

LA NUEVA LEY DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL

THE NEW LAW ON PREVENTIVE MEASURES AGAINST THE NATIONAL STATE

PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI

Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como profesor titular, adjunto y asociado en la carrera de grado y en posgrado en la Universidad de Buenos Aires y otras universidades de la Argentina.

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.
gallegosfedriani@hotmail.com

Data de recebimento: 04.04.2017

Data de aprovação: 29.05.2017

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMEN: Este estudio se propone investigar, a partir de la contextualización del caso Español, los factores que generan la extinción de los contratos administrativos de concesión. Tomando en consideración el hecho de que las explotaciones empresariales de esas grandes infraestructuras han resultado deficitarias y han precipitado una extinción de los contratos administrativos, que habían sido concertados con esa finalidad de captar la financiación privada de su construcción y articular su amortización mediante los rendimientos obtenidos con la explotación de las infraestructuras, se hace necesario encontrar una explicación a esta falta de rentabilidad de las concesiones viales a partir de la crisis económica, las modificaciones legislativas y la notable divergencia entre la intensidad media diaria de tránsito prevista y la que efectivamente ocurre en la realidad, (y que refleja, por lo tanto, los justiprecios expropiatorios). Se constata, ante el desequilibrio económico-financiero creado, la existencia de una responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública.

ABSTRACT: Having the context of the Spanish case as its background, this study aims at investigating the factors that culminate in the termination of concession administrative contracts. Assuming that the exploitation of huge infrastructures are deficitary and have led to the termination of concession administrative contracts in order to obtain private financing and articulate the amortization by means of revenues obtained via exploitation, it is necessary to find an explanation to the lack of profitability of road concessions in light of the economic crisis, change in legislation and the remarkable divergence between the daily average intensity of traffic anticipated and that which really occurs, which represent the fair expropriating prices. Considering the financial-economic imbalance therefore created, there is the subsidiary responsibility of the Public Administration.

PALABRAS CLAVE: Concesiones de explotación de autopistas – Equilibrio económico-financiero – Responsabilidad subsidiaria de la administración pública – Justiprecios.

KEYWORDS: Road concession – Financial-economic balance – Subsidiary responsibility of the public administration – Fair Expropriating Price.

SUMÁRIO: 1. Princio general. 2. Características. 3. Oportunidad para promover una medida cautelar. 4. Forma del recurso. 5. Efectos de la medida cautelar. 6. Recurso extraordinario. 7. Modalidades de las medidas cautelares. 8. Medidas precautelares. 9. Cautelar autonoma. 10. Juez competente. 11. Medidas auto satisfactivas. 12. Carácter restrictivo del dictado de las medidas cautelares contra la administracion. 13. Obstaculos para pedir medidas cautelares contra el Estado. 14. Lentiud de los procesos. 15. Analisis de la ley. 16. Conclusiones. 17. Bibliografía.

1. PRINCIPIO GENERAL

En el orden Nacional no existe aún un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, por lo que el fuero especializado utiliza el Código Procesal civil y comercial con las reformas impuestas por la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).

Esto que parece una desventaja desde el punto de vista de la relación entre el particular y la administración resulto beneficioso a los fines de asegurar los derechos del administrado.

En efecto el Código Procesal Civil y Comercial exigía para la procedencia de las medidas cautelares la existencia de un derecho plausible “*fumus bonis iuris*”, la existencia de un daño irreparable *Damnum iniuria datum*; la contra-cautela que debe prestar quien reclama el dictado de una medida cautelar.

2. CARACTERÍSTICAS

Toda medida cautelar no es un juicio de conocimiento en sí mismo, sino que implica la existencia de un juicio principal al cual el dictado de la medida cautelar ayuda a que la sentencia sea dictada y produzca efectos, y no se transforme por el transcurso del tiempo en una simple declaración de derechos sin efectividad alguna.

3. OPORTUNIDAD PARA PROMOVER UNA MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares pueden promoverse con anterioridad de la presentación de la demanda; conjuntamente con la demanda o con posterioridad de la presentación de la demanda.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, ABC, Bogotá, 1978.
- DÍAZ, Clemente, *Instituciones de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968/1972, t. I.
- DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, Omeba-Plus Ultra, Buenos Aires, 1963/1971, t. VI.
- DIEZ, Manuel M., *Derecho procesal administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.
- DI IORIO, Alfredo J., *Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares*, LL, t. 1978-B, ps. 825 a 834.
- DROMI, Roberto J., *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- ESCOLA, Hector J., *El intrerés público como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal*, "Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje", Tecnos, Madrid, 1969, t. II.
- FASSI, Santiago C., y YÁÑEZ, Cesar D., *Código Procesal Civil y Comercial*, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1988/1989, t. II.
- FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. I.
- FERNÁNDEZ ROZAS, Jos, C., y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999.
- FIORINI, Bartolom, *Manual de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. II.
- FRYDMAN, Patrick, *Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el regimen juridico frances*, ED, diario del 28/6/00, ps. 1 y 2.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *La ley de emergencia económica-financiera 25.344. Diversos aspectos procesales de la misma*, ED, t. 191, ps. 729 a 740.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la administración nacional (principios jurisprudenciales)*, LL, t. 1996-B, ps. 1052 a 1060.
- GAMBIER, Beltrán, *El peligro en la demora en la medida cautelar en el juicio de amparo*, LL, t. 1997-A, ps. 69 y 70.
- GAMBIER, Beltrán; ZUBIAUR, Carlos A., *Las medidas cautelares contra la Administración*, LL, t. 1993-D, ps. 690 a 707.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tom s R., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1984.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública*, RAP, año XVII, agosto de 1995, nº 203, ps. 12 y siguientes.

- GRILLO COCCHINI, Pablo A., *Medidas cautelares. El anticipo de jurisdicción*, “Rev. del Colegio de Abogados de La Plata”, t. 59, ps. 259 y siguientes.
- GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar, *Cooperación cautelar en el derecho internacional privado*, JA, t. 2000-III, p. 1242.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La justicia administrativa en España*, “Rev. de Administración Pública”, vol. II, n° 6, septiembre a diciembre de 1951.
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *Las medidas cautelares en la ley de consolidación de deudas del Estado*, ED, t. 152, p. 336.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *Las medidas cautelares y la percepción de la renta pública*, ED, t. 159, p. 623.
- GUGLIELMINO, Osvaldo, *Medidas cautelares contra la administración*. Rev. “Actualidad en el derecho público”, Ad-Hoc, Buenos Aires, n° 13, ps. 80 y siguientes.
- HALPERIN, David A., *La promoción de medidas cautelares pendiente el agotamiento de la vía administrativa*, ED, t. 166, ps. 532 y siguientes.
- HALPERIN, David A., *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, “Rev. de Derecho Administrativo”, n° 1, p. 131.
- HUTCHINSON, Tom s., *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, t. 124, ps. 677 y siguientes.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Las medidas cautelares en el proceso sucesorio*, “Rev. de Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 169.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares en el proceso de familia*, LL, t. 1996-A, ps. 1199 a 1204.
- LINARES, Juan F., *Efectos suspensivos de los recursos ante la Administración*, LL, t. 85, p. 906.
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 1977/1988, t. I.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., *Jurisprudencia práctica*, Tecnos, Madrid, 1995.
- MERCADER, Amílcar, *Estudios de derecho procesal*, Platense, La Plata, 1968.
- MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario en las medidas cautelares*, “Rev. de Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, vol. I.

- MORELLO, Augusto M., *La cautela satisfactiva*, JA, t. 1995-IV, p. 414.
- MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- MORELLO, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Platense, La Plata, 1999.
- MOSCARIELLO, Mariana, "Tutela anticipada en el proceso uruguayo. Medidas provisionales y o anticipadas (art. 317, Código General del Proceso del Uruguay)", en *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*, dir. por Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, vol. I.
- PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, 7. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- PARELLADA, Carlos A., *Responsabilidad civil por las medidas cautelares trabadas sin derecho*, JA, t. 1991-IV, ps. 660 y siguientes.
- PEYRANO, Guillermo F., *Las medidas cautelares en la acción de amparo: sus relaciones con la acción principal. Los distintos despachos cautelares. Los recaudos exigibles*, ED, t. 188, ps. 915 y siguientes.
- PEYRANO, Jorge W., *La batalla por la medida cautelar innovativa*, ED, diario del 7/7/98, p. 1.
- PEYRANO, Jorge W., *Las medidas cautelares decretadas a título de cooperación judicial internacional en el ámbito de los países del Mercosur*, "Rev. de Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. I.
- PEYRANO, Jorge W., *Lo urgente y lo cautelar*, JA, t. 1995-I, p. 899.
- PEYRANO, Jorge W., *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA, t. 1997-II, ps. 926 y siguientes.
- PEYRANO, Jorge W., "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en AA.VV., *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 27.
- PEYRANO, Marcos L., *La caducidad de las medidas cautelares despachadas dentro de procesos urgentes como el interdicto de obra nueva*, ED, t. 186, p. 2000.
- PIERI BELMONTE, Daniel A., *Medidas cautelares*, JA, t. 2000-III, ps. 1156 y siguientes.
- PIOSSEK, Jorge A., *Estudio de las medidas cautelares. Principios generales*, "Rev. Jurídica", Tucumán, 1970, n° 21.
- PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1955.
- PODETTI, J. Ramiro, y GUERRERO LECONTE, Víctor, *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, Ediar, Buenos Aires, 1973, t. IV.
- PONCE, Carlos R., *Estudio de los procesos civiles*, "Ejecución procesal forzada. Juicio ejecutivo. Medidas cautelares", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 3.

- REIMUNDÍN, Carlos, *La prohibición de innovar como medida cautelar*, Buenos Aires, 1979.
- REIMUNDÍN, Ricardo, *La sistematización de las instituciones cautelares en el Código Procesal Civil de la Nación*, JA, t. 1968-II, ps. 724 y siguientes.
- REIMUNDÍN, Ricardo, *Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia*, "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", n° 22, ps. 95 y siguientes.
- RETORTILLO GONZÁLEZ, Cirilo M., *El alcance suspensivo del recurso contencioso administrativo en la ejecutoriedad de los actos recurridos*, "Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado", Madrid, Ministerio de Hacienda, 1961, p. 65.
- RIVAS, Adolfo A., *La revolución cautelar*, en "Rev. de Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 113 y siguientes.
- ROJAS, Jorge A., *Una cautela atípica*, en "Rev. de Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, 1998, vol. I, ps. 61 y siguientes.
- SERANTES PEÑA, Oscar, y CLAVEL BORRAS, Javier, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado y anotado, Ethos, Buenos Aires, 1963.
- SPISSO, Rodolfo R., *Aplicación mecánica de estándares y disvalioso mensaje*, ED, t. 159, p. 622.
- SPISSO, Rodolfo R., *Medidas cautelares contra actos de contenido tributario*, LL, t. 1993-D, p. 397.
- SORIA, Daniel F., *El Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires*, "Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública", agosto de 1997.
- SORIA, Daniel F., *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo*, ED, t. 182, ps. 1115 y siguientes.
- SPOTA, Alberto G., *El ámbito de aplicación de las medidas cautelares*, JA, t. 1955-IV, ps. 215 y siguientes.
- SPOTA, Alberto G., *Los procedimientos judiciales y la buena fe procesal*, JA, t. 1954-II, p. 45.
- TAWIL, Guido S., *El contencioso administrativo uruguayo tras la reforma de 1987*, "Rev. Jurídica de Buenos Aires", Facultad de Derecho y ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1990, vol. II.
- TORRES FERNÁNDEZ, Juan J., *Las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, "Rev. Jurídica de la Comunidad de Madrid", febrero-abril 1999, n° 2.
- ULLA, C., y LEPENIES, E., *La tutela cautelar administrativa*, "Rev. Argentina de Derecho Administrativo", n° 4, p. 262.
- UZAL, María E., *Reflexiones sobre el Protocolo de Las Leñas y sus relaciones con el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares*, "Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", n° 24.

- VALLEJO, Eduardo L., *Medidas cautelares en el proceso administrativo (suspensión provisional del acto administrativo)*, *Juris*, Rosario, 1981, 3ª época, t. 66, p. 215.
- VICTORIS, *Las medidas cautelares y el acceso a la Justicia*, nota a fallo, *LL*, t. 1996-B, ps. 220 y 221.
- VILLARRUEL, María S., *Algunas reflexiones en torno de las denominadas medidas cautelares positivas*, *ED*, t. 178, ps. 788 y siguientes.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000.
- WETZLER MALBRÁN, Alfredo R., *Responsabilidad procesal derivada de la cautela*, *ED*, t. 67, p. 593.
- ZAMBRANO, Pedro, *Medidas cautelares “autónomas” y la garantía de defensa en juicio por el artículo 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19.549?*, *LL*, t. 1998-C, ps. 344 a 355.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A (ir)responsabilidade da administração pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da súmula 331 do TST, de Carlos Henrique Bezerra Leite e Paula Corrêa Guasti – *RT* 917/387-405 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 3/1369-1386 (DTR\2012\2333).

