
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 246 DE 19 DE MAYO DE 2009

VISTOS:

Para resolución estos autos caratulados "LASALVIA, EDUARDO con ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de nulidad" (Ficha No. 800/01), en etapa de ejecución de sentencia.

RESULTANDO:

1) Que en esta etapa de las actuaciones el actor solicita la ejecución de la sentencia N° 653 de 20 de septiembre de 2006 que anulara el acto administrativo impugnado (fs. 352 a 357 de autos). Luego de desestimarse el recurso de revisión interpuesto por la demandada (fs. 424/425), el accionante petitionó la ejecución del fallo anulatorio mediante intimación a la Administración, bajo apercibimiento de denuncia penal y aplicación de astreintes, lo que fue cumplido en su oportunidad por el Tribunal (fs. 435/436). En respuesta a dicha intimación, el Directorio de la Administración de los Seguros de Salud del Estado (ASSE) resolvió reintegrar al Dr. Lasalvia en un cargo de Técnico Médico (Esc. A Gdo. 15 correlativo 100) en el Servicio de Oncología del Hospital Maciel, Unidad Ejecutora 05 (fs. 437 a 444).

2) Que entendiendo que el referido reintegro constituye una burla a lo resuelto por el Tribunal y un claro desacato de la Administración en cumplir el fallo anulatorio, solicita se le tenga por denunciante del referido delito contra los integrantes del Directorio de ASSE y de la Ministra de Salud Pública, y se fije la

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TCA N° 246/2009 EN LO RELATIVO A LAS DIFICULTADES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ANULATORIAS

KARINA GODAY CARDILLO

A- ANTECEDENTES

El presente trabajo tiene por objeto el **análisis de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante "TCA") N° 246, de fecha 19 de mayo de 2009**, dictada en la etapa de ejecución de la sentencia N° 653, del 20 de setiembre de 2006, anulatoria del acto impugnado por la actora.

La demanda de nulidad fue presentada contra el Ministerio de Salud Pública por el cese del cargo de un médico perteneciente a dicha institución.

Este análisis no pretende abarcar la cuestión de fondo del litigio, sino exclusivamente lo que corresponde a las **dificultades planteadas en la etapa de ejecución de la sentencia**.

En ese caso el actor obtuvo una sentencia favorable, pero se enfrentó a una de las **principales dificultades** que tiene nuestro contencioso administrativo: la **ejecución** de la misma.

cantidad de 15 unidades reajustables (UR) en calidad de astreintes a ASSE por cada día que se mantenga el incumplimiento de la sentencia dictada en su favor (fs. 445 a 451).

La Administración demandada, por medio de su representante, contesta la intimación manifestando que es imposible acceder a la pretensión del actor, por cuanto mediante resolución de 30 de enero de 2002, el Ministerio de Salud Pública suprimió por transformación al INDO, dejando de existir el cargo de Director del Instituto Nacional de Oncología, que interinamente ocupaba el Dr. Lasalvia al tiempo de su cese. En consecuencia, considera legítima la designación de éste en el cargo de Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel (fs. 461 a 463).

3) Que se llamaron autos para resolución (fs. 453 y 465). Posteriormente y previo al pasaje a estudio, el actor se presenta denunciando lo que considera un hecho nuevo, en aval de su pretensión (fs. 476/477).

CONSIDERANDO:

I) Que habiendo el Tribunal dictado sentencia anulatoria, corresponde que la Administración autora del acto anulado, dicte ella misma la volición debida, puesto que no compete a la Corporación la función de restituir las cosas a la situación jurídica anterior mediante la reforma del acto (art. 310, inc. 1º, de la Constitución). Como enseña CASINELLI MUÑOZ, la Administración debe acatar la sentencia "...no infringiendo en el caso lo que aquella establece, y debe acatar su orientación, comportándose en el caso conforme a los criterios que informen la sentencia" (citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. en "Contencioso Administrativo", FCU 2007, pág. 342). En mérito a ese concepto es que debe examinarse si, como pretende el actor, la Administración incumplió el fallo, lo cumplió parcialmente o lo hizo en forma inadecuada al criterio expuesto en la sentencia.

Para ello es necesario reseñar que el Tribunal decidió anular el acto por diversos fundamentos. Sintéticamente, y desde el punto de vista formal, el acto estaba viciado por faltar la vista previa a su dictado; asimismo también se relevó que no se expresaron los necesarios motivos del cese del actor en el cargo que ocupaba interinamente, considerándose que no tenía aquel carácter la desaparición de las necesidades de servicio

En ese sentido, este trabajo se focalizará en el incumplimiento de las sentencias anulatorias del TCA, los posibles medios de ejecución que se pueden aplicar, y las consecuencias que acarrea la inejecución.

La importancia de este tema es fundamental, ya que el incumplimiento de las sentencias del TCA atenta contra las bases principales del **Estado de Derecho**.

Nótese que las dificultades que se plantean en la ejecución de las sentencias del TCA, derivan en un incumplimiento de las mismas, lo que implica una violación al **derecho a la tutela judicial efectiva** cuya principal manifestación es el **control jurisdiccional de la Administración**, que constituye, tal como señala DELPIAZZO¹, una garantía de la **plena vigencia del Estado de Derecho**.

En ese sentido, COUTURE² insiste en la necesidad de la **ejecución de la sentencia** como parte de la **esencia del Estado de Derecho**, no alcanzando con la posibilidad de demandar al Estado, y con la existencia de Tribunales imparciales.

B- REGULACIÓN NORMATIVA DE LA COMPETENCIA DEL TCA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El primer gran problema que plantea la ejecución de las sentencias en general, y de esta en particular, es la **falta de una regulación específica** para ejecutar sentencias anulatorias del TCA.

La Sección XVII de la Constitución uruguaya regula lo relativo al Contencioso Administrativo, pero no refiere expresamente a la ejecución de las sentencias. Sin embargo, no caben dudas de que el TCA cumple

1 Carlos DELPIAZZO, "Desafíos actuales del control", FCU, Año 2001, pág. 68.

2 Carlos DELPIAZZO, ob. cit., pág. 59.

que hicieron menester en su momento la provisión interina del cargo. La disposición de la demandada de convocar a concurso para llenar definitivamente el cargo con un titular, no implicaba la necesidad de cesar al interino hasta que no se hubiere nombrado a quien ganare el concurso.

Ahora bien, como ya se dijera antes, el cumplimiento de la sentencia en cuanto a los efectos que acarrea la anulación del acto impugnado, impone a la Administración la carga de dictar un nuevo acto que, éste sí, se ajuste a las pautas de legitimidad establecidas por el Tribunal. Ello no implica que siempre el dictado del acto debido se traduzca en el restablecimiento de la situación precedente a su emisión en idénticas circunstancias a las existentes en aquel momento. Como acertadamente sostiene la doctrina: *“La afirmación pura y simple de que el acto debe considerarse no haber existido nunca cierra los ojos a una realidad: la producción por ese acto de variados efectos durante el lapso, a veces extenso, que va desde su formulación por la Administración hasta su anulación por el Tribunal encargado de juzgarlo. Y ciertos hechos consumados por la ejecución del mismo, se sobreponen al derecho, que se muestra impotente de destruir sus efectos pese al principio de retroactividad del fallo anulatorio. Los hechos cumplidos escapan al alcance del pronunciamiento jurisdiccional”* (GIORGI, H. “El Contencioso Administrativo de Anulación” pág. 293). En el mismo sentido se expresa DURÁN MARTÍNEZ en la obra ya citada cuando dice que: *“En nuestro país, la ejecución de la sentencia no puede desconocer actos administrativos firmes y estables aunque ellos hayan sido dictados teniendo como presupuesto el acto anulado”* (Contencioso Administrativo, pág. 339).

El derecho positivo no proporciona reglas al respecto, pero en base a los conceptos antes expuestos, resulta inconcuso que el cumplimiento de la sentencia habrá de tener en cuenta los fundamentos del fallo anulatorio, aunque es indudable que también deberá observar los aspectos jurídicos y fácticos de la nueva realidad, en la cual el nuevo acto habrá de dictarse. Así como la Administración no cumpliría con el fallo si se limitara a reproducir el acto por los mismos motivos ilegítimos que llevaron a su anulación; en cambio está obligada a sostener el nuevo acto en circunstancias de hecho o de derecho justificantes de su emisión (Cfr. GIORGI, H. en “El Contencioso...” pág. 297).

II) En el caso examinado la Administración dice haber cumplido mediante la designación del actor en el cargo de Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel, ya que el cargo que ejercía interi-

función jurisdiccional, ya que así lo establece el artículo 307 de la Constitución: *“Habrá un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, el que estará compuesto de cinco miembros. En los casos de vacancias y mientras éstas no sean provistas, y en los de recusación, excusación o impedimento para el cumplimiento de su función jurisdiccional, se integrará de oficio en la forma que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley N° 15.750 establece el concepto de **función jurisdiccional**: *“Es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tiene de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada”*. Claramente la **función jurisdiccional comprende la facultad del TCA de hacer ejecutar lo juzgado**, pero la jurisprudencia del Tribunal no comparte esta posición.

A pesar de la claridad del concepto de la función jurisdiccional, el TCA no procede a la ejecución de sus sentencias, basándose en una restringida e incorrecta interpretación del artículo 310 de la Constitución. Dicho artículo establece: *“El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”*.

En ese sentido, la sentencia analizada establece que *“Que habiendo el Tribunal dictado sentencia anulatoria, corresponde que la Administración autora del acto anulado, dicte ella misma la volición debida, puesto que no compete a la Corporación la función de restituir las cosas a la situación jurídica anterior mediante la reforma del acto* (art. 310, inc. 1°, de la Constitución). Como enseña CASINELLÍ MUÑOZ, la Administración debe acatar la sentencia *“no infringiendo en el caso lo que aquélla establece, y debe acatar su orientación, comportándose en el caso conforme a los criterios que informen la sentencia. En mérito a ese concepto es que debe examinarse si, como pretende el actor, la Administración incumplió el fallo, lo cumplió parcialmente o lo hizo en forma inadecuada al criterio expuesto en la sentencia”*.

Adicionalmente, la sentencia agrega que: *“(…) el cumplimiento de la sentencia en cuanto a los efectos que acarrea la anulación del acto impugnado, impone a la Administración la carga de dictar un nuevo acto que, éste sí se ajuste a las paulas de legitimidad establecidas por el Tribunal”*.

namente el Dr. Lasalvia cuando fue destituido por el acto anulado, dejó de existir al suprimirse el Instituto Nacional de Oncología (INDO).

El cargo que efectivamente ostentaba el actor en titularidad era el de Jefe de Laboratorio de Bioquímica (hoy Epidemiología) esc. AaA grado 5, que ocupó entre 1969 y 1978 puesto que, como se ha dicho repetidas veces, la posición de Director del INDO era interina. Y tan asumida tenía el accionante su situación funcional que al demandar el acto de destitución, consideró entre las razones de su ilegitimidad el que no se le hubiere siquiera reintegrado a aquel cargo (Jefe de Laboratorio) (fs. 82, literal h). Sin embargo, al solicitar la ejecución del fallo, reclamó en forma excluyente el reintegro al cargo interino del cual fuera destituido. El nombramiento con el que la Administración entiende cumplir con la sentencia, como Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel, equivale en escalafón y grado con aquél que el actor obtuviera en titularidad.

La desaparición del Instituto Nacional de Oncología y, consiguientemente, la de Director de ese organismo, constituye una de esas circunstancias apuntadas que impiden la reposición in integrum del funcionario que hubiere sido destituido por un acto anulado. Pero no es la única, ya que el marco jurídico eventualmente aplicable a la situación del actor varió al sobrevenir la ley 18.046, cuyo art. 37 dispone que "Los funcionarios públicos que registren en sus legajos sanciones de suspensión, como consecuencia de responsabilidad grave comprobada en el ejercicio de funciones o tareas relativas a la materia financiera, adquisiciones, gestión de inventarios, manejo de bienes o dinero, no podrán prestar servicios vinculados a dichas áreas o actividades, ni ocupar cargos de dirección de unidades ejecutoras (omissis). Los órganos y organismos de la Administración que deban decidir sobre tales cuestiones, deberán recabar informe previo de la Oficina Nacional del Servicio Civil". Situación en la que se encuentra el actor. Y si bien éste alega que la ley no le es aplicable retroactivamente por haber sobrevenido con posterioridad al acto anulado, el efecto ex tunc atribuido a la sentencia no significa que la ley no pueda ser efectivamente aplicable a partir de la fecha de su vigencia el 1º de enero de 2007 (art. 2 de la ley). Habida cuenta de que la resolución de reintegro del actor a la función pública data del 8 de agosto de 2008, la Administración no podía soslayar el cumplimiento del art. 37 de la ley 18.046 que impide designarlo en cargos de dirección.

Ninguno de los argumentos mencionados por el TCA en los párrafos transcriptos excluye su deber de ejecutar las sentencias. En efecto, resulta claro que la Administración es la competente para dictar el acto debido, sin que el TCA pueda modificar el acto impugnado, pero ello no implica que se deban dejar sin ejecutar las sentencias dictadas.

Sin perjuicio de ello, el TCA entiende que el artículo 310 de la Constitución abarca tanto el contenido de la sentencia, como su ejecución. Lo cierto es que dicho artículo en ningún momento hace mención a la ejecución de las sentencias.

En ese sentido, el TCA en jurisprudencia anterior ha sostenido que³: "En materia contenciosa administrativa, por virtud del régimen constitucional y legal vigente, se ha *delimitado con toda precisión las atribuciones del Tribunal* que consisten en la realización del *juicio de legalidad*, plasmado en la motivación de la decisión, y el pronunciamiento expreso de si anula o no anula el acto sometido. Así, el art. 310 de la Const. (reproducido por el inciso 1o. del art. 28 DL 15.524) *confina a la sola fase de juzgamiento la potestad jurisdiccional, excluyendo la fase de ejecutar lo juzgado* (...). O sea que *se le priva de la potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado*; lo cual responde a la preocupación que informó todo el proceso de elaboración de las normas constitucionales, de impedir la injerencia del Tribunal en la gestión administrativa o de que en modo o parte alguna pudiera llegar a sustituirse a la Administración. Como dice Giorgi -pese a que luego se abocará a la búsqueda de soluciones jurídicas posibles tendientes a procurar el efectivo cumplimiento de la sentencia (op. cit., p. 301) excede de la competencia del Tribunal la formulación de órdenes a la Administración o indicación a aquélla, en forma imperativa, de las medidas que deben adoptarse en el cumplimiento de la sentencia (p. 283). De igual modo improcedente debiera considerarse la utilización de todas las medidas amenazantes o coactivas hasta ahora imaginadas o ensayadas".

3 Sentencia del TCA de fecha 24 de febrero de 1986.

Por otra parte, la protesta de inconstitucionalidad que el actor levanta contra dicha norma, a la que le atribuye haber sido dictada para perjudicarlo personalmente, no fue procesada como corresponde. No consta que el Dr. Lasalvia hubiere impugnado de inconstitucionalidad dicha ley ante la Suprema Corte de Justicia, órgano natural para disponer su inaplicación al caso particular (arts. 256 y ss. de la Constitución). Mientras no exista declaración de inconstitucionalidad, la Administración debe respetar y cumplir la norma, y en esta razón se basó, con la conformidad de la Oficina Nacional del Servicio Civil, para que el reintegro dispuesto no lo fuera en un cargo de dirección.

Lo precedentemente expuesto no cercena el derecho que pueda asistirle al accionante de reclamar reparación patrimonial por lo que entienda como perjuicio derivado de lo actuado por la Administración. Pero esa no es cuestión que involucre la jurisdicción del Cuerpo, por lo que no integra el *thema decidendum*.

III) Que la postura que asume la Corporación implica el rechazo de la petición de adoptar medidas conminativas del cumplimiento del fallo anulatorio, desde que se considera que la Administración ha dado cima a una de las posibles maneras de cumplirlo.

Por los expresados fundamentos, el Tribunal

RESUELVE:

No hacer lugar a la petición formulada por el actor a fs. 451.

Dr. Harriague, Dr. Lombardi (r.), Dr. Preza, Dra. Sassón, Dr. Monserrat. Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Con respecto a ello, VÁZQUEZ⁴ señala que: “no debe confundirse el que no se haya atribuido al Tribunal la competencia para dictar el acto debido, con que este tenga acotado el ejercicio de la función jurisdiccional exclusivamente a la fase de juzgamiento”.

Tal como señala dicha autora, la competencia del TCA es en materia jurisdiccional y no administrativa, por lo que le está prohibido dictar el acto administrativo debido. Es evidente que en ningún momento el artículo 310 de la Constitución hace referencia a la fase de ejecución de la sentencia.

DURÁN⁵ expresa que “hacer ejecutar lo juzgado forma parte de la esencia de la función jurisdiccional, no solo porque así lo considera unánimemente la doctrina sino porque así se desprende de nuestro derecho positivo. De ello se desprende la *ilegitimidad permanente del TCA* en la inaplicación de los procedimientos de ejecución de sentencia previstos en las normas procesales comunes, y de aquí que se vea comprometida la responsabilidad del Estado”.

CAJARVILLE⁶ ha indicado que “invocando con inusitado alcance la disposición constitucional que dispone que “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo” *el Tribunal se ha negado siempre a aplicar los procedimientos de ejecución de sentencias previstos en las normas procesales generales*”. Adicionalmente, dicho autor señala que la negativa del TCA a ejecutar las sentencias “cercena a la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente atribuida la potestad que le es inherente, además de juzgar, de hacer ejecutar lo juzgado”⁷. A su vez, establece que el TCA “se amputa la facultad de

4 María Cristina VÁZQUEZ, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, en Cuarto Coloquio de Derecho Público, Editorial Nueva jurídica, Montevideo, 1998, pág. 58.

5 Augusto DURÁN, “Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias”, Estudios Jurídicos- Universidad Católica del Uruguay, pág. 74.

6 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, pág. 577.

7 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en Tribuna del Abogado N° 146, Año 2006, pág. 603.

hacer ejecutar lo juzgado, inherente a la jurisdicción por naturaleza y por expresa definición legal vigente en nuestro país⁸”.

En virtud de lo señalado, es fundamental tener presente el concepto de **control jurisdiccional de la Administración**, definido como “la comprobación de la regularidad de lo actuado o de lo proyectado u omitido (control) por los órganos públicos actuando en función administrativa (Administración), realizada por órganos jurisdiccionales y mediante procesos jurisdiccionales que culminan con una sentencia”⁹.

DELPIAZZO¹⁰ expresa: “para que el *control jurisdiccional sea efectivamente una garantía* de la plena vigencia del Estado de Derecho, es preciso *superar algunos problemas actuales* que han puesto en crisis los regímenes clásicos de control jurisdiccional, tales como la *ejecución de sentencias contra el Estado*”.

No hay Estado de Derecho sin control jurisdiccional de las actividades estatales. A su vez, ese control jurisdiccional se torna ilusorio si las sentencias contra el Estado no se cumplen.

C- MEDIOS DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DEL TCA

En la sentencia estudiada se citan varios medios de ejecución de la sentencia: **intimación** a la Administración incumplidora bajo apercibimiento de aplicación de **astreintes**, y denuncia por **desacato**.

En efecto, nótese que en caso de que la Administración no cumpla voluntariamente una sentencia del TCA, la doctrina administrativista admite la **posibilidad de aplicar los mecanismos previstos en el derecho procesal común**. No se debe perder de vista que si bien para el procedimiento ante el TCA se aplica el Código de Procedimiento Civil, el Decreto Ley N° 15.524, y la Ley N° 15.869, en subsidio se puede recurrir al Código General del Proceso -siempre que se trate de aspectos no regulado en las normas mencionadas-.

A continuación se analizarán los mecanismos del derecho procesal común vigentes para la ejecución de las sentencias anulatorias.

1- Intimación de cumplimiento

En el caso estudiado, el TCA intimó -a petición del actor- a la Administración para que cumpla la sentencia. Si bien la Administración respondió dicha intimación, su respuesta no fue acorde con lo dispuesto en la sentencia anulatoria.

La intimación es un medio de ejecución muy solicitado al TCA, pero en la práctica no da buenos resultados, ya que o bien la Administración no responde, o da respuestas que no son conformes a lo resuelto en la sentencia anulatoria -como en este caso-.

Con respecto a este tema, BRITO¹¹ señala que “la jurisprudencia del TCA ha admitido la *intimación* bajo apercibimiento de *responsabilidad penal por desacato u omisión de los deberes del cargo del funcionario omiso*, sin perjuicio de la *responsabilidad de la Administración* por los daños y perjuicios”.

CAJARVILLE¹² establece que el TCA “Sólo admite, *a petición de parte, practicar intimación de cumplimiento sin ulteriores consecuencias*, y a lo sumo dar *cuenta a la Justicia penal* a los efectos pertinentes; ninguna de estas medidas, como es comprensible, suelen producir efectos satisfactorios para el actor triunfante.”

8 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, ob. cit., pág. 605.

9 Carlos DELPIAZZO, “Desafíos actuales del control”, FCU, Año 2001, pág. 57.

10 Carlos DELPIAZZO, ob. cit., pág. 57.

11 Mariano BRITO, “Derecho Administrativo: su permanencia-contemporaneidad- prospectiva”, Universidad de Montevideo, Montevideo, Año 2004, págs. 363 y 364.

12 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, pág. 577.

En efecto, si bien este mecanismo se aplica –tal como surge de la sentencia en análisis–, lo cierto es que **carece de eficacia**, ya que no cumple con la finalidad de concretar la ejecución de la sentencia.

2- Denuncias penales

En la sentencia analizada, el actor solicita al TCA que se le tenga por denunciante del **delito de desacato** contra los integrantes del Directorio de ASSE y de la Ministra de Salud Pública, pero ello no se concretó. Dicho pedido del actor se debió a su disconformidad con la respuesta de la Administración ante la intimación de cumplimiento realizada por el TCA.

El artículo 173 del Código Penal define el delito de desacato de la siguiente forma: “Se comete desacato, menoscabando la autoridad de los funcionarios de alguna de las siguientes maneras: (...) Por medio de la desobediencia abierta, al mandato de los funcionarios (...) El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión”.

En general, tal como señala DURAN¹³, el TCA no formula denuncias penales, por lo que deberían ser realizadas por el interesado. Adicionalmente, agrega que dichas denuncias nunca han prosperado.

Si bien no se planteó este tema en la sentencia analizada, también podría denunciarse **delito por omisión contumacial de los deberes del cargo del funcionario público**, tal como surge del artículo 164 del Código Penal: “El funcionario público que requerido al efecto por un particular o por un funcionario público, omitiere o rehusare sin causa justificada ejecutar un acto impuesto por los deberes de su cargo, será castigado con suspensión de tres a dieciocho meses”.

Más allá de que estos delitos no prosperan, lo cierto es que para que se pudieran llegar a denunciar, el TCA en su intimación a la Administración debería especificar exactamente los destinatarios de la misma, para por identificarlos concretamente.

3- Astreintes

Tal como se señaló, el actor petitionó al TCA la ejecución del fallo anulatorio, mediante intimación a la Administración, bajo apercibimiento de denuncia penal y aplicación de **astreintes**.

Ante el incumplimiento de la Administración a la intimación, el actor solicitó que se **fije la cantidad de 15 unidades reajustables en calidad de astreintes a ASSE por cada día** que se mantenga el incumplimiento de la sentencia dictada en su favor.

Las medidas **conminativas mencionadas no fueron aplicadas por el TCA** ya que consideró que la Administración había dado cima a una de las posibles maneras de cumplir el fallo anulatorio. Este punto es sumamente relevante ya que el **TCA no se excusa en la falta de competencia para hacer ejecutar la sentencia anulatoria**, sino en la existencia de un intento de cumplimiento por parte de la Administración. A modo de comparativo, nótese que en una sentencia anterior¹⁴, el **TCA se declaró incompetente para la aplicación de medidas conminativas**: “(...) *admitida la posibilidad de conminar*, se planteará, entonces, el problema del órgano competente para ejecutar la conminación desde que el *Tribunal carece de competencia para ello* (...) así como no es posible jurídicamente ejecutar forzosamente la sentencia anulatoria, tampoco son posibles de emplear jurídicamente, otros tipos de medios coactivos que, en último término y para ser eficaces, requieren de la utilización del proceso de ejecución para el cual el Tribunal carece de jurisdicción.

Las astreintes se establecieron por primera vez en el Decreto Ley N° 14.978. El artículo 4 de dicha norma expresaba: “Exceptúanse de la aplicación de esta ley, los procesos en los que sean partes las personas jurídicas de derecho público”. En efecto, **no se admitía la aplicación de astreintes** a las personas de derecho público.

¹³ Augusto DURÁN, “Contencioso Administrativo”, pág. 142 y ss.

¹⁴ Sentencia del TCA del 24 de febrero de 2006.

El Decreto-Ley N° 15.733 derogó expresamente el artículo mencionado. En efecto, **se admitió la aplicación de astreintes** a las personas de derecho público.

Actualmente, hay quienes no admiten la aplicación de astreintes a las personas de Derecho Público porque entienden que la excepción del Decreto Ley 14.978 volvió a la vida jurídica mediante el artículo 374 de la Ley N° 16.170.

Sin embargo, hubo jurisprudencia que aceptó la aplicación de astreintes al Estado. En ese sentido, una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno sostuvo que: “Se entiende que la Ley N° 16.170 en su artículo 374 exceptuó a las personas de derecho público del régimen de astreintes previsto el decreto ley 14.978 sin decir nada respecto de la regla contenida en el CGP”.

En este contexto, no se debe perder de vista el artículo 374.1 del Código General del Proceso, que bajo la denominación “Conminaciones económicas y personales”, establece: “En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias”. Ninguna de las leyes mencionadas anteriormente impide aplicar dicho artículo a la hora de ejecutar una sentencia anulatoria del TCA.

DURAN¹⁵ sostiene que “la *omisión de fijar astreintes* contra el Estado, al impedir o dificultar la ejecución de la sentencia, *si provoca un daño compromete la responsabilidad del Estado por la negativa del órgano jurisdiccional competente a hacer ejecutar lo juzgado*”.

ETTLIN¹⁶ señala que “los *medios más usuales* que el Acreedor dispone para que el Estado pague compulsivamente son la *imposición de Astreintes* y la denuncia penal a los funcionarios del ente condenado omisos. Es muy controvertido en Doctrina y Jurisprudencia todavía si el Estado y el Gobiernos Departamentales son pasibles o no de Astringencias, y aunque se admitiera, si el Ente Estatal es renuente a pagar la deuda firme y en autoridad de cosa juzgada tampoco pagará la que generen las multas o conminaciones económicas, por lo que tal cuestión no deja de ser una gimnasia intelectual”.

Tal como expresa DURAN, “la *no aplicación de astreintes al Estado implica una violación al derecho de la tutela judicial efectiva*, y desconoce que la *interpretación debe partir del reconocimiento de la dignidad humana*”.

4- Otros medios de ejecución no mencionados en la sentencia N° 246/2009

Existen otros medios de ejecución no mencionados en la sentencia estudiada, pero que son sumamente relevantes y conviene tenerlos presentes.

A modo simplemente enunciativo, encontramos: (i)- denuncia ante los órganos que ejercen el control de las autoridades responsables del cumplimiento, (ii)- petición ante la Administración responsable, (iii)- impugnación en vía administrativa y jurisdiccional de los actos violatorios de la cosa juzgada, (iv)- acción de amparo, y (v)- acción reparatoria.

D- CONSECUENCIAS DE LA INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS ANULATORIAS

1- Responsabilidad del Estado por la omisión del TCA de ejecutar las sentencias

DURÁN¹⁷ señala que la **responsabilidad del Estado puede recaer en el órgano jurisdiccional actuante**. Ello sucede cuando el TCA interpreta de manera restrictiva el artículo 310 de la Constitución, no aplicando los procedimientos para la ejecución de sentencias previstos en las normas procesales generales.

15 Augusto DURÁN, “*Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias*”, Estudios jurídicos- Universidad Católica del Uruguay, pág. 78.

16 Edgardo ETTLIN, ob. cit. págs. 8 y ss.

17 Augusto DURÁN, ob. cit., pág. 73.

En ese sentido, es importante analizar el tema de la **traba de embargo al Estado**.

El artículo 2363 numeral 10 del Código Civil establece que en principio **todo bien es embargable**, en efecto, para que no lo sea se requiere una disposición legal que expresamente así lo establezca.

El artículo 381 del CGP establece entre los **bienes inembargables**: “(...) 8) Las propiedades y rentas públicas y municipales (...)”

El artículo 478 de la Ley N° 17.930 interpreta auténticamente la norma mencionada, estableciendo que la expresión “Propiedades, rentas públicas y municipales” utilizada en el citado artículo comprende a **toda clase de bienes, cuentas o créditos del Estado o de los Municipios**”

DURAN¹⁸ señala que la expresión **Municipio** refiere al Gobierno Departamental (es quien tiene personería jurídica), y la expresión **Estado** debe tomarse en sentido restringido, por lo que los bienes de los entes autónomos y de los servicios descentralizados son inembargables.

ETTLIN¹⁹ expresa que “Privilegiar con la inembargabilidad a los bienes del dominio privado de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados Comerciales e Industriales del Estado, que compiten como particulares o actúan como tales en el mercado, es sencillamente injustificable, y ahí sí estamos (a nuestro criterio) ante una palmaria *Inconstitucionalidad cuando legislativamente se afirme la inembargabilidad de sus bienes*, porque dichos organismos al actuar industrialmente o comercialmente como particulares (aunque sean del Estado) no están cumpliendo cometidos estatales sino ejercicio de la actividad privada”

TOMMASINO²⁰ plantea que la palabra **Estado** es empelada en **sentido amplio**, comprendiendo al Estado en sentido estricto, y a los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Adicionalmente, DURÁN²¹ expresa “(...) la ley (refiriéndose al artículo 478 de la Ley N° 17.930) dispone la indiscriminada inembargabilidad de los bienes del Estado y de los Gobiernos Departamentales (sin distinguir entre bienes de dominio público y de dominio privado) es *inconstitucional*. Dicha inconstitucionalidad se produce por un *desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva* (...)”.

En lo personal, entiendo que la **inembargabilidad** alcanza al **Estado en sentido amplio**, ya que es la interpretación que se desprende del artículo 478 de la Ley N° 17.930.

2- Violación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

Otra consecuencia de la inejecución de sentencias del TCA es la **violación del derecho a la tutela judicial efectiva**.

La **tutela judicial efectiva** tiene como contenido los siguientes derechos: **(i)- derecho al acceso a la justicia**, **(ii)- derecho al debido proceso**, y **(iii)- derecho a la efectividad de la sentencia**.

El **derecho a la ejecución de las sentencias** es un componente esencial del **derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**.

Tal como señala DELPIAZZO²²: “La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple”.

La autoridad jurisdiccional como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tiene que ejecutar o hacer ejecutar sus decisiones.

18 Augusto DURÁN, ob. cit., pág. 80 y 81.

19 Edgardo ETTLIN, “Sobre la constitucionalidad de la inembargabilidad de los bienes del Estado y de los gobiernos departamentales”, La Ley Cita Online D 2583/09, Año 2009 pág. 4.

20 Edgardo ETTLIN, ob. cit., pág. 4

21 Augusto DURÁN, ob. cit., pág. 81.

22 Gabriel DELPIAZZO, ob. cit., pág. 45.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un **derecho humano** inherente a la personalidad humana, de acuerdo a lo establecido en el artículo 72 de la Constitución.

Pero, además, no se puede desconocer el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que establece:

“Protección judicial. (...) Los Estados Partes se comprometen: c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Nuestro país ratificó dicho pacto mediante la Ley N° 15.737, por lo que el mismo rige plenamente en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, CAJARVILLE²³ sostiene que cuando una **Convención Internacional reconoce un derecho humano**, y es **ratificada por nuestro país**, a ese derecho **hay que asignarle el valor y fuerza del artículo 72 de la Constitución**.

De lo expresado se desprende que, a diferencia de lo que sucede en otros países, **nuestra Constitución no consagra a texto expreso el derecho a la tutela judicial efectiva**.

A modo de ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española de 1978 recogió a texto expreso el **derecho a la tutela efectiva**. En virtud de ello, el Tribunal Constitucional español sostiene que el derecho a la ejecución de la sentencia “forma parte del *derecho a la tutela efectiva*, ya que, si no fuera así, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (...)”. Asimismo, dicho Tribunal afirmó que el derecho a la **ejecución de la sentencia** forma parte de la esencia del **Estado de Derecho**.

Sin perjuicio de ello, entiendo que **alcanza con la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica** y con el **artículo 72 de la Constitución**, para afirmar la **consagración en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la tutela judicial efectiva**.

De lo expuesto, se desprende **la enorme importancia que tiene velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro Estado de Derecho, sin violarlo constantemente mediante la inejecución de las sentencias del TCA**.

E- CONCLUSIONES GENERALES EN EL MARCO DE LA SENTENCIA ANALIZADA

El TCA **debe hacer ejecutar lo juzgado** en ejercicio de su función jurisdiccional expresamente atribuida en el artículo 310 de la Constitución. Estamos ante una obligación y no ante una mera potestad atribuida por la norma constitucional mencionada.

La **competencia del TCA en materia jurisdiccional no está limitada por ninguna norma**. Lo que el artículo 310 de la Constitución le prohíbe al TCA es reformar el acto impugnado.

En ese sentido, VÁZQUEZ²⁴ expresa que **hay ciertas conductas del TCA que no son consecuentes con su interpretación estricta del artículo 310 de la Constitución**. Dentro de dichas conductas, la autora cita el caso de la intimación del TCA al cumplimiento de la sentencia anulatoria, o cuando apercibe de la formulación de denuncia penal o de la comunicación de la inejecución al órgano que controla a la Administración incumplidora. Claramente en este caso el **TCA asume una competencia que va más allá de su interpretación del artículo 310, y entiendo que así debe ser**.

La actividad del TCA debe ir más allá de la etapa de juzgamiento sobre la legalidad del acto impugnado, y **asegurar la ejecución de la sentencia**.

23 Augusto DURÁN, “Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”, pág. 3.

24 María Cristina VÁZQUEZ, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, pág. 57.

Ello tiene como uno de sus fundamentos principales el **derecho humano a la tutela judicial efectiva**.

Dicho derecho es el que debe orientar la interpretación del TCA relativa al artículo 310 de la Constitución, ya que si lo hace de esa forma, no encontrará obstáculos para proceder a la ejecución de las sentencias.

Tal como señalan varios autores administrativistas, la **Constitución debe interpretarse conforme a los derechos humanos**, y así se debe proceder en este tema puntual.

Sin perjuicio de lo planteado, tal como señala MARTINS²⁵, no se puede dejar de reconocer que en **nuestro país no hay un remedio eficaz para ejecutar las sentencias**. De todas formas, si bien no existe una solución normativa expresa, hay medios de ejecución de las sentencias que se pueden activar.

No caben dudas de que la mejor solución es que se legisle sobre el punto, para así culminar con las eternas discusiones. En ese sentido, considero sumamente necesario que se concrete alguno de los proyectos normativos existentes, o que al menos se tomen de base para elaborar uno nuevo.

Con respecto a lo mencionado anteriormente, BRITO²⁶ considera “necesaria y altamente posible una regulación legislativa de la cuestión”

Asimismo, se debe tener presente que la ejecución de las sentencias se ve afectada muchas veces por la propia burocracia del ordenamiento jurídico nacional. Comparto plenamente lo sostenido por MÉNDEZ²⁷, en la medida que *“la ejecución de la sentencia anulatoria choca con los obstáculos de la propia organización administrativa, con la lentitud de los procedimientos, con dificultades técnicas y, muchas veces –aunque no en todos los casos- con la maña voluntad de los agentes o gobernantes”*. En efecto, el autor mencionado señala que *“la ejecución de la sentencia en cuanto impone a la Administración con todos sus poderes y medios, el cumplimiento de una decisión jurisdiccional, está más en el dominio de la ética, de la cultura cívica y política, que en el derecho”*

En este contexto, se puede afirmar que **no existe una realización plena del Derecho si no se ejecutan las sentencias**. GONZÁLEZ PÉREZ²⁸ señala que *“Para el mantenimiento de la justa paz de la Comunidad, lo que se persigue a través de la función jurisdiccional, no basta que los Tribunales dicten sentencia declarando si la pretensión está o no fundada; es necesario que lo mandado en la sentencia sea cumplido*. Por eso ha podido afirmarse que *la ejecución procesal constituye en cierto sentido el punto culminante de la realización del Derecho”*

Nótese que el **proceso jurisdiccional ante el TCA implica una fuerte inversión de recursos financieros del Estado**, por lo que, **la inejecución de una sentencia anulatoria, denota que la puesta en marcha del aparato estatal fue en vano**, transformándose el resultado final del proceso en letra muerta. Ello claramente atenta contra los principios de **eficiencia y eficacia**, que son base del **Derecho Administrativo**.

Por último –pero no menos importante-, no se puede dejar de hacer referencia a la **violación al Estado de Derecho que implica la constante inejecución de las sentencias del TCA**. Nótese que el **Estado de Derecho no existe sin control jurisdiccional de las actividades estatales, y sin la posibilidad de que se ejecuten las sentencias**²⁹.

El propio Colegio de Abogados³⁰ de nuestro país se pronunció sobre el tema, señalando que: *“El régimen contencioso- administrativo, sin un sistema eficaz para asegurar el cumplimiento de las sentencias de los órganos de la justicia administrativa, es irrelevante y hasta adquiere el carácter de verdadera falsa”*.

25 Acciones procesales administrativas de plena jurisdicción y anulación, Ediciones UNSTA, Tucumán, 1981, pág. 69

26 Mariano BRITO, ob. cit, pág. 364.

27 Aparicio MÉNDEZ, ob. cit., pág. 210.

28 Augusto DURÁN, *“Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”*, pág. 1.

29 Gabriel DELPIAZZO, ob. cit., pág. 94.

30 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, *“Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”*, en Tribuna del Abogado, N° 146, Año 2006, pág. 602.

En definitiva, la solución a uno de los principales problemas de nuestro contencioso administrativo –la inejecución de las sentencias anulatorias del TCA– está mucho más cerca de lo que podemos llegar a imaginar, es cuestión de que tomemos conciencia y comencemos a trabajar en ello.

F- BIBLIOGRAFÍA

Aparicio MÉNDEZ, “El proceso anulatorio. Figuras lesivas. La sentencia. Su ejecución”, La Ley.

Aparicio MÉNDEZ, “Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo”, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, Año 1952.

Augusto DURÁN MARTÍNEZ, “Contencioso Administrativo”, FCU, Año 2007.

Augusto DURÁN MARTÍNEZ, “Debilidades actuales del contencioso anulatorio”, La Ley.

Augusto DURÁN, “Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias”, Estudios Jurídicos- Universidad Católica del Uruguay.

BENEDICTO XVI, “Caritas in Veritate- Carta Encíclica del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad”, Año 2009.

Carlos DELPIAZZO, “Desafíos actuales del control”, FCU, Año 2001.

Gabriel DELPIAZZO, “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración”, Universidad de Montevideo, Año 2009.

Héctor DELPIANO, “Acerca de la competencia no originaria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Anuario de Derecho Administrativo, Año 2003.

José Luis ECHEVARRÍA PETIT, “Seguridad Jurídica y Proliferación Legislativa”, Estudios Jurídico en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville, FCU, Año 2011.

Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en Tribuna del Abogado, Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, enero-febrero 2006, N° 146.

María Cristina VÁZQUEZ, “El Estado compitiendo en el mercado”, La Ley

María Cristina VÁZQUEZ, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, en Cuarto Coloquio de Derecho Público, Editorial Nueva jurídica, Montevideo, 1998.

María Cristina VÁZQUEZ, “Protección de inversiones extranjeras”, Revista de Derecho y Tribunales, AMF, Año 2012.

Mariano BRITO, “Derecho Administrativo: su Permanencia- Contemporaneidad- Prospectiva, Control Jurisdiccional de la Administración en el Uruguay”, Universidad de Montevideo, Año 2004.