



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 06 de septiembre de 2016.

VISTOS:

Estos autos caratulados: “**INC APELACION en autos TRONCOSO, DARIO RUBEN c/ DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD Y OTROS s/ AMPARO LEY 16.986**”. Expediente FMP 2061/2016/1, proveniente del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de Azul.-

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Jiménez dijo:

l): Que arriban estos autos a la Alzada en virtud de los recursos de apelación incoados, uno por el letrado apoderado del Estado Nacional/Dirección Nacional de Vialidad, Dr. José María Bogliolo, y el otro por la letrada apoderada de la Empresa CV1 Concesionaria Vial S.A., Dra. María Paz Cordeviola, ambos en contra de la resolución del Sr. Juez de Grado, obrante a fs. 27/30, por la cual se hace lugar a la medida cautelar solicitada y se ordena la suspensión de la Resolución N° 47/2016 dictada por la Dirección Nacional de Vialidad, Ministerio de Transporte, Presidencia de la Nación y la Empresa CV1 Concesionaria Vial S.A., dejando sin efecto el aumento del cuadro tarifario que rige desde el 5 de marzo en las estaciones de peaje Cañuelas, Azul, Tres Arroyos, Urubelarrea, Saladillo, El Dorado, Vasconia e Hinojo, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.-

En cuanto a las expresiones de agravios formuladas, debido a su extensión, por aplicación del principio de economía procesal los daré por reproducidos en la presente resolución.-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

II): Conferido el traslado de ley, contestados los mismos a fs. 276/278, encontrándose estos autos en estado de resolver a fs. 281, corresponde adentrarme al tratamiento de los recursos interpuestos.-

III): Analizaré, en primer lugar, los recaudos de admisibilidad del recurso deducido por la co-demandada Concesionaria Vial S.A., a fin de analizar si cuenta con todos los recaudos exigidos por el ritual, para que esta Alzada pueda entender en la cuestión litigiosa planteada.-

Así, y de la compulsa de las actuaciones, alcanzo a advertir que la recurrente deduce recurso de apelación a fs. 255/260, contra la resolución de fs. 27/30, de la cual se ha notificado, conforme surge del oficio de fs. 183, el día 4 de abril de 2016.-

Del simple confronto de las fechas de interposición de la apelación deducida por ésta co-demandada – ver cargo de fs. 260 vta.-, como asimismo la fecha de la notificación cursada, obrante a fs. 183, puedo colegir que el recurso de apelación deducido ha sido interpuesto en forma extemporánea, toda vez que el término venció el día 6 de abril de 2016.-

Teniendo en cuenta lo que dispone el art. 15 de la Ley 16.986, en cuanto a que el recurso de apelación debe interponerse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de notificada la resolución que se intenta impugnar (Cfr. CFed. Tucumán, 23/04/70, “JA” 7-1970-818; íd. CNFed. Sala Cont. Adm., 23/10/69, “LL” 142-589; 26.177-S, entre muchos otros), es dable agregar, a su vez, que no resulta aplicable a este tipo de procesos el plazo de gracia establecido por el párrafo tercero del art. 124 del C.P.C.C.N (Cfr. CNCiv, Sala “A”, 31/03/98, “LL” 1998-C-691).-

Bien ha señalado en el punto la más calificada doctrina, que “(...) el recurso debe interponerse dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación de la sentencia o resolución” agregando a ello, que “(...) el plazo para apelar corre desde la hora en que se practicó la notificación, y se computa hora a hora, es decir, en forma continua, y no rige el plazo de gracia” (Cfr. Sagüés, Néstor





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

“Derecho Procesal Constitucional” T ° III (Acción de Amparo” Edit. ASTREA, pág.509/10)

En consecuencia, y de conformidad con las constancias obrantes en autos y normativa aplicable, corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la co-demandada Concesionaria Vial S.A. y, en consecuencia, firme la resolución recurrida a su respecto.-

IV) Entrando ahora a analizar el recurso de apelación interpuesto por la co-demandada Estado Nacional/ Dirección Nacional de Vialidad, adelanto desde ya mi opinión en el sentido de confirmar lo decidido por la instancia anterior en razón de los siguientes fundamentos: -

En primer lugar, respecto del planteo de nulidad por la no aplicación de los postulados de la ley 26.854, debo recordar que dicha normativa no resulta aplicable al proceso de autos, en virtud de lo dispuesto por el art. 19, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4° inciso 2, 5°, 7° y 20 de la citada norma.

En consecuencia y en relación al plazo de vigencia de la medida cautelar decretada, previsto en el art. 5 de la ley 26.854, siendo que el a-quo ha dispuesto que misma se mantendrá hasta tanto se dicte sentencia definitiva, no encuentro óbice alguno al respecto, teniendo en cuenta el carácter expedito y rápido del presente proceso y el plazo establecido en el art. 8 de la ley 16.986, para el dictado de la sentencia definitiva.---

Sin perjuicio de ello cabe aclarar, que en caso de demoras en el dictado de la sentencia definitiva en las presentes actuaciones, el a quo deberá adecuar el plazo al termino de vigencia de la medida cautelar previsto en el art. 5 de la ley 26.854.---

En consecuencia, se desestima el planteo propiciado en tal sentido.-

En segundo lugar, cabe recordar aquí, que la finalidad de las medidas cautelares en general, y la prohibición de innovar en particular, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio.---

Así, la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; pero en éstos peculiares supuestos, la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a ésta de cumplir eficazmente su obra evitando que la misma sea burlada a través de una sentencia que – en caso de resultar favorable -, puede tornarse de imposible cumplimiento.---

Debo destacar también aquí, que las medidas cautelares que disponen la prohibición de innovar respecto de una situación determinada, son adoptadas por la autoridad judicial con el único objeto de impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho mientras dure el proceso y con miras a atender debidamente a los términos de una eventual sentencia favorable a dictarse.-

A ese fin, es preciso indagar sobre el cumplimiento de la exigencia procesal atinente a los presupuestos que las medidas cautelares deben ostentar para pensar en su viabilidad; o sea, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela que guarde relación con los efectos de la medida de resguardo a ser dictada.-

En ese contexto, los Jueces debemos ser cautos en la concesión de las mismas, reservándolas para aquellas situaciones en que los presupuestos de admisibilidad, resulten prima facie acreditados, dejando en claro que en su apreciación no se debe seguir un criterio mecánico, sino que deben evaluarse en cada caso las circunstancias que estén presentes y las condiciones en que han de prevalecer, como también sopesar la documentación acompañada que permita una credibilidad objetiva que sostenga razonablemente su admisión.---

Consecuentemente, el primero de los recaudos que debe concurrir es el *fumus bonis iuris*, que como este Tribunal lo tiene decidido, no debe interpretarse con criterio restrictivo, pero sí deben existir en autos elementos de juicio idóneos



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

para formar la convicción acerca de la bondad de los mismos y pesa sobre quien la solicita, acreditar la presunta existencia de las condiciones exigidas por la ley procesal (art. 230 CPCCN).-

Es del caso señalar también a este respecto, que el dictado de medidas cautelares contra la administración pública, debe atenerse a un criterio restrictivo frente a la presunción de legitimidad de la que gozan sus actos, y si bien no se exige a tal fin un examen de certeza para su procedencia, es necesario evaluar previo a su dictado, acerca de la existencia o no de un derecho garantizado por la ley, "prima facie" agraviado por el acto lesivo endilgado a la Administración.-

Y así lo ha sustentado este Tribunal "in re": "Mendez, Fernando c/ D.G.I. s/ Amparo" y " Pesquera Costa Brava SRL c/ A.F.I.P. s/ Amparo- ampliación medida cautelar ", al estimar que frente a la presunción de legitimidad de la que gozan los actos de la Administración, no es menos cierto que la misma cede cuando efectuada una valoración "prima facie" del derecho invocado por el afectado, el mismo es favorable a la pretensión del peticionante, debiéndose para ello apreciar la presunta arbitrariedad con un criterio de probabilidad acerca de su existencia, sin que la misma implique prejuzgar sobre la solución de fondo.-

Pero, se ha remarcado también, que tal principio de limitación sólo debe ceder cuando los actos del Estado sean impugnados sobre bases presuntamente verosímiles; todo ello, unido a la exigencia en estos casos de una mayor prudencia derivada, precisamente, de la posible validez de los actos de los poderes públicos.-

Asimismo cabe aclarar al respecto que si bien la administración goza de discrecionalidad para la emisión de los actos administrativos, lo cierto es que esta potestad no es irrestricta, ni ilimitada ya que tienen un ámbito que no puede ser excedido y si ello ocurre nace el derecho del afectado a recurrir a los controles naturales. (Cfr. CNCiv., E, 29/2/1980, Inca S.R.L c. Municipalidad de la Capital).-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Pues bien, es en este contexto que cabe valorar la resolución N° 47/2016 de la Dirección Nacional de Vialidad, en cuanto ha dispuesto el aumento del cuadro tarifario de los peajes allí comprendidos.-

Del texto de la resolución analizada, surge con claridad la ausencia de fundamentación necesaria, para avalar la adopción una medida como la cuestionada en autos. De la simple lectura de sus considerandos se advierte, una motivación difusa y genérica respecto de las razones que habrían dado lugar al aumento de la tarifa del peaje.--

Asimismo no puedo perder de vista que el aumento establecido resulta a "prima facie" desproporcionado y excesivo atento que impone un incremento de aproximadamente el 375% respecto del valor anterior en forma directa, el cual incluso, excedería -en principio- ampliamente los índices de inflación oficialmente publicados.--

Al respecto cabe aclarar, que la motivación de los actos administrativos tiende a cumplir tres finalidades: que la Administración, sometida a derecho, que ella dé cuenta de sus decisiones; que estas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas; y que el particular afectado pueda ejercer suficientemente su defensa en caso que desee impugnarlo (Cfr. SC Buenos Aires, "**Castelo de Vignola Isabel c. Municipalidad de Florencio Varela**" 10/06/1980).-

Ello amerita que las dependencias estatales, al efectuar las pertinentes regulaciones normativas y actuaciones administrativas, aún para el caso de concesiones a particulares, deba adoptar mecanismos aptos para que tales prerrogativas que hacen al normal desarrollo de la función pública se realicen, en caso de no tornarse exorbitantes, limitándose su ejercicio cuando se torne abusivo, al confrontarlo con la irrestricta vigencia que deben tener en éstos supuestos, las garantías y derechos de los ciudadanos.---

Es dable acotar que la mera presunción de legalidad de los actos de la administración - aspecto que este Tribunal lo tiene perfectamente presente - no





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

puede llevar como regla general que contra ellos no pueda debatirse o discutirse su razonabilidad, más aún en el tratamiento de una cautelar que es meramente provisoria. La Carta Magna no impide establecer restricciones siempre y cuando ellas ostenten un criterio o fundamento razonable y no resulten arbitrarias.-

Al menos en esta instancia y con la provisoriedad que las cautelares encierran, la disposición cuestionada del Estado Nacional, Dirección Nacional de Vialidad N° 47/2016, entiendo que no resulta “prima facie” razonable (art. 28 C.N.), toda vez que no se han tratado íntegramente y con la profundidad y seriedad que el caso amerita, las consecuencias que su aplicación acarrearía a los ciudadanos perjudicados.-

Adviértase que el peticionante de Autos informa que si bien existió una audiencia pública previa a determinar el aumento en los peajes mencionados en demanda, la misma exhibió “escuetísima” información, realizándose solo como recaudo formal previo a la toma de la decisión impugnada, y sin convocar a quienes cotidianamente transitan esas rutas

Por ende al haber el accionante presentado y esbozado argumentos aptos para determinar con el grado de probabilidad y provisoriedad de toda medida cautelar, que la Dirección Nacional de Vialidad habría ejercido abusivamente sus atribuciones como autoridad de aplicación, razón por la cual ello es por sí suficiente para validar, con el grado de probabilidad que exigen las cautelares, la verosimilitud del derecho que se invoca.-

Adviértase que entre las razones que invoca la recurrente para peticionar la revocación de la medida, alude al conocido precedente “Arenera del Libertador” (Cfr. CSJN Fallos 314:595), pero en realidad, el mismo solo sería de invocación idónea para evaluar el fondo del asunto, y no el dictado de una orden de cautela, ya que no se impugna aquí la habilitación de una modalidad de “peaje” por parte de la unidad concesionaria, sino el aumento en forma “directa”, del monto del costo del mismo a valores que se aproximan al 375%, cuando se aduce en demanda que los datos de inflación han sido en el período en cuestión,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

sensiblemente inferiores, alegándose asimismo fallas procesales y exceso en la discrecionalidad administrativa en el decurso de ese proceso administrativo de determinación de aumento que aquí se ataca y en el que se solicita la cautela concedida por el Aquo.---

También parece inconducente solicitar la revocación de la medida atendiendo, por ejemplo, a razones como la estadística que refiere que “(...) el 62% de los hogares argentinos no poseen automóvil” (fs. 199).---

Es que aun cuando la determinación de incremento en la tarifa del peaje habida en la Res. AG N° 47/2016 respondiese a una variación de fuente de financiamiento de la obra, sustentada en una decisión discrecional propia del poder político, no es menos cierto que todo acto discrecional puede tornarse en arbitrario, y por ende, impugnabile por los administrados, que es lo que ha acaecido en Autos, y más allá de la suerte que pudiese correr el fondo de la cuestión debatida, la problemática amerita el dictado de una orden de cautela que prevenga daños irreversibles en el patrimonio o derechos de los ciudadanos que cursan el tramo vial en cuestión.---

Como bien lo ha señalado la jurisprudencia, en forma conteste, la discrecionalidad de la Administración Pública “(...) solo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma” (Cfr. CSJN, 23/06/1992 “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, el resaltado me pertenece). En consecuencia, habiéndose cuestionado el modo de discrecionalidad aquí utilizado, invocándose arbitrariedad por exceso de tales parámetros (Art. 91 inc. 2^a, 28 CN), ello habilita a peticionar y conceder, como ha acaecido en Autos, una orden de resguardo cautelar que prevenga efectivizar – de momento - tales nuevos parámetros hasta tanto el magistrado actuante resuelva el planteo efectuado en demanda.---





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Demás está decir que tan grave medida impone una pronta y efectiva resolución del fondo del asunto por parte del Magistrado actuante, a fin de que la cautela dispuesta no desnaturalice la lícita y conducente realización de aquellas actividades propias de la Administración Pública.---

En relación con el "peligro en la demora", el supuesto perjuicio es inminente y responde a una necesidad efectiva y actual; al denegar la medida cautelar se le ocasiona un perjuicio al actor toda vez que de haber persistido la aplicabilidad de la normativa cuestionada, se podría afectar además su capacidad de transitar libremente en los términos del art. 14 de la C.N., y además la garantía de propiedad del mismo, y su derecho a ejercer industria lícita a partir del tránsito presuntamente conculcado, con aptitud para causar, reitero, un perjuicio material y moral al amparista.---

Todo ello dicho, sin que implique abrir juicio alguno sobre el fondo del asunto, toda vez que los órganos judiciales, entonces, deben evaluar en cada caso todas las circunstancias que están presente y disponer lo que mejor se ajusta a los valores en juego, con la provisoriedad que imponen las medidas cautelares.-

Todo lo antes señalado no me inhibe de instar al magistrado anterior, a que dada la trascendencia del planteo habido, proceda a resolver el fondo de la cuestión, con la celeridad que el caso impone, a fin de evitar que el reclamo de Autos sea sostenido por una orden de cautela con inconducentes renovaciones, ya que ambas partes en éste proceso constitucional requieren que se viabilice aquí su derecho a la jurisdicción, constitucionalmente conferido, y que consiste en la "(...) posibilidad de acceso a un proceso no desnaturalizado que pueda cumplir con su misión de satisfacer la pretensiones que allí se formulen, en tiempo oportuno" (Cfr. Cross & Harris "Precedent in English Law" Ed. Clarendon Law Series, 4ª Edición, Oxford Press, 1991).---

Por lo expuesto, propongo al acuerdo: **1) DECLARAR MAL CONCEDIDO** en la Instancia de Grado el recurso de apelación interpuesto por la co-demandada





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Concesionaria Vial, al ser el mismo extemporáneo, resultando, en consecuencia, firme la resolución recurrida (art. 15 de la Ley 16.986); **2) RECHAZAR EL PLANTEO DE NULIDAD** por la aplicación de la ley 26.854, en atención a los motivos antes expuestos, **3) CONFIRMAR EL DECISORIO** recurrido de fs. 26/29, en todo lo que fuere motivo de apelación y agravios, con costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.) **4) INSTAR AL MAGISTRADO ANTERIOR**, para que dada la trascendencia del planteo habido, proceda a resolver el fondo de la cuestión, con la celeridad que el caso impone, ya que ambas partes en éste proceso constitucional requieren que se viabilice aquí su derecho a la jurisdicción, que impone una pronta y garantizadora resolución del conflicto aquí habido.-

Tal el sentido de mi voto.-

El Dr. Ferro dijo:

Que examinado el voto del Sr. Juez que me precede en la votación y las constancias de orden fáctico y jurídico que informan a los presentes obrados,



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

respetuosamente, he de adherir solo parcialmente a la solución propuesta en base a las argumentaciones que he de exponer al respecto.

Frente a los planteos recurridos, corresponde de manera prioritaria -por cuestiones metodológicas- analizar lo concerniente al dictado de la cautelar -en mérito a su regulación mediante la ley 26.854- toda vez que la resolución que recaiga sobre ella permitirá analizar la procedencia de la medida o no.

He sostenido, en reiteradas oportunidades, que es esencial en nuestra organización constitucional el deber en que se hallan los jueces de examinar las normas en los casos concretos sometidos a su decisión y compararlos con la Carta Magna para indagar si guardan o no concordancia con su texto, constituyendo ello no sólo la más delicada de las funciones jurisdiccionales, sino un fin supremo y fundamental del Poder Judicial en aras de preservar el art. 31 de la CN.

Sin embargo, entiendo que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19) y que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera y cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas).

La CSJN sostuvo que “las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la ley fundamental” (Fallos 307:906; 307:862;311:2817; entre otros).

Que el 29 de abril de 2014, se promulgó la ley N° 26.854 que regula las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

medidas cautelares en causas en las que el Estado Nacional es parte o tercero interviniente.

Si analizamos el texto, en particular y en lo que aquí interesa, de los artículos 4 inc.2; 5; 7 y 20 en cuanto establecen el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida; el límite máximo de vigencia de la orden precautoria; la modificación de la medida dictada y lo concerniente a la competencia de los jueces para resolver sobre ellas, advierto desde el inicio, que contrarían las normas constitucionales (arts. 1, 16, 17, 18, 42 y 43, 75 inc. 22 y 23 y 116 de la CN) y se apartan de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, arts. 1, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), pues restringen el acceso a la justicia de los ciudadanos cuando accionan contra el Estado Nacional, colocándolos en una situación de desigualdad procesal y en contradicción de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso legal.

Esta circunstancia, hace necesario que el suscripto se avoque en la presente al control judicial de constitucionalidad de la ley en mención a fin de preservar la estructura del Estado, la distribución de poder prevista en la C. N. y de resguardar las garantías constitucionales.

Veamos. Las medidas cautelares nacieron en el derecho procesal como mecanismos de protección de los bienes que estuvieran sometidos a juicio, así como para preservar la eficacia de una eventual sentencia de condena ante el peligro de que el transcurso del tiempo hiciera imposible su cumplimiento.¹

En este marco, tal como afirma el Dr. Arazi, las medidas cautelares tienden a mantener la **igualdad de las partes**, posibilitando que la justicia cumpla en forma eficaz su cometido; no hay duda alguna que en un conflicto entre un ciudadano y el Estado, aquél es la parte más débil y a quién los jueces tienen el

¹ Jorge Alejandro Amaya y Adelina Loianno, "Derechos políticos y medidas cautelares de la CIDH", Revista Jurídica La Ley año LXXVIII nº136, del 23 de julio de 2014, p.1.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

deber de proteger. Y, comentando la ley en cuestión, agregó: “El poder administrador no tolera tipo alguno de control a su actividad por el Poder Judicial; esto no sólo se advierte en nuestro país, sino también en muchos otros. Como afirma Juan Carlos Cassagne: “Las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas del poder público; no se puede dejar de percibir la extraordinaria trascendencia que han venido cobrando a raíz de la extrema dilación de los procesos judiciales y de la necesidad de cortar de cuajo la amplia gama de arbitrariedades que exhibe el accionar de la Administración así como de obtener el pronto restablecimiento de los derechos conculcados a través de medidas positivas”.²

Vale decir, el objeto de la cautelar es el de inmovilizar la situación jurídica de determinados bienes, para impedir que su libre disposición haga ilusorios los derechos de los litigantes.

En efecto, el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 16 de la CN y los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obligan a los jueces a extremar los recaudos en cumplir con todos los actos procesales a los fines de prevenir consecuencias que implicarían dilación y afectarían el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, y sumado a ello, impide a los jueces justipreciar otras circunstancias graves que precisen de una solución urgente, entrometiéndose en las facultades decisorias de los jueces y por ende obstaculizando la eficaz actividad jurisdiccional (art. 116 CN).

Por último, conviene destacar que las medidas cautelares no son objeto de una decisión apresurada o caprichosa de los Magistrados puesto que deben reunirse para que su decreto, condiciones jurídicas que deben ser previamente valoradas

² Arazi, Ronald “El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854)”, Dossier: Medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional, Bs. As., 12 de junio de 2013, JA 2013-II, fascículo n. 11, p. 4 con cita Juan Carlos Cassagne “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B-1090.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

El art. 4, establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, reduciendo la posibilidad de dictar medidas cautelares *inaudita parte* lo que queda reservado a las situaciones excepcionales que no se dan en este caso.

Al respecto, corresponde recordar que la regla que estableció el código adjetivo radica en que la cautela se decreta *inaudita pars*, sin contradictorio y sin intervención de la contraria; lógica consecuencia de la naturaleza sumaria del procedimiento, así como también de la **urgencia** y **celeridad** necesarias a su fin; además el conocimiento previo podría originar la frustración del objeto a que tiende la medida, vulnerando la eficacia de la tutela cautelar. Ello, sin perjuicio de las facultades que posee el juez en virtud del art. 204 del CPCCN.

De lo expuesto, deviene manifiesto que las medidas cautelares se ordenan sin oír previamente a la parte contraria y en efecto "...el juez funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el peticionario"³ pues el conocimiento para decretarlas es "en grado de apariencia", no de certeza. Por ello, no producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia reitero, su acogimiento no configura prejuzgamiento, no tienen incidencia directa sobre la relación procesal, son de ejecutabilidad inmediata y revisten carácter urgente.

Por otra parte, siempre queda latente la posibilidad de su cuestionamiento toda vez que decretadas las mismas, se deben notificar de manera personal o mediante cédula, a fin que la contraria tome debida y fehaciente nota para el planteo de un eventual recurso de apelación; con ello queda garantizada la bilateralidad y el derecho de defensa de la parte sobre la cual se le dictado una cautelar.

De allí, que valoro que el art. 4 de la ley en cuestión, desnaturaliza la institución propiciando demoras innecesarias en perjuicio de los ciudadanos.

Por su parte, el art. 5 determina la vigencia de la medida cautelar. Conspicuos autores concluyen que la aplicación de este artículo significa lisa y llanamente la total ineficacia de estas medidas pues resulta desacertado e

³ Arazi, Ronald "Medidas Cautelares", Bs. As., Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

irrazonable fijar un plazo legal para la caducidad de las cautelares mientras subsistan las causas que originaron su dictado (art. 202 del CPCCN), criterio que comparto habida cuenta que se presume que el Juez actúa con equilibrio para decidir el tiempo de vigencia de la medida cautelar que se adapta a las circunstancias del caso.

Por lo dicho, entiendo inaplicable por inconstitucional los arts. 4º inc.2; y el art. 5º de la ley 26.854 al caso de autos, razón por la cual he de proceder a examinar a continuación cautelar trabada en autos.

Respecto de los arts. 7 y 20 al no darse actualmente pautas que contraríen la Ley Fundamental, ni haber solicitado alguna de las previsiones del primero de estos artículos, teniendo en cuenta la gravedad de una inconstitucionalidad -que solo debe ser declarada como última ratio- habida cuenta que no ha existido un planteamiento al respecto de ellos, entiendo deben ser seguir vigentes mientras se mantengan las actuales circunstancias procesales del caso en examen.

Sentado ello y analizando la procedencia o no de la medida solicitada, no puedo dejar de advertir que este Tribunal ha fallado in re “López, Luis Leopoldo y otra c/ PEN y otro s/ Amparo”, entre muchísimos otros casos,⁴ que es función indeclinable de los Jueces, al decidir las causas sometidas a su tratamiento, asegurar la efectiva vigencia de la ley tratando en ese contexto que no pueda ser sometida o vulnerada por expresiones dogmáticas.

Debo recordar -en primer lugar- que la finalidad de las cautelares en general y de la prohibición de innovar en particular, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio.

Debo destacar -asimismo- que las medidas cautelares que disponen la prohibición de innovar respecto de una situación determinada, son adoptadas por

⁴ CFAMDP; exped. Nº 7333.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

la autoridad judicial con el único objeto de impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho mientras dure el proceso y con miras a la eventual sentencia a dictarse.⁵

Sin perjuicio de ello, es preciso significar que para su precedencia es menester indagar sobre el cumplimiento acerca de la existencia o no de un derecho garantizado por la ley o sea la verosimilitud del derecho y la justificación del peligro en la demora.

En este aspecto, los Jueces deben ser cautos en la concesión de las mismas reservándolas para aquellas situaciones en que los presupuestos de admisibilidad, resulten prima facie acreditados y en su apreciación no se debe seguir un criterio mecánico, sino deben evaluarse en cada caso, las circunstancias que estén presentes y las condiciones en que han de prevalecer; es decir, la necesidad de una “apariencia de buen derecho” en el análisis de los hechos referidos por las partes y la documentación acompañada que permita una credibilidad objetiva para que las mismas sean razonablemente admitidas.

Consecuentemente, el primero de los recaudos que debe existir es el *fumus bonis iuris*, que como este Tribunal lo tiene decidido, no debe interpretarse con criterio restrictivo ni exige un examen de certeza, indiscutiblemente si deben concurrir en la causa elementos de juicio idóneos para formar la convicción acerca de la bondad de los mismos y pesa sobre quien la solicita acreditar prima facie la existencia de tales condiciones exigidas por la ley procesal (arts. 230 y 377 CPCCN, art. 17 ley 16.986), tal como esta Cámara Federal lo puso de manifiesto en los autos “A. Barilari SRL c/ A. Barilari SA s/ cesación de nombre y medida cautelar – s/ incidente art. 250 CPCC ”; “APU c/ Universidad Nacional de Mar del Plata y otro s/ amparo”; “Villagra, Liliana E. c/ Estado Nacional y otros s/ amparo – expedientillo apelación medida cautelar”; AAVISA c/ American Airlines y otros s/ juicio sumarísimo”⁶.

⁵ Fenochietto, Arazzi; Cod.Procesal Civil y Comercial; T.I pag. 740.

⁶ CFAMDP; exped. N° 6977/03, 7072/03, 8337/05 y 4973/2000 respectivamente.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

En este orden de ideas, este Tribunal ha señalado en autos "Méndez, Fernando c/ D.G.I. s/ Amparo" y " Cam. Arg. Buques Pesqueros de Altura c/ Consejo Federal Pesquero; SAGPyA; Subsec. de Pesca s/ amparo"⁷ que la declaración de medidas cautelares dictadas contra la administración pública deben atenerse a un criterio eminentemente restrictivo frente a la presunción de legitimidad de la que gozan sus actos ya que los actos administrativos tienen como característica –en principio- la presunción de su legitimidad y fuerza ejecutoria; ello permite -por regla general- que la Administración ejecute sus propios actos sin que los recursos o acciones judiciales, mediante los cuales se discute su validez, suspendan su ejecución; o sea, tal presunción de legitimidad determina, en principio, la improcedencia de las medidas cautelares contra los actos de los poderes públicos(fallos 313:521,819,entre otros); empero tal doctrina no reúne carácter de absoluto, toda vez que debe ceder cuando se impugnan los actos sobre una base prima facie verosímil y se acredita la arbitrariedad de los mismos (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702).

Tal arbitrariedad y la ilegitimidad del acto, entonces, deben surgir en forma "manifiesta", es decir palmariamente de modo que no sea necesaria una comprobación plena con etapas procesales de debate y prueba para obtener aquella perspectiva.

Sentado ello, debo significar que, a mi juicio, el "fomus bonis iuris", teniendo en cuenta las constancias de autos y la etapa que desanda esta relación procesal, no se halla prima facie acreditado.

En esta trama, la Resolución N° 47/2016 dictada por la Dirección Nacional de Vialidad, dependiente del Ministerio de Transporte, fijando el aumento de las tarifas de peaje en las estaciones Cañuelas, Azul, Tres Arroyos, Uribelarrea, Saladillo, El Dorado, Vasconia e Hinojo y aplicada por la empresa CV1 Concesionario Vial SA, permite inferir de manera presunta y con el grado de provisoriedad con que se dictan las medidas cautelares, que el Estado Nacional a través de aquel organismo posee derecho a ejercer tal proceder tarifario.

⁷ Reg al T. XV f. 3155 y T. XXIV f.4869/99 respectivamente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

O sea, el accionar de la demandada está basado y fundado en la Resolución de marras que determina las nuevas tarifas de peaje motivo por el cual frente a dicha normativa, que pareciera dar razón a la demandada para fijar los peajes, la actora cuenta, por ahora, solo con sus manifestaciones y la invocación de derechos que dicen le dan razón para tal cuestionamiento; pese a la provisoriedad de las cautelares y la etapa que desandamos, no debo prescindir que tal determinación tarifaria comporta un status jurídico normativo frente a la posición del actor que le otorgaría una protección legal para determinar el valor de tales conceptos.

La presunción de legitimidad de esa Resolución frente al vacío de la pretensión de la actora, establece, por el momento, la improcedencia de las medidas cautelares contra tal Resolución Administrativa puesto que no se acredita una irrazonable determinación ni una pérdida de aquella presunción como para que sea admitidas (fallos 313:521,819, entre otros).

Cuadra añadir que asentir a la pretensión actora implicaría priorizar por sobre la mentada resolución un cuestionamiento que por más respetable que parezca a esta altura del proceso, no posee cualidad jurídica razonable como para desvirtuar el contenido de un acto jurídico emanado de la administración frente a la inteligencia del art. 12 de la ley 19.549, además de concederle un status jurídico al actor que, al menos por el momento, no goza de protección normativa alguna, en la medida que no invoca norma alguna expresa y concreta que beneficie su pretensión; solo hace mención a la arbitrariedad e irrazonabilidad, extremos éstos que no pueden sustentarse en esta etapa procesal y en el marco de una cautelar.

En la especie, a mi juicio, acoger la medida cautelar pretendida implicaría - por el momento - convalidar las pretensiones del actor conforme un fundamento jurídico insuficiente.

A pesar de ello, debo significar que examinar el accionar de la D.N.V., hasta el momento y con la naturaleza que exige el examen de una cautelar, importaría





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

analizar la oportunidad y conveniencia de la decisión tarifaria fijada, lo que está impedido de examinar este Poder Judicial.

Asimismo, acceder a la cautelar peticionada por la actora sería desconocer la facultad de la Dirección Nacional de Vialidad para el dictado de la Resolución 47/2016 en mérito a que hasta tanto se adopte una solución definitiva goza de plena vigencia por lo que no observo a este momento que, prima facie, exista en el caso de autos una eventual conducta arbitraria de la demandada que habilite la protección cautelar requerida.

Por el contrario, colisiona con un principio legal que precisamente regula lo que el accionante pretende cautelar.

Dentro de las prerrogativas "hacia afuera" que dispone la Administración, uno de los pilares de nuestro régimen administrativo es la presunción de legitimidad - también llamada de validez del acto administrativo - por la cual se supone que éste ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, con arreglo a derecho. Entonces, lo que se da por sentado es que el acto fue dictado no solamente conforme a los cauces formales sino también al interés social, salvo probando la ilegalidad de tal norma que solo puede suceder en la sentencia definitiva.

Por ende, al menos en esta instancia y con la precariedad que las cautelares encierran, la respuesta del Estado Nacional cuestionando el otorgamiento de la medida cautelar, a mi juicio, posee la razonabilidad suficiente (art. 28 C.N.) pues debe estarse, en todo caso, a una mayor profundidad del examen en cuestión; más, valorando la naturaleza del planteo efectuado.

De lo actuado a mi juicio falta, reitero por el momento, un exhaustivo análisis de la situación del actor frente a las normas pertinentes y la presunción de legitimidad del acto dictado por la Dirección Nacional de Vialidad y teniendo en cuenta que se trata, además, de un anticipo de jurisdicción favorable en relación con el fallo definitivo y estar en juego disposiciones del Estado, los jueces deben ser prudentes al momento de apreciar los recaudos para su procedencia.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

En este contexto, también debe valorarse que se permitiere enervar las disposiciones de la Resoluc. 47/2016 de la DNV resultaría frustratorio el poder que ostenta el Poder Ejecutivo dentro de las normas directivas que posee, por el lapso que dura la tramitación de este juicio y hasta que se resolviera sobre la validez constitucional de la norma cuestionada.

De no existir tal principio, además, toda la actividad administrativa sería cuestionable prima facie, aunque la legitimidad fuera patente, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo, en definitiva al interés público al margen que podría generar un efecto multiplicador en la sociedad, ya que se invocarían permanentemente argumentos similares a los aquí esgrimidos para impedir determinadas regulaciones en el aspecto tarifario de los peajes, lo que provocaría una inseguridad jurídica.

Por lo tanto, la verosimilitud del derecho invocado por la actora, no alcanza - por el momento - el grado de apariencia necesaria, ni resulta ajustada a derecho para admitir la procedencia de la medida pretendida, no obstante lo que se decida en el momento de la sentencia definitiva toda vez que este pronunciamiento no implica emitir opinión en forma anticipada sobre el devenir procesal de esta causa.

Respecto del peligro en la demora, en atención a lo que he de proponer entiendo resulta abstracto tal tratamiento sin perjuicio de compartir, en este punto la petición al Sr. Juez aquo para que con la mayor urgencia posible y dentro de su cúmulo de trabajo imprima a esta cuestión la mayor celeridad posible para el dictado de la sentencia petinente.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar la inconstitucionalidad de los arts. 4 inc. 2; 5, de la ley 26.854 como su consecuente inaplicabilidad al caso de autos y revocar la medida cautelar dictada a fs. 27/30; las costas deben ser por su orden en razón de lo novedoso de la cuestión y haberse creído con



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

derecho a plantear tal medida el actor habida cuenta la forma en que pudo interpretar las normas en juego (art. 68 del C.P.C.C.N.).

El Dr. Tazza dijo:

Que por sus fundamentos, adhería al voto del Dr. Ferro.-

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

(Por unanimidad)





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Declarar mal concedido en la Instancia de Grado el recurso de apelación interpuesto por la co-demandada Concesionaria Vial, al ser el mismo extemporáneo, resultando, en consecuencia, firme la resolución recurrida (art. 15 de la Ley 16.986).

(Por mayoría del Dr. Ferro y del Dr. Tazza)

Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 4 inc. 2; 5, de la ley 26.854 como su consecuente inaplicabilidad al caso de autos y revocar la medida cautelar dictada a fs. 27/30; las costas deben ser por su orden en razón de lo novedoso de la cuestión y haberse creído con derecho a plantear tal medida el actor habida cuenta la forma en que pudo interpretar las normas en juego (art. 68 del C.P.C.C.N.).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

