



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO DE FERIA DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

CAUSA N° 48362/2023 "NITZCANER, THOMAS GABRIEL c/ EN-DNU 70
/23 s/PROCESO DE CONOCIMIENTO"

Buenos Aires, de enero de 2024.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I.- El 29/12/2023 se presenta el Sr. Thomas Gabriel Nitzcaner, por derecho propio, y promueve la presente acción declarativa contra el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) a fin de que se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable del decreto de necesidad y urgencia n° 70/2023 (B.O. 21/12/23).

Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar con el objeto de que se disponga la suspensión de los efectos del decreto citado hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos.

Tras hacer referencia a la legitimación activa para promover la presente acción, puntualiza que, más allá del interés que ostenta de garantizar la supremacía constitucional, el decreto impugnado compromete directamente sus derechos subjetivos e intereses personales como socio del Club Atlético River Plate, como abogado y como afiliado a una obra social.

Sentado ello, sostiene que se encuentran reunidos los requisitos que hacen a la procedencia de la medida cautelar solicitada.

En lo que respecta al peligro en la demora, considera que la ejecución de la normativa impugnada genera un grave perjuicio de reparación ulterior por cuanto *“intenta sustituir la función legislativa asignada por la Constitución argentina al Congreso de la Nación, consagrar la suma parcial del poder público y concretar una reforma constitucional encubierta sin cumplir con el procedimiento previsto por el art. 30 de la Constitución argentina”*.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, arguye que está dada habida cuenta que el decreto 70/23 resulta contrario a los arts. 1°, 29, 30, 77 a 84 y 99, inc. 3°, de la Carta Magna.

Argumenta que el rechazo de la medida cautelar afectaría el interés público al posibilitar la suma del poder público en cabeza del PEN y la apropiación legislativa y las consecuencias de su aplicación.



Agrega que la suspensión de los efectos de la norma no genera efectos jurídicos irreversibles y que no existe coincidencia entre el objeto de fondo y la medida cautelar pretendida.

Finalmente, ofrece caución juratoria y hace reserva del caso federal.

II.- El 12/01/2024 se presenta el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros), produce el informe previsto en el artículo 4º de la ley 26.854 y solicita que se desestime la medida peticionada por los motivos que allí expuso y que aquí se dan por reproducidos por razones de economía y celeridad procesal y a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

III.- Sentado lo anterior, y como cuestión liminar, debe recordarse que las medidas cautelares constituyen el medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es –en principio– verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.

Así las cosas, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de los tribunales federales, la procedencia de medidas cautelares, queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora, ambos previstos en el art. 230 del Código Procesal, a los que debe unirse un tercero, establecido de modo genérico, para toda clase de medidas cautelares en el art. 199 del citado texto adjetivo (Fallos: 331:108; 323:337; 317:978, entre otros y CCAFed., Sala II in re “Irurzum”, resol. del 23-2-82, y Sala IV in re “Adidas Arg. S.A.”, resol. del 24-11-98, entre muchas otras).

A su vez, la jurisprudencia y la doctrina han agregado que los requisitos antes citados se encuentran de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro en la demora y -viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo irreparable el rigor del fumus se puede atenuar (CCAFed., Sala II, in re: “Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.”, sentencia del 14-10-85; Sala III in re: “Gibaut Hermanos”, sentencia del 8-9-83; “Unión de Usuarios y Consumidores”, del 18-02-08, Sala V, in re: “Ribereña de Río Negro S.A. c/ D.G.I.”, sentencia del 8-11-96, Sala I, in re: “Y.P.F. S.A.”, del 16-10-07, entre muchos otros).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO DE FERIA DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Además, mediante la ley 26.854 (de las medidas cautelares en las causas en que es parte o interviene el Estado Nacional) se han precisado, en el artículo 13, los alcances de los requisitos antes señalados, para los casos en los que se requiere la suspensión de los efectos de un acto estatal.

A su vez, cuando –como en autos– se solicita una medida cautelar innovativa o anticipatoria, que constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado y configura -en consecuencia- un anticipo de jurisdicción favorable, se exige mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. C.S.J.N., Fallos 325:2347; 326:2261; 326:3729; 327:2490, etc.; CNACAF, Sala III, “Garibotti Mónica Alejandra c/ EN- Dto 220/09- Mº Salud s/ medida cautelar (autónoma)”, sent. del 31/8/09; “CPACF- INC MED (2-III-11) c/ BCRA- Comunicación “A” 5147 y otro s/ proceso de conocimiento”, sent. del 18/4/11; “Scholorum Nautas SA c/ ENMº Interior y Transporte y otro s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. del 21/5/15, entre muchos otros).

En tales términos, si la medida cautelar tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, su apreciación debe ser estricta ya que su otorgamiento va más allá de que se mantenga la situación existente al momento de la traba de la litis. Ordena, sin que medie sentencia definitiva, que se haga o se deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente.

IV.- Así las cosas, la verosimilitud del derecho debe entenderse como la posibilidad de que éste exista, más allá del examen jurídico tendiente a dilucidar la conformidad o disconformidad de los actos administrativos con el ordenamiento vigente.

Ello así porque no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que de un estudio prudente –apropiado al estado del trámite– sea dado percibir el derecho invocado por el peticionario.

El peligro en la demora constituye la razón de ser de las medidas cautelares y –a los efectos de su procedencia– surge evidente que no basta el simple temor del solicitante sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente, o sea, que surja evidente un perjuicio actual e inminente que



pudiera transformar en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión.

Ello así porque su objeto es evitar un daño irreparable que se originaría en la imposibilidad de que la sentencia sea dictada como corresponde o, más aún, que se tornara su ejecución en ineficaz o de cumplimiento imposible.

Asimismo, cabe agregar que si bien es cierto que los dos requisitos exigidos por el art. 230 del C.P.C.C.N. se hallan relacionados de modo tal que, a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente en la demostración de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente tal peligro en la demora, se haya probado en forma mínima el derecho invocado; no pudiendo ser concedida la medida cautelar cuando no se ha podido demostrar alguno de los requisitos (cfr. Sala IV in re “Glusberg, Jorge Benjamín c/ E.N. Secretaría de Cultura Sec. Función Púb. Rsls. 124/98 73/99 s/ amparo ley 16.986”, resol. del 06/07/99, entre muchos otros).

V.- En tales condiciones, a resultas del examen de los fundamentos de la petición de la parte actora bajo los lineamientos enunciados precedentemente, no aparecen configurados los requisitos básicos para la viabilidad de una medida de esta naturaleza.

Respecto al peligro en la demora alegado, y sin perjuicio de las dudas que genera el planteo en cuanto a su debida fundamentación, se advierte que los argumentos ensayados por el demandante no resultan suficientes a los fines de acreditar debidamente el peligro en la demora alegado; máxime, teniendo en consideración, por un lado, el carácter genérico de tales afirmaciones empleadas para sustentar dicho requisito; y por el otro, que las constancias aportadas por el actor resultan insuficientes –en este estado embrionario del proceso– para tener por acreditados los supuestos agravios irreparables que la normativa cuestionada le acarrearía.

En efecto, no se puede soslayar que de la compulsa del escrito de inicio (y siempre dentro del estrecho marco de conocimiento propio de una medida cautelar) se evidencia que la parte interesada no sólo omite identificar –como es debido– el perjuicio concreto y de imposible reparación ulterior que el decreto en cuestión le ocasionaría sino que tampoco ha invocado la existencia de





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO DE FERIA DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

una lesión actual de sus derechos producto de la entrada en vigencia del decreto impugnado, circunstancia que ciertamente desmerece el peligro en la demora invocado.

De modo tal que, en las condiciones descriptas, no podría tenerse por configurado el requisito del “peligro en la demora” necesario para el otorgamiento de una medida cautelar como la pretendida en autos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el peligro en la demora ha de ser concreto e inminente y no meramente conjetural o hipotético (conf. CCAFED., Sala II, in te “Afip - DGI 30002 y 30003/12 (AG 20) c/LS 4 Radio Continental SA s/medida cautelar AFIP”, resolución del 1/03/12, entre otros), no resulta procedente la tutela pretendida.

VI.- Por lo demás, aunque sea sólo a mayor abundamiento y sin perjuicio de lo que argumenta el demandante en el escrito de inicio, no se puede soslayar que la medida cautelar solicitada implica examinar aspectos que constituyen el objeto del litigio, circunstancia que se encuentra, en principio, vedada en este tipo de medidas.

En efecto, es jurisprudencia de los tribunales federales que el contenido de las medidas cautelares no puede superponerse, equivaler o significar lo mismo que se pretende lograr en la sentencia de fondo, o dicho en otros términos, no corresponde dictar a título precautorio decisiones cuyo objeto coincida total o parcialmente con el de la demanda (conf. CCAFed., Sala V, in re: “Pastorino, Juan A.”, resolución del 27/11/1995, entre muchos otros).

También se ha señalado que si la pretensión cautelar implica la concesión del objeto de la acción se compromete de manera anticipada la materia debatida en la causa y, en consecuencia, se afectan las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la igualdad entre las partes (conf. CCAFed. Sala II, in re: “Asociación Testigos de Jehová - inc. Med. Cautelar-“, resolución de 08/10 /2002, y Sala V, in re: “Ana Jaime”, resolución del 14/06/00, entre muchos otros).

En igual sentido, se ha señalado que una medida precautoria coincidente con el objeto del pleito no resulta procedente en tanto ella desvirtuaría el instituto cautelar, por cuanto el objeto de la medida se confunde con el resultado al cual se pretende arribar por medio de la sentencia definitiva (conf. CCAFed., Sala II, in re: “Alessandro, Juan Carlos”, resol. del 11/05/93).



En el caso, debe ponerse de relieve que la pretensión cautelar resulta sustancialmente idéntica al objeto principal de la acción intentada, por lo que de acogerse favorablemente la medida solicitada, el actor obtendría anticipadamente la satisfacción que persigue con la acción de fondo intentada, afectándose el objeto del pleito con menoscabo a las garantías constitucionales ya referidas (Conf. Pablo Gallegos Fedriani, “Las medidas cautelares contra la Administración Pública”, pág. 112/114).

En definitiva, y teniendo en cuenta el objeto de la demanda y que, como se dijo, el examen de la tutela pretendida implica examinar de manera anticipada la materia debatida en la causa, ello determina, junto con el resto de las consideraciones vertidas en el presente pronunciamiento, el rechazo de la medida precautoria requerida.

Por todo lo antes expuesto, **RESUELVO:**

Rechazar la medida cautelar solicitada por la parte actora.

Regístrese y notifíquese.

