de las cautelares; V- Variantes tipológicas; VI- Conclusiones.

I- Introducción.

Debido a la notable evolución que la temática cautelar ha tenido en el campo del derecho procesal en general y del contencioso administrativo en particular en respuesta a la insatisfacción que genera la lentitud del servicio de justicia, pareciera haber quedado poco margen para la invención en la materia. En cambio creemos que dentro de este dilatado universo resulta necesario rescatar algunas pautas ordenadoras que sirvan para tipificar debidamente los institutos que lo componen, así como para diferenciar las distintas modalidades de tutela.

Con tal rumbo en esta ponencia nos proponemos actualizar algunos conceptos y características que ayuden a identificar las distintas variantes del funcionamiento cautelar, permitiendo su deslinde respecto de otras formas de actividad procesal y jurisdiccional. El objetivo final de la propuesta sería el de sugerir algunas conclusiones que sirvieran para despejar la ambigüedad y promiscuidad de trato que se observa en el manejo práctico de estas modalidades de tutela, que no siempre son canjeables ni comparten las mismas condiciones para su otorgamiento.

A tal efecto estimamos necesario comenzar por explicar cómo se desarrolló el régimen cautelar en el proceso contencioso administrativo, cuáles son los distintos tipos de tutela que resultan posibles en dicho régimen, cuáles las características que tipifican a las tutelas cautelares (cuya presencia sigue siendo exigible a pesar de la evolución existente, en tanto sirven para distinguirlas), y finalmente cuáles son las distintas modalidades de tutela que pueden obtenerse a través de la vía cautelar, tratando de establecer con ello una tipología a su respecto.

II- Evolución del régimen.

Entre los múltiples institutos procesales, el de las medidas cautelares ha sido el que atravesó una de las mayores evoluciones en los últimos tiempos.

Dicho avance en pocas líneas implica lo siguiente: i- que el régimen cautelar halla fundamento constitucional en el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, brindándose con ello cobertura eminente al ámbito de todo proceso¹; ii- que dicha modalidad de tutela ya no es vista como una postulación inusual, sino como garantía de eficacia del servicio de justicia, iii- que la cautelar ya no se reduce a la tradicional conservación de bienes para el momento de la sentencia, sino que excepcionalmente puede llegar a tener más intensidad anticipando los efectos que corresponden a ésta².

Y particularmente en el marco del proceso contencioso administrativo la tutela cautelar ha tenido una evolución que va en consonancia con ello.

En el ámbito Nacional el régimen cautelar del proceso administrativo estuvo ligado desde siempre al del CPCC., aplicable en la materia, de allí que tradicionalmente haya seguido los avances permitidos en el tema por este cuerpo³. En cambio en la Provincia de Buenos Aires el enjuiciamiento de la autoridad demandada estuvo históricamente reglado por un código procesal contencioso administrativo (CPCA.) diverso e independiente al código procesal civil y comercial (CPCC.), circunstancia que se tradujo en un desdoblamiento del régimen cautelar.

1) Viejo régimen: En efecto, durante la vigencia del Código Varela el régimen cautelar del CPCA. fue reducido e impermeable al del CPCC.

En tal sentido cabe recordar que bajo la aplicación de dicho régimen, el espacio cautelar en el contencioso administrativo estaba ceñido y limitado a una sola medida cautelar: *la suspensión del acto administrativo* (art. 22 Ley 2961). Vale aclarar que esa limitación sólo regía el enjuiciamiento administrativo del Estado Local, pues el enjuiciamiento civil tramitaba por las normas del proceso privado⁴, incluyendo ello la tutela cautelar. Así fue que durante más de cien años se hicieron notar las varias limitaciones del viejo régimen contencioso, encargándose la SCBA. de señalarlas.

A saber: i- que el código sólo preveía un único remedio precautorio para poner a salvo los derechos del actor hasta el dictado de la sentencia⁵; ii- que dicha medida consistía en la suspensión de la resolución cuestionada⁶; iii- que sólo proce-

¹ LOGAR Ana, "Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", ob. col. "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LEP., 2004, p. 441 y ss.

² VALLEFÍN Carlos, "Protección cautelar frente al Estado", Lexis Nexis, 2002, p. 21/23.

³ CSJN. en el leading case "Camacho Acosta" que dio carta de ciudadanía a la cautela material (Fallos 320:1633).

⁴ VALLEFÍN, ob. cit. p. 49/50 y 125 (allí se explica que la tutela se ha logrado por vía de la cautelar del art. 230 del CPCC.).

⁵ TRIBIÑO y PERRINO, en "La justicia contencioso administrativa en la Provincia de Bs. As." Depalma, 1995, p. 67 y ss.

⁶ SCBA., B-54.744, "Camilletti", i. 29/09/92; B-55.428, "Cwiek", i. 02/11/93; B-55.027, "García de Leon" i. 06/07/93.

⁶ SCBA., B-54.487, "Coronel", i. 22/12/92; B-57.911, "Buckle", i. 24/03/98

día contra actos que fueron objeto de impugnación en la demanda, y no contra otros⁷; iv- que era improcedente solicitar la cautelar de modo anticipado, con anterioridad a la promoción de la demanda⁸; v- que era ajena al código la medida de no innovar⁹; vi- que también lo era la medida cautelar innovativa¹⁰; vii- que debía rechazarse toda medida cautelar que fuera ajena a la específica del contencioso¹¹.

Las diferencias apuntadas marcaban el quiebre que existía entre el régimen especial del antiguo CPCA. y el régimen cautelar general del CPCC.

Los pronunciamientos que se salieron de ese esquema fueron excepcionales, como se evidenció en la causa “Risso Patrón”¹² en que la SCBA. reconoció: i- que la suspensión del acto era la medida precautoria típica de las pretensiones anulatorias del Código Varela; ii- que ello no excluía la aplicación supletoria del régimen cautelar del CPCC.; iii- que por ello en determinadas causas se habían expedido ordenes provisionales de dar o hacer diferentes a la mera suspensión prevista en el CPCA. (causas Boese, Lasarte, Chiabaut Morales, etc.)¹³; iv- que jurisprudencialmente se había conferido a la tutela provisional un relieve sustancialmente más amplio y positivo que el que surgía del Código Varela, atribuyéndosele una utilidad efectiva.

2) Nuevo régimen: Con la reforma constitucional de 1994 se produjo la modificación integral del sistema de enjuiciamiento administrativo en la Provincia¹⁴.

La instauración de este nuevo esquema aparejó la amplificación del régimen cautelar del CPCA. con acercamiento al del CPCC., cuyas normas venían a resultar aplicables ahora por remisión expresa (art. 22 inc. 2 Ley 12.008). En tal sentido la SCBA. dijo *“En el ámbito cautelar del proceso administrativo es aplicable el régimen general fijado en el Código Procesal Civil y Comercial...”*¹⁵, *“...teniendo en consecuencia el recurrente a su alcance, el amplio repertorio tutelar que éste último garantiza, conformando la existencia de un amplio espectro de mecanismos procesales, aptos para encauzar la impugnación de las decisiones administrativas...”*¹⁶.

⁷ SCBA., B-53.194, “Treviso”, i. 26/02/91; B-53.815, “Lopez”, i. 25/06/91; B-57.188, “Celeave”, i. 05/11/06.

⁸ SCBA., B-53.685, “Dellordi”, i. 29/12/92; B-54.871, “Alem de Lopez”, i. 01/12/92; B-55.778 B-59.067, “Jan de Nul”, i. 17/04/98.

⁹ SCBA., B-54.871, “Alem de Lopez”, i. 01/12/92; B-50.015, “ESEBA”, i. 05/08/97

¹⁰ SCBA., B-54.487, “Coronel”, i. 22/12/92.

¹¹ SCBA., B-50.090, “Marfin”, i. 01/04/97.

¹² SCBA., B-60.015, “Risso Patrón”, i. 26/06/02.

¹³ SORIA, Daniel realiza un análisis de la evolución que marcaron estos precedentes en su trabajo “La medida cautelar positive en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)” ED. 182-1115.

¹⁴ CASSAGNE Juan C. en “Lineamientos generales del Código Contencioso...” en ob. col. “El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Bs. As.”, LEP., 2004, p. 9 y33.

¹⁵ SCBA., B-66.615, “Jesus Dios”, i. 15/03/06.

¹⁶ SCBA., B-67.126, “Asociación Mutual 6 de Junio”, s. 02/03/05 (con este argumento ahora se limita la admisión del amparo).

Entre las semejanzas que acercan a esos regímenes de tutela podríamos decir que ambos prevén: i- que las cautelares se puedan solicitar de modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda¹⁷; ii- que las cautelares anticipadas van a quedar emplazadas al ulterior inicio de la demanda bajo pena de caducidad¹⁸; iii- que la concesión de la tutela cautelar estará condicionada mínimamente a la acreditación de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela¹⁹; iv- que según la claridad del asunto y la urgencia, la cautelar puede consistir en medidas conservativas o también anticipatorias del derecho²⁰; v- que en ambos regímenes se regulan las cautelares como accesorias de un proceso principal, sin previsión expresa de las autosatisfactivas que sólo tienen vida pretorianamente²¹.

Entre las diferencias que distinguen a ambos regímenes serían destacables las siguientes: i- mientras en el CPCC. las cautelares se resuelven inaudita parte, en el CPCA. puede admitirse la evacuación de un informe previo²²; ii- mientras la cautelar en el CPCC. requiere de los tres presupuestos clásicos, en el CPCA. se exige además que ella no afecte el interés público²³; iii- en tanto que en el CPCC. las cautelares son de acceso directo, en el CPCA. pueden exigir un planteo previo en sede administrativa²⁴; ix- en tanto la verosimilitud del derecho en el CPCC. requiere superar la mera incertidumbre, en el CPCA. exige revertir la presunción de legitimidad del obrar administrativo²⁵; x- mientras en el CPCC. los recursos contra cautelares son con efecto devolutivo, en el CPCA. se admite la suspensión por razón de interés público²⁶

Fuera de estas diferencias, lo que surge claro es que el proceso contencioso evolucionó de tal suerte que pasó de tener una sola medida cautelar a contar con un amplio repertorio de tutelas (tanto propias como ajenas). En lo que sigue avanzaremos sobre éstas tutelas, deslindando lo cautelar y dividiendo sus especies.

III- Distintos tipos de tutela.

¹⁷ Cfr. arts. 23-1 CPCA., art. 195 CPCC.

¹⁸ Cfr. arts. 23-2 CPCA., art. 207 CPCC. (En el CPCA. con alguna particularidad en la medida autónoma o anticipada).

¹⁹ Cfr. arts. 22-1, 24 CPCA., art. 209, 230 y 232 CPCC. (En el CPCA. se exigirán otros recaudos más).

²⁰ Cfr. arts. 22-3 CPCA., art. 230 y 232 CPCC.

²¹ Cfr. SCBA. B-64.745, "Consortio", s. 23/10/02; B-68.339, "Colombo", s. 07/09/05; B-68.505, "Ludueña", s. 24/05/06.

²² Cfr. arts. 198 CPCC. vs. 23-1 CPCA.

²³ Cfr. arts. 230 CPCC. vs. 22-1-c CPCA.

²⁴ Cfr. arts. 198 CPCC. vs. 25 CPCA.

²⁵ Cfr. arts. 375 CPCC. y art. 110 DL. 7647/70 (CSJN. Fallos 245:552; 249:221; 293:133; 314:1202; 321:1187; 328:3720).

²⁶ Cfr. art. 198 CPCC. vs. art. 56-5 y 26 CPCA.

Ahora bien, enfocados ya en el régimen procesal específico, corresponde analizar los distintos tipos de tutela que puede otorgar el servicio de justicia de acuerdo al nivel de claridad del asunto e intensidad del derecho.

1) Probablemente el primer impulso del hombre frente a la injusticia sea una reacción violenta, origen de la defensa privada e instantánea de los derechos²⁷. Pero la lucha contra la injusticia no puede hacerse de esa manera, pues la violencia privada está prohibida, y el otorgamiento de la razón no se consigue de un golpe²⁸. Así es que la defensa de los derechos exige de la tramitación de un proceso, cuya debida resolución requiere de cierto tiempo, porque en el juicio la verdad no surge impulsivamente sino que debe ser derivación razonada de un debate dialéctico²⁹.

Como dice Clamandrei *“El nacimiento de la providencia jurisdiccional no es ni espontáneo ni instantáneo”*³⁰; *“En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares”*³¹. Pero la justicia instantánea no existe, y una sentencia de condena que se impusiera sin juicio previo sería a su vez otra injusticia³².

Así es que el paso del tiempo es consustancial a la idea de proceso, pero sólo en la medida razonable cuanto sea menester para garantizar la defensa, permitir el conocimiento del asunto y arribar a una decisión correcta. Precisamente por ello una pauta de razonabilidad del sistema exige adaptar la duración del juicio al tipo de conflicto que contiene³³, prever distintas formas de enjuiciamiento (tutelas diferenciadas)³⁴ según varíe la complejidad de la controversia, de modo que a mayor claridad en la pretensión menor cantidad de proceso, y viceversa.

2) Y sobre la base de esta pauta, que indica seleccionar la modalidad de tutela tomando en cuenta la distinta entidad de los litigios (la mayor o menor claridad de los derechos en pugna y la gravedad del perjuicio que resulta subyacente), es que consideramos posible hacer una distinción esquemática de los distintos tipos de tutela que puede brindar el servicio de justicia, ordenándolos de acuerdo al grado de claridad

²⁷ ARAGONESES, Pedro, “Proceso y derecho procesal”, Aguilar, Madrid, 1960, p. 3.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco en “Cómo se hace un proceso”, El Foro, 1999, p. 97.

²⁹ Cfr. GARCÍA MORENTE, M. “Lecciones preliminares de filosofía”, 2004, p. 44; CARPIO, A., “Principios de filosofía”, 2004, p. 165.

³⁰ CALAMANDREI, Piero “Instituciones de derecho procesal civil”, El Foro, 1996, T. I, p. 318.

³¹ CALAMANDREI, Piero “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, El Foro, 1996, p. 44.

³² CARNELUTTI, ob. cit. p. 21 (el autor señala *“un castigo sin juicio sería, en vez de castigo, un nuevo delito”*).

³³ CAPPELLETI – GARTH, “El acceso a la justicia”, CALP., La Plata, 1983, p. 83.

³⁴ MARINONI, Luiz, “Problematizacão do direito fundamental de defesa”, Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, v. 1, p. 352.

que presentan los litigios desde el inicio mismo de su planteo. Así es que distinguimos: a- la tutela común, b- la cautelar, c- la anticipatoria y d- la autosatisfactiva.

a- Tutela común: (Incertidumbre) La tutela común u ordinaria es la que se construye sobre la base de la incertidumbre que por regla es consustancial al inicio de todo litigio, otorgándose recién al final de un proceso de conocimiento, cuando se obtiene la certeza sobre la cuestión litigiosa y se dicta la sentencia definitiva (cuya realización concreta puede requerir además de un proceso de ejecución). Claramente –y sin perjuicio de las variantes procedimentales- es la tutela más lenta y segura del ordenamiento, y es a la que deben recurrirse por regla en la mayoría de los pleitos³⁵.

b- Tutela cautelar: (Verosimilitud) La tutela cautelar es la que se otorga en el curso de un proceso de conocimiento o de ejecución, en el que ya no existe incertidumbre sino verosimilitud en el derecho invocado por una de las partes, concediéndose por su intermedio una protección inmediata e interina con el objeto de preservar la realidad subyacente, protegiendo las condiciones que habrán de permitir el dictado de una sentencia definitiva y su posterior ejecución. Es una tutela especial que de mínima exige verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela³⁶.

c- Tutela anticipatoria: (Probabilidad) La moderna tutela anticipatoria se otorga también como accesoria de un proceso de conocimiento, y tiene por finalidad adelantar rápida y provisionalmente los efectos de la tutela pretendida respecto de la sentencia de mérito. Si bien esta tutela se subsumiría bajo el esquema de las medidas cautelares³⁷, el hecho de que su objeto coincida total o parcialmente con el de la sentencia definitiva, impone un agravamiento en los recaudos para su otorgamiento, exigiéndose el plus de la fuerte probabilidad del derecho y temor de daño irreparable³⁸.

d- Tutela autosatisfactiva: (Convicción) La llamada tutela autosatisfactiva, que no está legislada, ni sería subsumible bajo el esquema cautelar, es la que se otorga *in extremis* en respuesta a un trámite urgente, por la que se concede el total de lo pretendido, cuya satisfacción una vez consumada deviene irreversible, y por ello agota y torna abstracta la tramitación de un proceso ulterior. Esta tutela desborda lo cautelar

³⁵ Cfr. art. 319 y cc. del CPCC., arts. 12, 27 y ss. del CPCA.

³⁶ Cfr. arts. 230 CPCC. y arts. 23 y ss. del CPCA. (el CPCA. exigen otros recaudos como la no afectación del interés público)

³⁷ BERIZONCE, Roberto O. "Derecho procesal civil actual", LEP., 1999. El autor señala que la tutela anticipatoria es diversa de la cautelar y que merecería una regulación independiente, pero que excepcionalmente podría encuadrar en el marco de la tutela genérica o innominada prevista en el art. 232 del CPCC. siempre que se den sus presupuestos (p. 490/491).

³⁸ Cfr. arts. 230 y 232 del CPCC, art. 22-3 del CPCA. (cfr. CSJN. in re "Camacho Acosta", Fallos 320:1633).

y se convierte en un proceso autónomo, sumarísimo y extremo, que exige certidumbre o cuasi certeza, prueba inequívoca, e inminencia de una pérdida irremediable³⁹.

3) Resulta fundamental distinguir las diferencias que existen entre los distintos tipos de tutela que puede proveer nuestro ordenamiento, así como tener presente las características particulares de cada una de ellas (su modo de ser y de operar, condiciones de acceso, diversidad de trámites, calidad de resultados, etc.). La errónea tipificación de institutos, su tratamiento promiscuo, así como la ambigüedad y discrecionalidad en la materia, puede terminar desnaturalizando el ejercicio de la función jurisdiccional en detrimento de las garantías constitucionales que, además de eficacia, requieren previsibilidad y certeza en las reglas del enjuiciamiento.

La confusión o promiscuidad de trato en este terreno (resbaladizo por cierto) puede derivar en soluciones tan distorsivas como peligrosas, habida cuenta que así como puede quedar sin protección tempestiva quien tiene derecho demostrado y justificada urgencia, puede que en aras de la sola velocidad se termine aplicando una condena irreversible a quien no pudo defenderse y resultaba inocente⁴⁰. Las tutelas de referencia no son fungibles ni canjeables, y de correcta selección y aplicación dependerá la eficacia constitucional de un proceso.

4) El fenómeno cautelar –ya en su función conservativa, ya en su función anticipatoria- se tipifica en base a ciertas características que no son intercambiables con el resto de los mecanismos de tutela. Entre los recaudos que garantizan un uso adecuado de las cautelares se encuentra el que impone respetar esas características, resguardo que impide desnaturalizar el instituto bajo examen y evita su funcionamiento caótico con violación a la imparcialidad judicial, igualdad de partes, garantía de juicio previo, debido proceso y derecho de defensa (arts. 16, 17, 18 CN., 11 y 31 CBA.).

De allí que se imponga reivindicar las clásicas características cautelares de acuerdo al esquema actual de regulación en el código de la materia.

IV- Características cautelares.

De entre las tutelas jurisdiccionales referidas lo que tipifica a las medidas cautelares –sean meramente conservativas o anticipatorias del objeto pretendido

³⁹ BERIZONCE, ob. cit. p. 505 y ss. (El autor propiciaría además una sumaria sustanciación del procedimiento –p. 492, 508-).

⁴⁰ La CSJN. ha resuelto “*Si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio*” (Fallos 330:5251).

en la sentencia- son sus rasgos tradicionales de accesoriedad, instrumentalidad, superficialidad, unilateralidad, provisionalidad y modificabilidad. Veamos cada uno de estos atributos y los límites que aparejan, no sin adelantar una conclusión que podemos ir sugiriendo, y es que más allá de la evolución habida en el régimen cautelar, creemos que siguen siendo aplicables a la materia las características de referencia.

1) Accesoriedad⁴¹: Las medidas cautelares siguen siendo accesorias de un juicio principal, no funcionan como proceso autónomo, sino como una incidencia⁴². Esta característica apareja ciertas consecuencias: i- no pueden dictarse en el aire o en el vacío, pues aun siendo anticipadas deben referirse a un proceso principal⁴³; ii- no pueden reemplazar o sustituir al proceso madre del que dependen; iii- deben respetar la materia propia de la instancia plena, sin vaciar de contenido al proceso principal⁴⁴; iv- su objeto debe guardar congruencia con el del proceso al que acceden⁴⁵; v- su concesión no altera la secuela del juicio que debe continuar hasta la sentencia⁴⁶; vi- la continuidad del trámite se impone para evitar cautelarización del proceso⁴⁷ y/o la caducidad de la tutela⁴⁸; vii- no podrían dictarse como cautelares las autosatisfactivas pues éstas importan una tutela autónoma e irreversible que no revisten accesoriedad⁴⁹.

En el contencioso administrativo las medidas cautelares carecen de autonomía pues exigen de la referencia a un proceso principal (art. 23 CPCA.). No obsta lo expuesto la llamada “medida cautelar autónoma o anticipada” que se pide en forma preventiva para suspender un acto que está siendo impugnado en sede administrativa ante la eventualidad de tener que iniciar una demanda en sede judicial⁵⁰. Si bien más diluida, la accesoriedad sigue latente mediante un nexo de eventualidad. Tampoco vemos una excepción a esta característica por el hecho de que en algún precedente se mencione al pedido de “medida cautelar autónoma”, pues en esos ca-

⁴¹ La CSJN. ha dicho “Las medidas cautelares tienen naturaleza instrumental y accesorias, pues no constituyen un fin en sí mismas y tienden a posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse en el juicio principal iniciado o a iniciarse, y su finalidad consiste en asegurar la eficacia de la sentencia, mas no convertirse en tal” (Fallos 327:320).

⁴² La CCALP. ha resuelto “La más laxa y flexible concepción acerca de las medidas cautelares nunca puede llevar al extremo de considerar su funcionamiento con absoluta prescindencia de una pretensión principal pues, es la elucidación judicial de esta última el único medio que garantiza el respeto adecuado a las reglas del debido proceso...” (in re “Savoretti”, s. 10/03/05).

⁴³ La CCALP. ha descalificado medidas adoptadas “...sin un continente referencial que justifique un pronunciamiento cautelar como el adoptado en primera instancia...” (in re “Supermercados Norte”, c. 3663, s. 08/02/07).

⁴⁴ La CCALP. ha descalificado medidas cautelares diciendo “...so pretexto de una providencia cautelar, el juez ha dejado vacío de contenido cualquier proceso de conocimiento ulterior, necesario para la adecuada solución de la cuestión litigiosa, circunstancia que patentiza el despliegue de una actividad jurisdiccional improcedente...” (in re “Ecodyma”, c. 1, s. 03/08/04).

⁴⁵ Así se ha dicho “...la decisión precautoria a dictarse siempre significa un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional y ello sólo se logra cuando existe una correspondencia entre el objeto del proceso y lo que se solicita como objeto de la medida cautelar (doctrina causa B-54.871, SCBA., res. del 15-XI-92)...” (JCA. n° 2 de Mar del Plata in re “Gutrech”, res. 07/09/04).

⁴⁶ BERIZONCE, ob. cit. p. 503.

⁴⁷ VALLEFÍN, ob. cit. p. 23.

⁴⁸ CAMPS, Carlos en “Código procesal civil y comercial de la Provincia de Bs. As.”, Lexis Nexis, 2004, T. I, p. 369.

⁴⁹ BERIZONCE, ob. cit. p. 492.

⁵⁰ ZAMBRANO Pedro en “Medidas cautelares ‘autónomas’ y la garantía de defensa en juicio...” LL. 1998-C-345.

sos, que implicaron un pedido de decisión definitiva en el marco cautelar, la jurisprudencia rechazó la medida o recondujo la petición autónoma por una vía sumarísima⁵¹.

2) Instrumentalidad⁵²: En complemento al carácter accesorio señalamos que las medidas cautelares –sean formales, materiales o anticipatorias- no son un fin en sí mismas sino instrumentos que garantizan la efectividad de una sentencia. Dice Calamandrei que este rasgo es *“la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad...liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta”*⁵³.

Vale aclarar que la instrumentalidad no se pierde por el hecho de que la tutela cautelar coincida con lo que es objeto de la sentencia. *“Jamás puede asimilarse jurídicamente la entrega del bien de la vida a través de una medida cautelar con la que se produce mediante la sentencia de mérito. Si bien es cierto que en los hechos no habría diferencia...esa identidad fáctica no puede ocultar las profundas y esenciales diferencias jurídicas...-por ello-...no puede considerarse que la entrega provisoria... haya concluido el proceso”*⁵⁴. En estos casos la instrumentalidad adopta un cariz distinto pues, si bien orientada a garantizar la eficacia de la sentencia, revestirá la forma de un anticipo jurisdiccional de todos o algunos de sus efectos, sin que por ello se altere la secuela de la litis que deberá continuar para definir si se confirma o revoca la tutela⁵⁵.

3) Superficialidad⁵⁶: Precisamente uno de los rasgos que distingue a la tutela cautelar de la definitiva –aun pudiendo coincidir ambas en su objeto- consiste en el distinto nivel de conocimiento exigen para su otorgamiento. Mientras la cautelar se otorga sobre la base de una cognición sumaria y superficial de la pretensión, que

⁵¹ Cfr. CSJN. Fallos 323:3075; 327:4951; 329:28. SCBA. B-64.745, “Consortio”, s. 23/10/02. En este caso se resolvió *“...la presentación de maras evidencia un caso urgente...no es dable resolverlo sin oír, previamente, a las empresas codemandada (arg. ars.18 CN., 15 Const. prov.). Esta posibilidad de sustanciar brevemente el pedido de tutela urgente...torna procedente asignar al trámite de la pretensión articulada en el sub lite el régimen del juicio sumarísimo...De tal suerte, el pronunciamiento sobre la petición autosatisfactiva sobrevendrá, en su caso, en la etapa procesal correspondiente...”* (JA-IV-2002, p. 67).

⁵² La CSJN. dijo *“Las medidas cautelares tienen naturaleza instrumental... no constituyen un fin en sí mismas”* (Fallos 327:320).

⁵³ CALAMANDREI, “Introducción...”, ob. cit. p. 44.

⁵⁴ CAMPS, ob. cit., T. I, p. 347.

⁵⁵ CALAMANDREI, “Introducción...”, ob. cit. p. 53, 59 y 139.

⁵⁶ La CSJN. ha dicho *“...resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro de lo cual, asimismo, agota su virtualidad”* Fallos 306:2060; 316:2859; 316:2861.

sólo autoriza un juicio hipotético de verosimilitud del derecho, la tutela definitiva se otorga en base a un conocimiento pleno del la pretensión que permite realizar un juicio de verdad y certeza en lo que refiere a sus fundamentos. Y esta diferencia no es artificial o caprichosa sino que deriva del diverso esquema de actuación de la justicia, pues la jurisdicción no se ejerce en el vacío sino sobre el molde formal de un proceso que condiciona su funcionamiento⁵⁷. Siendo sumaria la vía, instantáneo el trámite y urgente el despacho no puede más que derivar un conocimiento superficial del asunto carente de las garantías que tiene el conocimiento que deriva de un juicio pleno.

Y la superficialidad del juicio cautelar no sólo es una característica del régimen sino que es un límite para el juez, quien no podrá profundizar el conocimiento so riesgo de desnaturalizar la vía e incurrir en prejuizgamiento. Ello apareja algunas consecuencias: i- la medida cautelar exigirá la presencia de un derecho verosímil y evidente; ii- su definición no habrá de merecer mayor debate y prueba⁵⁸; iii- habrán de quedar descartadas en la instancia cautelar las cuestiones técnicas y complejas⁵⁹; iv- la incidencia deberá resolverse liminarmente, con el mínimo de proceso⁶⁰; v- toda fundamentación judicial será provisoria sin decidir cuestiones de mérito; v- no podrán resolverse las cuestiones de fondo que requiere de un procesamiento pleno⁶¹.

4) Unilateralidad⁶²: Como resulta conocido las medidas cautelares se despachan a pedido de parte –no de oficio⁶³- y en base a un trámite unilateral en el que no se prevé la intervención de la contraria. Estas medidas se decretan inaudita parte, sin traslado previo ni participación defensiva de la contraparte, sobre la base de la postulación unilateral del peticionario. La necesidad de acelerar su dictado, dar respuesta inmediata y evitar la frustración de tutela que pudiera provocar el destinatario, imponen que el incidente cautelar se resuelve sin sustanciación previa. Con en este funcionamiento no se priva del derecho de defensa sino que por imperativo de efectividad, se lo posterga al trámite sucesivo del proceso principal⁶⁴.

⁵⁷ CARLO CARLI, "La demanda civil", Aretua, 1994, p. 7; GELSI BIDART A., "Tutela procesal diferenciada", REP. n° 38, 1987, p. 12.

⁵⁸ Cfr. CSJN. Fallos 314:1202.

⁵⁹ Cfr. CFALP. In re "Ecodyma", s. 03/08/04; "D'Olivio", s. 20/09/07; "Vila", s. 28/09/07;

⁶⁰ Cfr. PALACIO Lino E. "Manual de derecho procesal civil", Abeledo Perrot, 2001, p. 79.

⁶¹ Cfr. CCALP. in re "Hilandería Paso del Rey", s. 05/07/05. Allí se descalificó la tutela preventiva otorgada en la instancia resolviéndose que lo considerado en la etapa cautelar "...por constituir la sustancial principal del objeto litigioso, amerita el desarrollo del proceso en su totalidad, por lo que, anticipar un juicio a su respecto, en esta etapa, implicaría decidir por adelantado el planteo".

⁶² La CCALP. ha dicho "es principio recibido que el proceso cautelar –aun dentro del principal- participa de una naturaleza que le permite desenvolverse bajo la regla, 'in audita parte'...Esto supone un curso unilateral" (in re "Savoretti", s. 10/03/05).

⁶³ Excepción hecha en el proceso de amparo (cfr. art. 22 Ley 7.166 y Ley 13.928 cfr. art. 6 Dec. 3344/08 y doc. SCBA. B-70.026, "Cámara", s. 25/03/09) y en el proceso ambiental (art. 32 de la Ley 25.765). Cabe decir que la CCALP. revocó cautelares decretadas "ex officio" cuando ya no existía competencia en el juez por haber éste rechazado previamente la acción de amparo que la abriera, "la medida cautelar otorgada de oficio...advierde de parte del iudex un quebrantamiento del principio dispositivo" ("Savoretti", s. 10/03/05).

⁶⁴ PALACIO, ob. cit. p. 67.

El contencioso administrativo recepta esta característica. Y si bien admite la posibilidad de requerir un informe previo a la demandada (art. 23-1 CPCA.), entendemos que ese informe no bilateraliza el procedimiento: i- porque no presupone traslado de la demanda; ii- porque no posibilita el ejercicio del derecho de defensa; iii- porque no tiene función defensiva sino más bien probatoria; iv- porque no se notifica al representante fiscal sino a la parte involucrada⁶⁵; v- porque no implica la apertura de instancia, ni consume el ejercicio de eventuales oposiciones⁶⁶. Sin perjuicio de la función informativa, no podrían extraerse de la diligencia decaimientos postulatorios, careciendo el oficio de idoneidad para cambiar el carácter unilateral del procedimiento⁶⁷.

5) Provisionalidad⁶⁸: Otra de las diferencias que distingue a la tutela cautelar de la definitiva es la permanencia de los resultados de la protección conferida. Las medidas cautelares se dictan interinamente, para regir temporariamente⁶⁹ en tanto se mantengan las condiciones de su dictado y mientras se sustancia el proceso principal, resultando revisables y reversibles ante un eventual cambio de las circunstancias. Consecuentemente están destinada a cesar: i- por falta de inicio del proceso principal al que se anticiparon⁷⁰; ii- por decadencia de los presupuestos que las justificaron⁷¹; iii- por el dictado sobreviniente de la sentencia definitiva adversa⁷². Es decir que no causan estado y duran mientras se mantengan las condiciones de su funcionamiento.

Como es sabido esto no significa que las medidas cautelares queden al margen de cierta preclusión⁷³. Vencidos los plazos para impugnarlas o ejecutoriados los recursos en su contra queda consolidada la tutela en base a las condiciones tenidas en cuenta hasta ese momento (firmeza provisional)⁷⁴. Sin perjuicio de ello, con posterioridad puede pedirse su levantamiento ante un cambio de circunstancias, o producirse su caducidad de pleno derecho ante la falta de inicio del proceso principal o el advenimiento de una sentencia adversa. La provisionalidad denota que la tutela

⁶⁵ Cfr. art. 9 y 33 del CPCA.

⁶⁶ De allí que no implique para la demandada una primera presentación judicial de defensa como para plantear incompetencia, excepciones, prescripciones, etc (doc. analógica CARLO CARLI, ob. cit. p. 54/55; CAMPS, ob. cit. p. 22 y 168).

⁶⁷ Cfr. CCALP., "Savoretti", s. 10/03/05. Allí el tribunal señaló que ni el informe previo ni la audiencia convocada en el curso del procedimiento "...resultan idóneas para limitar el carácter inaudita parte del curso procesal que condujo a la adopción de la medida cautelar...porque...para convertir en bilateral el trámite, es menester el requerimiento de presentación (sustanciación) a la contraparte."

⁶⁸ La CSJN. ha resuelto "...las medidas precautorias crean un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de su traba, o se hayan aportado nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia de su mantenimiento" (Fallos 327:202; 204; 261; 845; 849; 2495).

⁶⁹ La CSJN. ha remarcado el rasgo de temporalidad de la tutela cautelar al resolver "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió hacerse cargo de la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares, otorgando a la decretada una extensión temporal que, por su desmesura, desnaturaliza aquella provisoriedad..." (Fallos 319:1492).

⁷⁰ Cfr. arts. 23-2 CPCA., 207 CPCC.

⁷¹ Cfr. arts. 26-3 CPCA., 202 CPCC.

⁷² BERIZONCE, Roberto O. "Derecho procesal civil actual", LEP., 1999, p. 487.

⁷³ CC0201 LP. "Mairal", s. 13/06/95; "Galenos", s. 07/11/96; "Tramontana", s. 16/10/03.

⁷⁴ ARAZI, Roland en "Derecho procesal civil y comercial", Astrea, 1998, p. 467.

es precaria y temporal. No otorga derechos de permanencia ni garantías de resultado favorable en la sentencia, pues allí lo verosímil puede terminar siendo inexistente⁷⁵.

6) Modificabilidad⁷⁶: Las cautelares suponen cierta flexibilidad que ha intentado ser vista desde el plano formal (de trámite) y sustancial (de contenido). Lo primero en cuanto se ha sostenido que las cautelares admiten cierta informalidad en su tramitación permitiendo alternativas procedimentales de discreción judicial⁷⁷. Lo segundo en cuanto que pueden merecer modificación de contenido ya sea a pedido del acreedor (ampliación, mejora o sustitución), a pedido del deudor (reducción o sustitución) o de oficio por el juez, pudiendo éste disponer una medida distinta a la solicitada o una limitación para evitar perjuicios innecesarios (arts. 203 y 204 CPCC.).

Entendemos que cabe limitar la flexibilidad formal y sustancial en la materia. Lo primero porque estimamos incorrecto postular que el trámite cautelar sea informal o discrecional. Una amplitud tal puede llevar a desnaturalizar la incidencia con actuaciones que son impropias a la vía sumaria. Hallándose reglado, el trámite debe respetarse como garantía del debido proceso⁷⁸. En cuanto a lo sustancial creemos que la potestad judicial de modificar el contenido de la medida tiene el límite de no agravar la situación del destinatario, ni violar el principio de congruencia, que impide al juez salirse del marco de la litis y otorgar una tutela superior a la pedida por el interesado⁷⁹.

Sólo en base al debido respeto de las características expuestas puede tipificarse y hacerse un correcto uso del instituto cautelar, manteniéndoselo dentro de sus términos, y evitando su confusión y utilización promiscua con otros tipos de tutela.

IV- Variantes tipológicas.

Ahora bien, así como es necesario no confundir desde el punto de vista ontológico las distintas tutelas que puede proveer el ordenamiento, también lo es deslindar las variantes terminológicas existentes en la materia. Si bien los institutos jurídi-

⁷⁵ CALAMANDREI, "Instituciones de derecho procesal civil", El Foro, 1996, T. III, p. 333.

⁷⁶ La CSJN. dijo "*las medidas precautorias crean un estado. jurídico provisional, susceptible de...modificación*" (Fallos 327:202)

⁷⁷ VALLEFÍN, ob. cit. p. 130.

⁷⁸ CCALP. in re "Agropecuaria Las Garzas", s. 06/09/05. En dicha causa el tribunal descalificó la decisión del juez de grado de reconducir de oficio el pedido cautelar del actor por el cauce de un procedimiento sumarísimo. Allí se dijo "*...el procedimiento cautelar previsto en...la ley...es el tránsito adjetivo imperativo al que debe ceñir su rol directivo el juez de la causa. Y, por él cabe encarrilar el curso procesal de la pretensión deducida, sin otra alternativa...la norma reglamentaria...es de insoslayable acatamiento por el iudex...-que no puede...convertir el objeto procesal provisorio de cautelar en un conflicto de fondo, por conducto de un proceso...plenario, como es el del artículo 321 del Código Procesal...*".

⁷⁹ CCALP. in re "Ecodyma" s. 03/08/04. En dicha causa el tribunal descalificó la decisión del juez de grado de transmutar una medida cautelar conservativa por una medida autosatisfactiva diciendo "*Si bien es claro que el legislador ha otorgado al juzgador la facultad de adoptar un amplio abanico de medidas cautelares ... el juzgador, se ha apartado del esquema tradicional...al transmutar la adopción de una medida cautelar...por tutela autosatisfactiva...Ello no queda saneado por la facultad judicial invocada por el iudex de otorgar una medida diferente a la solicitada...en tanto tal potestad se mueve, igualmente, dentro de la contienda...*"¹²

cos definen su esencia a partir de las características de su funcionamiento, más allá del nomen iuris con que se los mencione⁸⁰, lo real es que una correcta tipología facilita su conocimiento y evita las confusiones que se dan en la práctica; por ello *“Es bueno que los nombres que damos a los instrumentos procesales no nos confundan”*⁸¹.

Procedemos a realizar una referencia tipológica refiriéndonos a: medidas precautelares, medidas autónomas o anticipadas, cautelas formales y materiales, medidas de no innovar e innovativas, prohibitivas y positivas y autosatisfactivas.

1) Medidas cautelares y precautelares: En primer lugar haremos referencia a una subespecie de medida cautelar que no está legislada como tal pero que tiene aplicación pretoriana en el fuero contencioso, cual es la *“medida precautelar”*. Con esta denominación se conoce a la tutela provisionalísima que se concede al inicio de un trámite cautelar para mantener el estado de cosas mientras cursa esa incidencia, se recaba un informe y se define la concesión o rechazo de la medida cautelar⁸². *“La medida provisionalísima no consiste... sino en hacer lugar con carácter inmediato a una solicitud de medidas cautelares antes...de...sustanciar el incidente cautelar...”*⁸³.

También se ha dicho *“la providencia cautelar interna, subcautelar o precautelar...permite al tribunal neutralizar preventivamente los efectos de un acto, mientras se decide sobre la procedencia de la...cautelar principal...Esta precautelar o subcautelar será especialmente pertinente cuando el tribunal disponga una vista o requerimiento de informe a la Administración pública”*⁸⁴. Importa destacar que si bien la jurisprudencia ha admitido el funcionamiento de estas precautelares, con prevalencia en razones de urgencia⁸⁵, lo hizo sobre la base de exigir para su dictado los mismos recaudos que para las medidas cautelares *“la medida precautelar...no puede estar desprovista del concurso de todos los extremos de procedencia que la ley exige en la especie cautelar, sin que quepa aminorar la ponderación que resulta de rigor en ella”*⁸⁶.

⁸⁰ Cfr. SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07.

⁸¹ Cfr. RONCORONI, su voto en la causa SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07.

⁸² *“El carácter precautelar de una diligencia se halla relacionado con el mantenimiento de una determinada situación hasta el pronunciamiento cautelar, cuando se hace necesario contar con elementos de juicio mayores que los existentes de manera que, hasta colectarlos, se procura evitar el cambio o alteración del estado de cosas, bajo la valoración de que ello resulta imprescindible”* (cfr. MILANTA, su voto en CCALP., in re “Mark”, s. 31/03/05).

⁸³ Cfr. VALLEFÍN, ob. cit. p. 129 (en referencia al sistema Español –art. 135 Ley reguladora JCA. Española-).

⁸⁴ SORIA, ob. cit. p. 1127.

⁸⁵ *“Si bien...las resoluciones precautelares, como provisiones temporarias, e ‘in extremis’ procuran la preservación del objeto procesal, haciendo prevalecer razones de urgencia por sobre otros requisitos de viabilidad, no es menos cierto que no resulta procedente prescindir absolutamente de una ponderación prudente sobre la existencia del derecho pretendido”* (voto SPACAROTEL CCALP., “Agropecuaria Las Garzas”, s. 06/09/05).

⁸⁶ CCALP., in re “Mark”, s. 31/03/05 (voto DE SANTIS). Allí se dijo *“...en materia de medidas cautelares, tanto como frente a los supuestos de medidas precautelares, deviene indispensable que se exhiban acreditados los recaudos elementales que condicionan su viabilidad, esto es la apariencia de buen derecho, y el peligro en la demora...”* (voto SPACAROTEL).

Ahora bien, siendo que la medida precautelar requiere para su dictado de los mismos recaudos que la medida cautelar, a primera vista no se entendería el porqué del desdoblamiento resolutivo (o están los recaudos y se otorga la cautelar, o no lo están y se la rechaza). La existencia de una medida precautelar que accede a un trámite cautelar, accesorio a su vez de un proceso principal, pareciera generar una multiplicación ontológica inoficiosa e innecesaria. Por ello creemos que la utilización de este instituto debe ser limitada y excepcional, y que sólo podría justificarse en aquellos casos en que, estando presentes las condiciones de tutela, el juez quisiera reservarse una segunda revisión del asunto, una vez evacuado el informe de la parte demandada, ante la eventualidad de que aporte un dato que confirme o revierta la tutela.

2) Medida cautelar autónoma o anticipada: Otra variante cautelar que es propia del proceso contencioso administrativo y cuya denominación puede mover a error o confusión es la denominada “*medida cautelar autónoma o anticipada*”⁸⁷. La tipificación de esta medida judicial presupone la existencia de un procedimiento administrativo abierto y en trámite en el que está pendiente de resolución un recurso que el particular intentó contra un acto administrativo. “*Es allí donde entra en escena la llamada medida cautelar autónoma, que consiste en pedirle al juez que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la Administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía en un sentido o en otro*”⁸⁸.

En rigor esta medida no sería autónoma sino anticipada, pues la suspensión que ella otorga vendría a ser preventiva y accesoria de la eventual demanda judicial que debiera iniciarse contra el acto que agotara la vía administrativa⁸⁹. De allí que esta medida no configura más que una modalidad específica de medida cautelar anticipada; otra forma de pedir la suspensión del acto de manera previa al inicio de la demanda (arts. 195 CPCC., 23 CPCA.). Pero, a diferencia de toda otra medida anticipada que pudiera pedirse como previa a una pretensión cualquiera, en este caso el inicio del plazo de caducidad para promover la demanda no correrá desde la traba –pues allí la acción sería prematura– sino “*a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agote la vía administrativa*” (arts. 207 CPCC. y 23-2-a CPCA.)⁹⁰.

⁸⁷ Denominación que viene establecida por la propia SCBA. en la lista de materias y de códigos de pretensiones publicada para llenar el formulario de ingreso de demandas en el fuero contencioso (cfr. Ac. 2972 y 3397, códigos 311, 341, 371).

⁸⁸ ZAMBRANO, ob. cit. p. 345.

⁸⁹ ZAMBRANO, ob. cit. p. 350.

⁹⁰ HALPERIN David, “La promoción de medidas cautelares pendiente el agotamiento de la vía administrativa”, ED. 166-533.

De esta manera no existe riesgo en admitir el carácter accesorio y anticipado de esta medida, ni razón para forzar una exorbitante autonomía, pues el plazo de caducidad que condiciona a toda cautelar anticipada en el caso quedará latente hasta que se agote la vía administrativa. En todo caso el resabio terminológico aludido habrá de quedar limitado en su uso en tanto se entienda que *“la autonomía de la cautelar no se establece con relación a un proceso jurisdiccional, sino...con el procedimiento administrativo que se mantiene abierto”*⁹¹. Desde otro ángulo también sería erróneo referir a una *“medida cautelar autónoma”*⁹² para aludir al pedido de tutela definitiva y huérfana de un proceso principal, pues creemos que ello no caería dentro del fenómeno cautelar sino en el de la tutela autosatisfactiva, que genera un juicio autónomo, sumarísimo y diverso.

3) Medidas cautelares procesales y materiales⁹³: Una de las principales distinciones tipológicas que se impone a partir de la evolución que se ha venido propiciando respecto de los instrumentos cautelares, es la que distingue las cautelares procesales o formales y las cautelares sustanciales o materiales. Y el criterio de distinción finca en el objeto sobre el cual recae la tutela provisional; mientras las procesales sólo tratan de asegurar y preservar bienes y/o situaciones a la espera de la llegada de la sentencia definitiva, las sustanciales procuran actuar aceleradamente el derecho de quien las solicita ante los efectos eventualmente devastadores que tendría –sobre el mismo- la duración del proceso⁹⁴.

Las cautelares procesales serían las clásicas asegurativas que brindan una tutela más tenue que la principal pues tienden a resguardar bienes o situaciones para el momento de la sentencia (embargo, prohibición de innovar, suspensión del acto, etc –arts. 209, 230 CPCC., 25 CPCA-). En cambio las cautelares materiales serían las modernas tutelas anticipadas cuyo objeto coincide con el de la sentencia y lo adelantan (innovativas, positivas, etc. -arts. 232 CPC. y 22-3 CPCA)⁹⁵. La importancia de la distinción radica en el hecho de que las cautelares materiales exigen una mayor intensidad

⁹¹ RIVAS, ob. cit. p. 632.

⁹² Cfr. CSJN. Fallos 323:3075; 327:4951; 329:28.

⁹³ Conviene aclarar que autorizada doctrina referiría al fenómeno de la “cautela material” como aquella que no sólo coincide con el objeto de la sentencia, sino que también agota -por su irreversibilidad- las posibilidades de continuación de un proceso principal (cfr. MORELLO, Augusto M. “La medida cautelar sustancial, J.A. 1992-IV-317; DE LAZZARI, Eduardo “La cautela material”, JA. 1996-IV-651; MADARIAGA, R.E. “La llamada ‘cautela material’ ED. 171, 1062 –entre otros-). En lo que a nuestra parte respecta, en el acápite de referencia habremos de considerar a la “cautelar material” como aquella que coincide con el objeto de la sentencia pero que –al igual que toda cautelar- sigue siendo accesorio de un proceso principal y no altera la secuela de la litis (en semejanza ver CAMPS., ob. cit. p. 347); reservando luego la denominación de tutela autosatisfactiva para aquel supuesto de proceso autónomo que debe resolver de modo urgente una decisión de mérito con consecuencias que resultarán irreversibles y definitivas.

⁹⁴ Cfr. RONCORONI, su voto en la causa SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07.

⁹⁵ RONCORONI en su voto en la causa SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07. Allí señala “...las cautelares procesales o tradicionales...no actúan sobre el derecho de quien las promueve, sino tan solo sobre los bienes de su deudor para conservarlos...sólo tratan de preservar bienes o situaciones a la espera de la llegada de la sentencia definitiva...Las segundas, las cautelares sustanciales o materiales, en cambio...procuran actuar aceleradamente ese derecho...”.

en la configuración de los recaudos para su procedencia, sin dejar por ello de ser una medida accesoria, superficial, interina y dependiente de un proceso principal⁹⁶.

En este sentido parece oportuno sintetizar algunas pautas que describirían a la cautela material: i- son de procedencia restringida pues otorgan al instante aquello que habría exigido esperar a la sentencia definitiva⁹⁷; ii- frente a la falta de texto expreso hallarían fundamento normativo en el art. 230 y/o 232 del CPCC.⁹⁸; iii- son subsidiarias pues sólo proceden cuando la tutela no pudiera lograrse con una medida más leve⁹⁹; iv- requieren mayor intensidad en los recaudos de procedencia (derecho probable y daño irreparable)¹⁰⁰; v- suponen una cognición sumaria y periférica que no implica, ni autoriza un prejuzgamiento¹⁰¹; vi- no deben provocar perjuicio irreversible a la parte que deba cumplirla¹⁰² (quien puede sentir que ya ha sido condenado sin haber tenido un juicio previo)¹⁰³; vii- son provisionales y su dictado no altera ni agota la secuela del proceso principal que debe continuar hasta la sentencia¹⁰⁴; viii- pueden caducar por decadencia de los presupuestos que las justificaron o por el dictado de una sentencia adversa¹⁰⁵; ix- no pueden confundirse con las auto-satisfactivas que tramitan por una vía autónoma, urgente y diversa¹⁰⁶.

4) Medidas de no innovar y medidas innovativas: Como su nombre lo indica las clásicas medidas de no innovar son las tienden a “preservar” el estado de cosas existente al tiempo de su dictado para que no sea modificado durante el curso del proceso y llegue incólume al momento de la sentencia. Procurarían mantener el *statu quo*, la conservación de cierta situación o bienes implicados en la litis, mientras

⁹⁶ BERIZONCE, ob. cit. p. 503.

⁹⁷ La CSJN. recepitó estas medidas en el leading case “Camacho Acosta” (Fallos 320:1633). Sin embargo en el caso “Kiper” puso límites a su procedencia indiscriminada diciendo “...la medida cautelar... reviste los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda, y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aun no se ha iniciado...ello constituye un claro exceso jurisdiccional, que importa, por lo demás, un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado nacional” (Fallos 324:4520).

⁹⁸ Cfr. RONCORONI, su voto en la causa SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07. El magistrado señala que frente a la ausencia de un texto expreso que regule las medidas cautelares materiales se acude “...al art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial (medidas cautelares genéricas) para brindar inteligente remedio a estas situaciones no legisladas...” y después termina de agregar “...Huelga advertir que el art. 15 de la Constitución provincial al recoger el principio de la jurisdicción oportuna abre las puertas a estas medidas, pese a la ausencia de textos expresos en el Código Procesal Civil y Comercial”.

⁹⁹ Cfr. CAMPS, ob. cit. p. 418 (desprendiendo este rasgo de la cautela material del art. 230 inc. 3 del CPCC.).

¹⁰⁰ La CSJN. ha dicho que este tipo de tutela comporta “...una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (cfr. Fallos 316:1833; 320:1633; 328:3720; 329:28; 329:2532; 329:3464; 330:2186; entre otros).

¹⁰¹ VALLEFIN, ob. cit. p. 96 y 138; BERIZONCE, ob. cit. p. 503; CSJN. in re “Camacho Acosta”, Fallos 320:1633.

¹⁰² Cfr. BERIZONCE, ob. cit. p. 486, 502; VALLEFIN, ob. cit. p. 97.

¹⁰³ Cfr. MORELLO, ob. cit. p. 315; CAMPS, ob. cit. p. 417.

¹⁰⁴ BERIZONCE ob. cit. p. 503.

¹⁰⁵ BERIZONCE ob. cit. p. 487.

¹⁰⁶ Cfr. RONCORONI, su voto en la causa SCBA., C-92.711, “F.R.O.”, S. 26/09/07. Allí señala “En...la decisión anticipatoria la tutela es interinal o provisional y está sujeta o subordinada a la sentencia definitiva de un proceso más amplio y que puede ordenar su confirmación, modificación o revocación...La otra (medida autosatisfactiva) concede...una tutela definitiva e irreversible, en una actuación autónoma que se agota en sí misma. No es accesoria, ni está subordinada a otro proceso. Ella se da en el marco de un proceso urgente...cerrándose el proceso con aquella sentencia definitiva e irreversible y, por ende, con autoridad de cosa juzgada”.

se sustancia el proceso y se decide la sentencia¹⁰⁷. Por regla la suspensión del acto administrativo configuraría una prohibición de innovar pues llevaría a detener, durante la sustanciación del proceso, los efectos fácticos y jurídicos de dicho acto¹⁰⁸.

Por el contrario las medidas innovativas son tutelas cautelares excepcionales que tienden a modificar el estado de cosas existente al tiempo de su dictado, provocando una alteración sustancial en las situaciones en las que se encuentran las partes del pleito. Esta medida *“se traduce en la injerencia del juez –sin que medie sentencia firme- en la esfera de de libertad de los justiciables a través de una orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultados consumadas de una actividad de igual tenor”*¹⁰⁹. La innovación no sería de cualquier clase sino destinada a “hacer cesar” o “retrogradar” la situación existente.

Mientras que las medidas de no innovar estarían expresamente contempladas en el art. 230, las innovativas estarían implícitas en el 230 y/o 232 del CPCC. La distinción es importante porque las medidas innovativas exigirían de un estándar más elevado y severo para su procedencia, puesto que con ellas la tutela conferida no mantendrá sino que alterará el statu quo, otorgándose *“al actor sustancialmente una protección equivalente a la que reclama en la demanda”*¹¹⁰. Sin embargo cabe poner de relieve que la distinción no ha de quedarse en lo terminológico pues muchas veces bajo título de prohibición de innovar o suspensión del acto administrativo se puede estar escondiendo una medida innovativa o cautela material que coincida con los efectos de la sentencia y que por ello exija de mayor intensidad de recaudos¹¹¹.

5) Medidas cautelares prohibitivas y cautelares positivas: Otra de las variantes que pareciera superponerse con alguna de las anteriores es la que distingue las medidas cautelares de contenido prohibitivo y positivo. Las primeras se traducirían en una orden de abstención para evitar un comportamiento u omisión (generalmente tienden a mantener el statu quo como las de no innovar, -vgr. no cobrar un cargo deudor-). En cambio las cautelares de contenido positivo *“importan la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conduc-*

¹⁰⁷ LOGAR, ob. cit. p. 468.

¹⁰⁸ Cfr. art. 25 del CPCA.; VALLEFÍN, ob. cit. p. 93.

¹⁰⁹ Cfr. PEYRANO, Jorge W., “La batalla por la medida cautelar innovativa”, ED. 07/07/98; LOGAR, ob. cit. p. 471.

¹¹⁰ VALLEFÍN, ob. cit. p. 91.

¹¹¹ El ejemplo usual en el desempeño práctico se encuentra con la medida cautelar que, so color de resolver una simple suspensión del acto de cesantía del actor, en realidad está ordenando su reincorporación a la fuerza.

*ta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos actos sino, directamente una obligación de hacer*¹¹² (vgr. abonar la jubilación).

Podríamos resumir el distingo entre la medida de no innovar, la innovativa y la cautelar positiva diciendo que mientras la primera implica congelar la situación existente en el estado en que está (*detener*), la segunda impone revertir el estado presente para llevarlo hacia una situación anterior (*retroceder*), y la última impone superar el estado actual para llevarlo a una nueva situación antes desconocida (*avanzar*). A partir de este distingo la doctrina establece una diferenciación entre la medida innovativa y la medida positiva, entendiendo que en este caso las exigencias cautelares se siguen agravando hasta exigir una presencia más relevante de todos los recaudos¹¹³.

Y así lo regula el código contencioso administrativo al establecer que si bien podrán disponerse medidas de contenido positivo con el objeto de imponer la realización de una conducta a la parte demanda, a tal fin el tribunal deberá ponderar, además de los requisitos de verosimilitud, peligro e inocuidad al interés público, “...*la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar a la demandada como a los terceros y al interés público*” (art. 22-3 CPCA.). Se advierte que esta tutela exige la incorporación de la urgencia y el balance de perjuicios¹¹⁴.

6) Medidas cautelares y medidas autosatisfactivas: Por último corresponde cerrar la ordenación de institutos haciendo un distingo entre lo que resulta ser propio de las tutelas cautelares –procesales o materiales en sus distintas variantes– y lo que viene a ser un fenómeno distinto como es el de la tutela autosatisfactiva. Para trazar una línea divisoria entre ambos institutos, podemos decir que en el orden ascendente que venimos siguiendo, respecto a la intensidad de las condiciones que justifican un más destacado nivel de tutela, a esta altura salimos de lo interino y llegamos al extremo, pues la autosatisfactiva sería la pretensión de máxima razón y urgencia que conocería nuestro ordenamiento (de allí su semejanza con el amparo).

Como recuerda la doctrina la medida autosatisfactiva “*es una solución urgente, no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional*”¹¹⁵. A diferencia de lo cautelar este tipo de tutela requie-

¹¹² LOGAR, ob. cit. p. 476.

¹¹³ LOGAR, ob. cit. p.

¹¹⁴ VALLEFIN, ob. cit. p. 40. (Allí alude al balance de privaciones o perjuicios “balance of hardships”).

¹¹⁵ DE LOS SANTOS Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar” RDP. 1, pag. 35.

re prueba inequívoca, certidumbre o convicción del derecho¹¹⁶, urgencia extrema, inminencia de daño irreparable, inoperancia de tramitación de un proceso pleno. La singularidad del objeto litigioso y la urgencia del caso exigirán un pronunciamiento inmediato sobre el fondo, y la concesión de una tutela que, por agotarse en si misma y resultar irreversible, no puede ser provisoria sino autónoma y definitiva.

Desde ya, las condiciones que justifican este tipo de pedimentos (vgr. transfusiones de sangre, operaciones quirúrgicas, etc.), no son canjeables con las que corresponden a las medidas cautelares, y exigen de otro tipo de procesamiento, de allí que se hayan descalificado los intentos de equiparación a este respecto¹¹⁷. Mal puede tramitar cautelar y unilateralmente un pedido autónomo de tutela definitiva. El proceso autosatisfactivo, por mínimo que sea, no puede salirse del ordenamiento, y ello exige que no se decida derechamente una pretensión principal, sin que la parte que deba sufrir las consecuencias haya tenido la oportunidad de ser oída¹¹⁸.

IV- Conclusiones.

Llegados a este extremo formularemos algunas conclusiones.

- 1) El régimen cautelar tiene raíz constitucional en el acceso a la tutela judicial efectiva, siendo inherente a la función judicial, dentro de los límites de la regulación legislativa.
- 2) El régimen procesal prevé distintos tipos de tutela (común, cautelar, anticipatoria y autosatisfactiva), no pudiendo hacerse un manejo promiscuo entre ellas.
- 3) A pesar de los avances en la materia, la tutela cautelar sigue teniendo caracteres de accesoria, instrumental, superficial, unilateral, provisoria y modificable.
- 4) La precautelar debería ser estimada como de uso excepcional, cuando se den sus recaudos, en tanto las cautelares deberían concederse o denegarse sin mayor trámite.
- 5) La llamada medida cautelar autónoma, no es sino una cautelar anticipada con nexo de accesoriadad (y caducidad) latente respecto de un eventual proceso principal.
- 6) El requerimiento de un informe previo a la resolución cautelar no genera bilateralidad en el trámite, ni consume el ejercicio defensivo de la parte demandada.
- 7) El procedimiento cautelar se encuentra reglado y resulta de observancia imperativa para las partes y para el juez, que no pueden innovar en las reglas de su trámite.

¹¹⁶ BERIZONCE, ob. cit. p. 506.

¹¹⁷ Cfr. SCBA. Ac. 90.868, "C.M.", s. 15/12/04; CCALP. In re "Ecodyma", s. 03/08/04; "Agropecuaria", s. 06/09/05, etc.

¹¹⁸ Cfr. CSJN. .Fallos 330:5251. SCBA. Ac. 90.868, "C.M.", s. 15/12/04;

- 8) La potestad judicial vinculada a la posibilidad de modificar el contenido de la medida cautelar no puede alterar la tutela requerida, ni quebrar el principio de congruencia.
- 9) De acuerdo a la intensidad ascendente con que se presentan los recaudos cautelares las tutelas se tipifican en formales, de no innovar, materiales, innovativas y positivas.
- 10) La tutela autosatisfactiva no resulta ser una tutela cautelar y viene a representar la pretensión de máxima claridad y urgencia que conoce nuestro ordenamiento.
- 11) Es improcedente reconducir de oficio una medida cautelar a un proceso sumarísimo o tutela autosatisfactiva, porque no son canjeables sus recaudos, trámites y efectos.
- 12) El proceso autosatisfactivo, por mínimo que sea, debe permitir ejercer el derecho de defensa a quien potencialmente va a sufrir sus consecuencias definitivas.

Leandro K. SAFI.