

El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado en Argentina

SUMARIO: I. PRELIMINAR. II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEPARACIÓN DE PODERES. III. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: PRINCIPIOS GENERALES. IV. FORMAS DE CUMPLIR CON LA SENTENCIA. 1. EJECUCIÓN VOLUNTARIA. 2. RESISTENCIA DEL OBLIGADO. EJECUCIÓN FORZOSA. V. EFECTOS EJECUTIVOS DE LA SENTENCIA. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. REQUISITOS DE LA EFICACIA EJECUTIVA. VI. EXCURSUS ACERCA DEL CARÁCTER DECLARATORIO DE LAS SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO. VII. PROCESO DE EJECUCIÓN. 1. PRETENSIÓN. 2. SUJETOS. 3. REQUISITO DE LA EFICACIA EJECUTIVA DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN AL SUJETO. 4. TRÁMITES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS. VIII. LA EJECUCIÓN FORZOSA. 1. NOCIONES GENERALES. 2. DISTINTOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN FORZOSA. IX. POTESTAD SUSTITUTIVA DEL ÓRGANO JUDICIAL (SUSTITUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO). 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LÍMITES A LA SUSTITUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO. X. INEJECUCIÓN O EJECUCIÓN ANORMAL DE LAS SENTENCIAS. 1. INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS POR IMPOSIBILIDAD DE SU CUMPLIMIENTO. 2. INCUMPLIMIENTO INDIRECTO DE LAS SENTENCIAS. 3. EXPROPIACIÓN. XI. LÍMITES A LA EJECUCIÓN DEBIDA DE LAS SENTENCIAS. 1. SUSTITUCIÓN O INEJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. 2. INEMBARGABILIDAD. XII. CONCLUSIÓN.

I. PRELIMINAR

No sería efectivo el servicio de justicia si el mandato de la sentencia podría no ser cumplido por el perdidoso. Hacer ejecutar lo juzgado es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva¹. *La función*

¹ Que comprende no sólo el poder acceder a la Justicia, exigir y obtener una sentencia que decida la cuestión, sino que lo resuelto sea llevado a efecto.

*judicial consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*². El juez no sólo es el que juzga, sino también el que manda, pues es aquel cuyo juicio tiene la eficacia del mandato.

Por medio del proceso, que no tiene por finalidad crear derechos sino tutelarlos, el Estado hace valer el Derecho frente a la conducta que está en pugna con él, y lo hace no sólo a través de la declaración judicial que se expresa en la sentencia, sino, fundamentalmente, mediante su ejecución³. Los procesos de conocimiento permiten poner fin al litigio determinando con certeza el derecho, pero con ello no se agota la función jurisdiccional. No se restablece la paz social por el simple hecho de haber reconocido el derecho de una de las partes a determinada prestación. Si el vencido en el proceso de conocimiento no cumple habrá que obligarlo a cumplir. En otras palabras, si no ejecuta voluntariamente la sentencia habrá lugar a la *ejecución forzosa*.

Debilitado sería un ordenamiento procesal administrativo si fuera prácticamente imposible que la sentencia que acoge la pretensión del particular pueda ser incumplida o cumplida a su antojo por el Estado y cabría poner en duda la eficacia del control judicial⁴, debido a que éste no lograría sus efectos si no asegurara adecuadamente la ejecución de las decisiones en que se concreta⁵.

El momento actual del proceso de ejecución de sentencias contra el Estado, tanto nacional como provinciales, puede definirse, en general, como de crisis (especialmente en lo que hace a la ejecución de sentencias de condena de dar sumas de dinero contra el Estado), pues es hoy, sin duda, uno de los más complejos que tiene planteado el sistema de justicia administrativa. Actualmente, el tema presenta notables paradojas y opiniones encontradas en el momento de buscar una solución a una situación que, según varias voces doctrinarias, es altamente insatisfactoria. Esa crisis fue apareciendo poco a poco, pero de forma generalizada⁶, y merece la pena que la desarrolle sucintamente.

Al constituir la sentencia la forma en que ineludiblemente se expide el órgano jurisdiccional, aplicando o interpretando analógicamente

² Más adelante (punto VII.3.B) explicaré el alcance de hacer ejecutar lo juzgado. En principio, la ejecución de las sentencias corresponde, p. ej., al órgano que hubiera dictado o no dictado el acto objeto de la pretensión. El art. 81 del Código de Santiago del Estero (Ley 2297) dice: «... ordenará la ejecución directa bajo apercibimiento a los empleados que deban ejecutarla...».

³ Adolf WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, EJE, Bs. As., 1977, pp. 24 y ss.

⁴ Desde el punto de vista teórico, un sistema jurisdiccional que no es capaz de asegurar la sanción de sus imperativos está desprovisto de la autoridad propia de la jurisdicción (Georges VEDEL y Pierre DEVOLVÉ, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, 9ª ed., París, 1984, p. 94).

⁵ Consuelo SARRIA, *Derecho procesal administrativo*, pp. 70 y 71.

⁶ Tomás HUTCHINSON, Jorge BARRAGUIRRE y Carlos GRECCO, *Reforma del Estado. Ley 26.696*, Ed. Rubinal-Culzoni, Santa Fe, 1990, pp. 249 y ss.

una norma jurídica, reviste liminar importancia analizar lo concerniente a la ejecutoriedad de la misma, ya que dentro del proceso judicial administrativo se desprende la posibilidad cierta de que del análisis que haga el juzgador del proceso depende la recomposición a su estado anterior de una situación que pudo haber vulnerado en forma actual o inminente un interés jurídico del demandante. El juez tiene el poder de hacer ejecutar lo juzgado, imponiendo, si es necesario, astreintes e inclusive mandatos de *embargo del dinero* del Estado ante la Tesorería nacional o provincial, según los casos.

II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

Cuando se habla de la ejecución de sentencias contra el Estado hay que analizar dos datos constitucionales: uno, el de la *tutela judicial efectiva*; otro, el de *las reglas de la separación de poderes*.

Adelanto que el de la ejecución de sentencias es uno de los puntos más importantes del equilibrio constitucional y, por ello, parto de un principio que me parece fundamental: *la ejecutoriedad de las sentencias tiene aval constitucional*⁷, ya que el derecho a la ejecución de las sentencias de condena contra el Estado se encuentra implícito en el derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 75, inc. 22, al remitir al Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.1), pues ella no sería efectiva si se limitara al sólo acceso a la justicia o culminara con la determinación de los derechos u obligaciones. La garantía de que la sentencia debe ser ejecutada ha sido consagrada, en cierto aspecto, por alguna Constitución provincial⁸; la derogada Constitución bonaerense lo establecía expresamente⁹. *El juez no sólo es el que juzga, sino también el que manda*, pues es aquel cuyo juicio tiene la eficacia del mandato.

Todos sabemos que la separación de poderes¹⁰ es el principio que caracteriza al Estado constitucional en las democracias surgidas de las

⁷ Bartolomé FIORINI, *Qué es el contencioso*, Depalma, Bs. As., reimp. 1997, p. 319.

⁸ Tal el caso del inciso d) del numeral 2 del art. 207 de la Constitución de la Prov. de Río Negro.

⁹ El art. 159 de la Constitución de 1884 –vigente a la época de sancionarse el Código– y el similar 157 de la de 1934 establecían que: «En las causas contencioso-administrativas la Suprema Corte de Justicia tendrá la facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias...». Como puede apreciarse, no toda reforma constitucional resulta más garantista que la reformada, pues la de 1994 no trae una norma semejante.

¹⁰ Los revolucionarios franceses hicieron de la separación de los poderes uno de los elementos esenciales de las garantías de los derechos de los ciudadanos (el art. 10 de la Declaración de derechos de 1789 dice: «Carece de Constitución toda sociedad en la que no se garantice el respeto de los derechos o en la que no se establezca la separación de los poderes»).

revoluciones inglesa del siglo XVII y francesa y norteamericana del siglo XVIII, a partir de las ideas de CROMWELL¹¹, LOCKE¹², MONTESQUIEU¹³ y ROUSSEAU¹⁴. Sin embargo, la aplicación de tal principio no ha sido uniforme, aunque existe una línea interpretativa que tiende al análisis funcional de los poderes del Estado, y que engloba, entre otros, a DUGUIT, CARRÉ DE MALBERG, JÈZE, JELLINEK, MAYER¹⁵ y, desde una postura nueva a MERCKL¹⁶.

¿Qué es lo que ocurre con las reglas constitucionales que se refieren a los poderes —especialmente al Ejecutivo y al Judicial— cuando la Administración incumple una sentencia? Cabe partir del principio que el cumplimiento de una sentencia significa, en primer lugar, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho —el sometimiento del Estado a la ley en caso de conflicto debe traducirse en el cumplimiento de la sentencia, que es la interpretación definitiva del ordenamiento jurídico—¹⁷. El incumplimiento constituye una fractura en la Constitución (rompe las reglas del juego constitucional)¹⁸. Si la autoridad administrativa ha sido quien no ha cumplido voluntariamente la sentencia, ante la ejecución judicial no estaríamos ante un caso de intromisión judicial en las operaciones de la Administración, sino en el supuesto inverso: en la intromisión de la Administración en la ejecución de un acto del Poder Judicial¹⁹.

Las reglas constitucionales de las relaciones entre los poderes (o funciones) tienen ciertas exigencias. Una de ellas es el cumplimiento de

¹¹ O. CROMWELL, *Instrument of Government*, (1653).

¹² J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, (1690).

¹³ Ch. SECONDAT, Barón de la Brede et de Montesquieu, *L'esprit des lois*, (1748).

¹⁴ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762) y *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, (1795).

¹⁵ León DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, E. De Boccard, 1.ª ed., París, 1911, vol. I, pp. 350 y ss., criticaba la concepción del poder del Estado como partes desmembradas. En parecido sentido, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1975, vol. II, p. 26; sosteniéndose que los poderes o funciones del Estado han de definirse por referencia a los fines del Estado o a su objeto (MAYER).

¹⁶ A. MERCKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Ed. Nacional, México, 1980, p. 32, que, siguiendo a KELSEN, entiende que no hay más que dos funciones jurídicas: la creación y la aplicación del Derecho, aunque precisa que la diferencia entre ambas funciones es simplemente relativa.

¹⁷ «Si los beneficiarios del mandato de actuar no cumplen tales órdenes, se viene abajo todo el sistema constitucional, todo el programa de convivencia y la Constitución se convierte en una hoja muerta...» (Alejandro NIETO GARCÍA, «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *Documentación Administrativa*, n.º 208, 1986, p. 20).

¹⁸ En virtud del principio de legalidad, la Administración no sólo está sometida a la ley (*rectus*: al bloque de constitucionalidad), sino también a las decisiones judiciales —interpretación definitiva de la ley—.

¹⁹ Gastón JÈZE, *Force de la chose jugée pour les agents publics autres que les tribunaux* (comentario al *arrêt Abbé Toesca*, de 1919), en RDP, 1919, p. 311.

las sentencias judiciales por todos los sujetos de Derecho (inclusive el Estado). Debe ponerse de resalto que tales reglas de las relaciones entre las funciones tienen un contenido mucho más complejo que el mero cumplimiento por la Administración de las sentencias judiciales, pues no son reglas de comportamiento automático que no admiten la reducción a mecanismos rígidos, pero éste no es tema a tratar aquí.

Cabría concluir con DE OTTO que «en realidad puede decirse más bien que la atribución de valor vinculante a la jurisprudencia es el único medio de mantener la propia separación de poderes»²⁰, ya que los tribunales tienen encomendada la manera de asegurar, de manera irrevocable, el cumplimiento del orden jurídico, lo que implica, «... en su manifestación más simple,... ejecutar forzosamente la conducta debida que no se llevó a cabo voluntariamente»²¹.

En nuestro país, la regla de la separación de poderes en modo alguno se entendió como un impedimento para que los jueces pudieran ejecutar las sentencias contra el Estado. Si bien las sentencias contra el Estado nacional tuvieron, a partir de 1900, el carácter de declaratorias, ello no ocurrió en las Provincias –ver punto VI–. El primer Código bonaerense –de 1906– elaboró un procedimiento de ejecución de las sentencias si no las cumpliera voluntariamente el Estado provincial²², al que siguieron muchos Códigos provinciales y, últimamente, el de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 392 a 498).

Los principios constitucionales permiten afirmar que se ha atribuido al Poder Judicial la misión de garantizar el cumplimiento de las reglas de juego constitucionales, teniendo por misión restablecer el equilibrio que se ve alterado por el incumplimiento de la sentencia. De aquellos principios pueden colegirse reglas o guías que permiten arbitrar respuestas concretas para afrontar la fractura de las reglas de juego constitucionales. Muchos Códigos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires, partiendo de aquéllas, han elaborado soluciones que deben cumplirse.

²⁰ Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 302.

²¹ I. DE OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 25 y 26.

²² El art. 82 del Código bonaerense expresaba que «... la parte vencedora en el juicio podrá pedir que el tribunal mande cumplir directamente su resolución»; el 83 disponía: «Dentro de los tres días siguientes a la presentación... la Suprema Corte hará saber... que va a proceder a mandar ejecutar su sentencia, disponiendo que se ordene a los funcionarios que deben proceder de acuerdo con lo dispuesto en el art. 159 de la Constitución (vigente a la época)», mientras que el art. 84 decía: «Tres días después y sin necesidad de nuevo requerimiento... la Corte dictará un auto mandando que el o los empleados correspondientes procedan a dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, determinando expresa y taxativamente lo que cada funcionario deba hacer y el término en que deba verificarlo». El Código de Salta posee disposiciones similares (arts. 76, 77 y 78). Ver lo que decimos en notas 53 a 57.

III. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: PRINCIPIOS GENERALES

La ejecución es, como todas las de este carácter, una actividad que, como regla general, debe estar en línea de continuidad con el título jurídico que le sirve de fundamento. Tiene por finalidad llevar a puro y debido efecto (realizar en la práctica) los pronunciamientos judiciales contenidos en la sentencia, por lo que *debe contener todo* pero, al mismo tiempo, *sólo lo necesario* a tal fin, de modo que el resultado sea la identidad entre lo ejecutado y estatuido.

Las sentencias deben cumplirse en sus propios términos, estando las partes vencidas obligadas a cumplirlas en las formas y términos que en aquéllas se consignan²³. El contenido, alcance y efectos de la sentencia es el elemento esencial a partir del cual se construye el proceso de ejecución forzosa, ya que la base de éste es el contenido obligatorio de la sentencia a ejecutar.

Una vez firme²⁴ la sentencia, es necesario dar cumplimiento al segundo cometido de la Justicia: *hacer ejecutar lo juzgado*. De nada sirve haber obtenido un resultado positivo en la sentencia si después no se dispone de los medios necesarios para el adecuado y fiel cumplimiento de la misma.

Por cierto, las que se ejecutan son las sentencias estimatorias de la pretensión; las desestimatorias no producen, por regla general, otro efecto que el de mantener el acto, disposición o actuación administrativa recurrida, debiendo, no obstante, entenderse que en tales supuestos la sentencia se ejecuta *conservando la conducta impugnada*²⁵.

IV. FORMAS DE CUMPLIR CON LA SENTENCIA

1. EJECUCIÓN VOLUNTARIA

Las sentencias deben ejecutarse en la forma y en los términos que en ellas se consignent, para lo cual la Administración deberá llevarlas a

²³ Con una técnica legislativa respetuosa a ultranza de la separación de poderes, el art. 146 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que en las sentencias que se refieren a actos administrativos, si la sentencia acoge la pretensión, puede: a) anular total o parcialmente el acto impugnado (lo que, en buena técnica, significa que no puede modificarlo o sustituirlo ni aun con carácter excepcional); b) disponer el restablecimiento de la vigencia del acto o contrato cuya extinción motivó el ejercicio de la acción, y c) hacer lugar, si fueron reclamados, al pago de los daños y perjuicios.

²⁴ No sólo pueden ejecutarse las sentencias firmes, en ciertos casos –cuando la normativa lo permite– es posible ejecutar sentencias que se encuentran recurridas –si bien el tribunal puede acordar la suspensión de la ejecución–.

²⁵ Si la sentencia es confirmatoria de la legitimidad del acto, queda excluida toda posterior posibilidad de revocación por causa de ilegitimidad por parte de la Administración.

debido efecto y practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en los fallos²⁶. Ello se conoce como *la intangibilidad de las resoluciones judiciales*, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio o capricho de las partes —excepto las potestades de sustitución o suspensión de la ejecución de las sentencias acordadas por ciertas legislaciones al Estado; ver punto XI.1—. El *principio de la intangibilidad de las sentencias* y de las demás resoluciones judiciales integra el contenido de la *tutela judicial efectiva* (ver II).

La efectividad del mandato de la sentencia puede tener cumplimiento por la parte obligada, si acata voluntariamente lo mandado. En ese caso no se presentan problemas en la ejecución de la sentencia. Si la perdedora es la Administración, el cumplimiento debería ser voluntario —excepto problemas presupuestarios—, ya que no debe olvidarse que los órganos que la integran ejercen una función pública para realizar el bien común. A tal efecto suelen preverse en leyes especiales los trámites necesarios a tal fin. El cumplimiento voluntario de la sentencia debe hacerse dentro del plazo que fijan los respectivos códigos, desde que la sentencia adquiera el carácter de firme. Es el término límite máximo fijado para el cumplimiento, salvo los casos en que existan plazos especiales de ejecución (p. ej., condena a dar sumas de dinero).

La doctrina ha precisado ciertos principios relativos al cumplimiento de las sentencias: a) *la ejecución debida*, que significa identidad entre lo estatuido y lo ejecutado sólo como regla general, pues está permitida la sustitución justificada y por los cauces legales establecidos de la condena por su equivalente económico u otra prestación, y b) *la diligencia debida*, que significa que el obligado por la condena, y especialmente el poder público, debe realizar la actividad necesaria al cumplimiento de la sentencia sin incurrir en dilaciones indebidas o no justificables.

2. RESISTENCIA DEL OBLIGADO. EJECUCIÓN FORZOSA

Cuando venzan los plazos fijados para el cumplimiento voluntario sin que la sentencia se haga efectiva²⁷, la parte vencedora puede instar

²⁶ La Administración está activamente implicada en el cumplimiento del fallo, en la medida en que, como cualquier deudor que se sometió a un proceso, está obligada a cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes. No es una actividad de ejecución, sino de cumplimiento. Ejecución es un término jurisdiccional y se refiere a la actividad del juez; cumplimiento es, visto del lado del deudor, lo que caracteriza a las obligaciones. «Los deudores no ejecutan, sino que cumplen, y son ejecutados si no lo hacen» (Alberto RUIZ OJEDA, *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas, Madrid, 1993, p. 106).

²⁷ En la Provincia de Mendoza se dispone un plazo de 30 días para cumplir la sentencia y, en el caso de dar sumas de dinero, tres meses desde el mandamiento de pago (art. 68); en Ca-

judicialmente la ejecución forzosa de aquélla, debiendo el tribunal emplear los medios necesarios para superar la resistencia del obligado²⁸.

V. EFECTOS EJECUTIVOS DE LA SENTENCIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al constituir la sentencia la forma en que ineludiblemente se expide el órgano jurisdiccional, aplicando o interpretando analógicamente una norma jurídica, reviste liminar importancia analizar lo concerniente a la ejecutoriedad de la misma, ya que dentro del proceso judicial administrativo se desprende la posibilidad cierta de que del análisis que haga el juzgador del proceso depende la recomposición a su estado anterior de una situación que pudo haber vulnerado en forma actual o inminente un interés jurídico del demandante. El juez tiene el poder de hacer ejecutar lo juzgado, imponiendo, si es necesario, astreintes e inclusive mandatos de *embargo del dinero* del Estado ante la Tesorería nacional o provincial, según los casos.

Las normas de los códigos respectivos suelen establecer que sólo se puede ejecutar la sentencia firme, aunque en ciertos casos se permite la ejecución parcial (por el importe correspondiente a la parte de la condena que hubiera quedado firme) aunque se hubiere interpuesto recurso ordinario o extraordinario contra ella²⁹.

Coincidiendo con lo expuesto se ha dicho: «... El mandato u orden que contiene la sentencia es lo obligatorio. Por ser imperativa es obligatoria para las partes y a ella deben someterse; de no ser así carecería de objeto y de razón de ser, cuestionándose la jurisdicción misma»³⁰.

tamarca y La Rioja, 30 días (arts. 56 y 85, respectivamente); en Córdoba (art. 51) y San Juan (art. 764), dentro de un plazo razonable; en Tierra del Fuego (art. 70 del CCA) y Tucumán (art. 80) establecen que la Administración dispone de 30 días para cumplir la sentencia. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 395 del CCA y T dispone que la Administración dispone de 60 días para dar cumplimiento a la sentencia.

²⁸ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Nápoles, 1922, p. 298, es el más conspicuo de la corriente que sostiene que la función judicial es una actividad sustitutiva: se sustituye la actividad privada de los sometidos a la jurisdicción. Cuando el condenado no cumple voluntariamente la prestación reconocida en la sentencia tiene lugar, a instancia del actor, la ejecución forzosa: la actuación de un órgano judicial sustituyendo la conducta del ejecutado.

²⁹ En las Provincias, por ej., el art. 434.2 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minería de la Prov. de Tierra del Fuego, aplicable supletoriamente en el proceso administrativo (art. 86 CCA); en la Ciudad de Buenos Aires, el art. 392 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante, CCATCBA–.

³⁰ Fernando PAYA, Federico CARRERÓ, María DÍAZ CORDERO, Elsa GUERISOLI y Susana LIMA, *Instituciones procesales*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 185.

2. REQUISITOS DE LA EFICACIA EJECUTIVA

Los efectos ejecutivos deben reunir ciertos recaudos. Uno de ellos es el objeto de la ejecución, que consistirá en la realización de la *prestación decidida* en la sentencia. Debe ejecutarse ni más ni menos que lo ordenado. Ello sin perjuicio de la posible sustitución de la condena. Para que exista la eficacia ejecutiva de las sentencias es menester que concurren diversos requisitos:

- 1) Que la *sentencia recaiga sobre el fondo de la cuestión*.
- 2) Que la *sentencia esté firme*. Es éste un requisito indispensable de la eficacia ejecutiva. Sin embargo, podría ocurrir que: a) *sentencias que no estén firmes tengan eficacia ejecutiva*; vgr.: i) sentencias recurridas siempre que los recursos se admitan a un solo efecto, y ii) cuando se acuerde la ejecución provisional; y b) *sentencias que estando firmes no sean ejecutivas*, por ejemplo las sentencias recurridas en revisión, en el supuesto que exista un recurso de esta índole³¹.
- 3) *Que la sentencia sea posible de ser ejecutada*. No podría llevarse a cabo una sentencia si fuera física o legalmente imposible cumplirla. En este caso se sustituirá la realización de lo mandado por la sentencia por otra prestación que mantenga el equilibrio patrimonial (vgr., indemnización).
- 4) *Que no se acuerde la sustitución o inejecución de la sentencia*³².
- 5) *Que no cambie la legislación*. Una reforma legislativa producida después de recaída la sentencia podría hacer que la ejecución de la misma careciera de razón de ser (vgr., si lo decidido es confirmatorio de un acto administrativo que dispuso el cese de una actividad por carecer de ciertos requisitos que luego una ley no los exige).

VI. EXCURSUS ACERCA DEL CARÁCTER DECLARATORIO DE LAS SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO

Entre el dictado de nuestra Constitución de 1853/60 y la sanción de la Ley 3952, el Estado nacional no era demandable sin una autoriza-

³¹ Ver Tomás HUTCHINSON, *Normas administrativas de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Fides y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 167; *id.*, *Procedimiento y proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Scotti Ed., La Plata, 1995, p. 274.

³² Generalmente, los códigos contencioso administrativos establecen la posibilidad de sustituir la forma o el modo de ejecutar la sentencia. Así, por ejemplo, el art. 79 del Código de T. del Fuego establece: «La autoridad administrativa, dentro de los diez (10) días desde que se hubiesen resuelto todos los recursos previstos en el orden local con efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia condenatoria, podrá solicitar al Tribunal la sustitución de la forma o modo de su cumplimiento, o la dispensa de su ejecución, por grave motivo de interés u orden público, acompañando el acto administrativo que expresará con precisión las razones específicas que así lo aconsejan y ofreciendo satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios que ocasionase».

ción previa del Congreso³³. A partir de la sanción de dicha Ley (1900) fue demandable pero no podía ser pasible de ejecución (art. 7.º)³⁴. Ello suponía que no era procedente fijar fecha para el cumplimiento de la condenación (aunque no sea de dinero), ni pedir el embargo y venta de bienes de la demandada, pero no impedía los demás actos propios del proceso de ejecución de sentencia, tales como la liquidación de la suma adeudada y su aprobación, con el consiguiente derecho a los intereses sobre el monto resultante, etc.

Dicha norma recibió críticas de la doctrina, entendiéndose que era inconstitucional: a) por injusta y por atentar contra el principio de igualdad³⁵; b) por resultar una negación de los derechos de los administrados³⁶; c) por ser atentatoria de la justiciabilidad plena, corolario de la responsabilidad del Estado³⁷; d) por ser inaplicable que un órgano del Estado cuente con este derecho potestativo referido a que cumpla o no con una sentencia dictada en su contra³⁸.

Cabe reflexionar que es al Congreso a quien corresponde tanto arreglar el pago de la deuda interior de la Nación como el fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos (art. 75, incs. 7 y 8, CN), por lo que la descalificación constitucional del ejercicio de tal prerrogativa sólo podría estar configurada por la violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad que surge del art. 28 de la Constitución Nacional³⁹ (volveremos sobre el tema en el punto IX.1, 2 y 3).

³³ Tomando como base la jurisprudencia de EE.UU. de NA en relación a un artículo similar al art. 100 de la CN 1853/60. Los antecedentes coloniales (Leyes de Indias: Libro II, Título V, Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, del año 1636) y patrios (Estatuto Provisional de 1816: cap. II, art. 13) permitían –en determinados casos– la demandabilidad del Estado. Debido a ello apareció el problema de la recepción del derecho, y la respuesta que se fue dando demuestra que, aunque se intente cualquier imposición jurídica, los factores culturales y políticos influyeron para diferenciar el derecho vigente. Por ello aparece, tímidamente (porque también entonces lo que provenía de algún país sajón tenía alcurnia de buen origen), la Ley 3952 (ver HUTCHINSON, BARRAGUIRRE y GRECCO; *Reforma...*, cit., p. 242).

³⁴ Se entendía, correcta o incorrectamente, que el propósito del carácter declarativo era evitar que la Administración pudiera verse colocada, por efecto de un perentorio mandato judicial, o en una situación de no poder satisfacer el requerimiento (por carecer de fondos previstos en el presupuesto para ese fin) o en la de quedar perturbada en su desenvolvimiento normal. Cabe decir que en manera alguna puede significar tal norma que el Estado pueda considerarse autorizado a no cumplir las sentencias judiciales, pues ello importaría colocarlo fuera del orden jurídico.

³⁵ Bartolomé FIORINI, *Qué es...*, cit., p. 135.

³⁶ Miguel MARIENHOFF, *Ley de demandas contra la Nación. Su ámbito de aplicación*, JA 1962-VI-45.

³⁷ Germán BIDART CAMPOS, *La ejecutoriedad de las sentencias contra el Estado*, ED 12-813.

³⁸ Alberto G. SPOTA, *Sentencias de condena contra la Nación: su ejecutoriedad*, LL 124-1330.

³⁹ Constituye un buen principio reconocer que no es racionalmente exigible al Congreso que prevea, en relación a los acreedores del Estado, un pago anual en efectivo de una suma mayor que lo que las circunstancias le permitan presumir, como recaudable en el período,

Sin embargo, no en todos los ordenamientos ocurría lo mismo «...*Me había persuadido de que la jurisdicción contencioso-administrativa dada a la Suprema Corte, podría resultar ineficaz si no se daba a aquel alto tribunal la facultad de mandar cumplir directamente sus fallos, cuando el poder administrador fuese condenado. De lo contrario, en muchos casos, los fallos quedarían como letra muerta*». Así se expresaba Luis V. VARELA⁴⁰ al redactar su proyecto de Código para la Provincia de Buenos Aires en la primera década del siglo pasado⁴¹. Consecuentemente con su razonamiento, proyectó un régimen de ejecución de sentencias que era adelantado para aquella época⁴², más aún si lo comparamos con lo que ocurría en el orden nacional, donde las sentencias condenatorias contra el Estado tenían carácter declaratorio (art. 7.º Ley 3952)⁴³. Tenía en claro aquel jurista dos cuestiones: que el de la ejecución de las sentencias condenatorias contra el Estado era y es un problema medular y que dicha ejecución mediante el órgano judicial era posible, a pesar de que en el orden nacional se sostenía lo contrario.

También declaran ejecutorias las sentencias algunos códigos provinciales, aun aquellas que condenan al Estado al pago de una suma de dinero o a la entrega de una cosa fungible: así, los Códigos de Jujuy (art. 80), La Rioja (art. 72) y Santiago del Estero (art. 66). El Código de La Pampa dice que todas las sentencias contra el Estado tendrán carácter ejecutorio (art. 58).

Ordenamientos modernos también disponen el carácter declaratorio (temporalmente) en las sentencias que condenen al Estado a dar

para atender el gasto de que se trata, no sólo por no tener fondos previstos en el presupuesto vigente, sino por resultarle materialmente imposible contar con ellos en lo inmediato. Claro está que esa prerrogativa no lo evade de hacer uso de su mayor capacidad de recursos financieros para cumplir con sus deudas.

⁴⁰ Luis V. VARELA, *Proyecto de Código de lo Contencioso administrativo*, Talleres del Museo, La Plata, 1904, pp. 59-60.

⁴¹ El Código entró en vigencia en 1906 y permaneció vigente hasta el 14/12/2003.

⁴² En la explicación al art. 79 expresaba que en «... las legislaciones europeas no se encuentra una legislación semejante a la que aquí se establece.... Pero, en la legislación norteamericana se encontrará algo semejante a lo sancionado... para cumplir los fallos de la Court of Claims que es, mutatis mutandi, un tribunal de lo contencioso administrativo» (Luis V. VARELA, *Proyecto...*, cit., p. 299, comentario al art. 109 de su proyecto; hoy art. 79). Por ello, aquellos que acusan a VARELA de ser prácticamente un copiadore de la Ley española Santamaría de Paredes no han leído con profundidad ni el Código ni las notas del autor del proyecto (que sufrió importantes modificaciones al sancionarse la Ley).

⁴³ Por eso, cuando se sostiene que, debido a haber adoptado y adaptado la Constitución de EE.UU. de NA, no se habría podido abreviar en el contencioso-administrativo europeo, debido a que éste habría sido en aquella época más atrasado que el sistema perfeñado en la jurisprudencia de aquel país, lo cierto es que la Ley 3952 vino a poner fin a la indemandabilidad del Estado –criterio adoptado siguiendo a la interpretación que la jurisprudencia de EE.UU. de NA había hecho de su Constitución, el cual no se compadecía con el criterio que se había seguido en el período colonial y patrio–, disponiendo el carácter declaratorio de las sentencias. Sin embargo, VARELA –a quien se acusa de seguir a la Ley española de Santamaría de Paredes– fue más lejis y decidió que también el Estado podía ser ejecutado.

sumas de dinero. En el caso de las provincias cabe citar el art. 73 del CCA de Tierra del Fuego, que dispone que cesa aquel carácter a partir del 31 de diciembre del año de ejecución del presupuesto en que debía efectuarse la imputación (art. 76). Aunque muchas provincias no lo establezcan en sus normas procesales, leyes de emergencia propias, o adhesivas a la nacional, han transformado las sentencias de condena a dar sumas de dinero en temporalmente declarativas⁴⁴. En la Ciudad de Buenos Aires, el art. 398 CCATCBA establece también el carácter declarativo, cesando en idéntica forma a lo dispuesto en Tierra del Fuego (art. 400).

VII. PROCESO DE EJECUCIÓN

1. PRETENSIÓN

La ejecución de lo decidido en la sentencia es un proceso que tiene por objeto una pretensión que se satisface si el juez realiza una conducta física que es distinta a una mera declaración, pues provoca un cambio en la situación existente entre las partes; un cambio físico, real o material.

2. SUJETOS

A) *Órgano judicial*

La competencia para intervenir en el proceso de ejecución corresponde al tribunal que intervino en el proceso que culminó con la sentencia que se ejecuta. En general, en materia contencioso-administrativa son los máximos tribunales de justicia de Provincia⁴⁵.

Debe distinguirse el órgano a quien se le atribuyen las facultades para hacer cumplir la sentencia —el órgano judicial que fiscaliza el

⁴⁴ En ese aspecto, el Código Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece temporáneamente el carácter declarativo, pero una vez vencido dicho plazo se pueden ejecutar (arts. 398 y 400).

⁴⁵ En la Nación la decisión de las causas contencioso-administrativas corresponde al fuero contencioso-administrativo (primera y segunda instancia); lo propio ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires (aunque en ésta aún no funcionan las Cámaras respectivas). En el mismo sentido han organizado su actual sistema las Provincias de Tucumán —interviene una Cámara con asiento en San Miguel de Tucumán—; Córdoba, que establece que resuelven la cuestión las Cámaras —una especializada en la ciudad capital y, en el resto de los departamentos judiciales, la misma Cámara que interviene en los procesos civiles—; Santa Fe, con dos Cámaras especializadas —una en Santa Fe y otra en Rosario—, y Salta, en la que existe un juez en primera instancia con asiento en la ciudad de Salta.

cumplimiento de lo decidido— y el órgano encargado materialmente de dicha ejecución (es decir, el encargado del cumplimiento real y efectivo): el ejecutor material de la sentencia (que muchas veces es un órgano administrativo).

B) *Legitimación activa*

El proceso de ejecución procede a instancia de parte, no lo efectúa el tribunal de oficio. Está legitimada la parte que obtuvo sentencia favorable, pero bien es cierto que los efectos de la sentencia pueden extenderse también a quienes no han sido partes en el proceso⁴⁶. Sin

⁴⁶ En los casos de *sentencias estimatorias* de la pretensión procesal administrativa, la doctrina discute los alcances de los efectos de aquéllas:

a) Por un lado, están quienes distinguen: i) si el administrado perseguía el reconocimiento de una situación jurídica específica y tiene éxito, *la sentencia tendrá efectos relativos* —o sea, entre las partes intervinientes dentro del proceso—; ii) en cambio, si la sentencia acoge el pedido de anulación de un acto emanado de la Administración que no afecta sólo al actor, dicho fallo *tiene efectos erga omnes*. Esta posición ha quedado plasmada en los Códigos de algunas provincias: vgr., Córdoba (el art. 39 del Código cordobés expresa lo siguiente: «Las sentencias dictadas en causas contencioso administrativas, no podrán ser invocadas ante los demás fueros judiciales, contra terceros, como prueba del reconocimiento de derechos reales, personales o de otra naturaleza, por más que éstos hayan sido invocados y discutidos en el juicio contencioso administrativo. En las causas de ilegitimidad, la sentencia se limitará a resolver sobre la validez del acto administrativo impugnado y, en caso de declarar su nulidad, lo notificará a la autoridad que lo dictó y al fiscal de Estado, en su caso, y publicará su parte dispositiva, por cuenta de quien produjo el acto motivo de la causa, en el Boletín Oficial, en su defecto, en un periódico local. A partir de dicha publicación, la sentencia tendrá efectos erga omnes, sin perjuicio de los derechos de terceros definitivamente consolidados»); Corrientes (art. 85); art. 72 de Entre Ríos y Formosa; y Mendoza (art. 61). En Tierra del Fuego tiene efectos *erga omnes* salvo cuando el Superior Tribunal declare la ilegitimidad de un acto de alcance general (art. 60).

b) Por otro lado, se encuentra la opinión sostenida por FIORINI, que sostenía que «ninguno de los códigos era muy preciso sobre los efectos erga omnes de la sentencia dictada» (B. FIORINI, *Qué...*, cit., p. 325; la reedición sigue, como no podía ser de otra forma, a la edición de 1965). A su vez, MAIRAL opina que en los casos de sentencias que acogen una pretensión judicial administrativa, siempre tienen efecto relativo. El último de los autores mencionados, tomando como base de su razonamiento principios que considera liminares del Derecho Constitucional, trata en primer lugar los casos de sentencias que tratan sobre el pedido de control judicial de la actividad administrativa en relación a los actos individuales o de alcance particular, señalando —entre otros conceptos— lo siguiente: «Cuando se trata de actos individuales (sanciones, autorizaciones, etc.), desde el punto de vista práctico la anulación del acto administrativo respecto de su destinatario implica su virtual desaparición del mundo jurídico. Que ello tiene efecto respecto de los terceros es cierto, pero no contraría el principio de relatividad: al igual que en el derecho privado, este principio no impide que los terceros deban tomar como un hecho que en la relación entre A y B el acto que vinculaba a éstos ha desaparecido. Por tanto, el efecto relativo de la cosa juzgada no impide que la anulación del acto administrativo individual que afectaba al particular deba ser tomada en cuenta por los terceros, sean ellos la Administración u otros particulares...»; más adelante analiza el supuesto de un acto dirigido a varios *destinatarios separables*: «si se tratara de un acto único con diversos destinatarios separables la solución también es clara: la anulación tiene efecto respecto del recurrente únicamente, pero los demás afectados podrán invocarla con efecto meramente per-

perjuicio de la discusión de la doctrina a la que hago referencia en la nota anterior, cabe decir que, en principio, en el caso de la sentencia estimatoria de un acto de alcance individual los efectos son para los intervinientes en el proceso. Sin embargo, en esta materia las cuestiones no son tan simples. Así declarada judicialmente la invalidez del acto administrativo respecto del demandante (supongamos un perdedor en un concurso o cualquier otro proceso de selección), implica la virtual desaparición del acto nulo del mundo jurídico. Ello, sin duda, tiene efectos respecto de los terceros (el que ganó el concurso, desde luego, pero también alcanza a los demás perdedores aunque no hayan impugnado el acto). Ello no contraría, en principio, la regla de la relatividad de los efectos de la sentencia⁴⁷: al igual que en el Derecho Privado, pero esta

suasivo en sus propios recursos ya interpuestos o en los que interpusieren si no hubiere vencido aún el plazo para hacerlo (lo que en la práctica sólo ocurrirá si se les hubiere notificado con mucha demora el acto)» (Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, t. II, pp. 894 y 895). Si respecto a un mismo acto existen los denominados «interesados» y «contrainteresados», MAIRAL sostiene que «la determinación de si corresponde citar a los demás involucrados por el acto impugnado debe basarse en el carácter separable de las cuestiones y de su decisión» (Héctor A. MAIRAL, *Control...*, cit., p. 896).

Agregaba dicho autor, antes de la reforma constitucional de 1994, lo siguiente en relación a los actos generales: «La situación de los diversos afectados por un reglamento es diferenciable de la de los afectados por un acto individual que afecta a varias personas: estos últimos se ven alcanzados necesariamente por la sentencia que anula el acto, y por ello deben ser traídos a la litis; en cambio, los afectados por el reglamento no ven modificada su situación jurídica porque se omite aplicarlo sólo a uno de sus destinatarios. La anulación de un acto administrativo individual, como la anulación de un acto jurídico privado, constituye el resultado posible del proceso impugnatorio: la decisión judicial se limita a reglar la situación jurídica inescindible que se llevó ante sus estrados. Pero nada de inescindible hay en la situación de los destinatarios de un reglamento. Si el fundamento del rechazo del efecto erga omnes tiene raigambre constitucional el legislador no podrá, ni expresa ni implícitamente, otorgar al Poder Judicial la facultad de derogar los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, sean éstos de ejecución, delegados, autónomos o de necesidad y urgencia. La sentencia debe, pues, limitarse a declarar su inaplicabilidad al actor» (Héctor A. MAIRAL, *Control...*, cit., p. 899).

Ahora bien, luego de la reforma constitucional de 1994, y más específicamente al agregarse el art. 43 de la Constitución Nacional, que admite los derechos de incidencia colectiva, parece ganar terreno la postura según la cual se admite el efecto *erga omnes* de la sentencia.

Respecto a las normas, en algunas provincias las sentencias tienen un alcance amplio. Así, la Constitución de Río Negro establece que el Superior Tribunal de Justicia puede declarar abrogada la vigencia de una norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial (si la misma fue declarada inconstitucional por unanimidad y por tercera vez) –art. 208–, y la de Tierra del Fuego, cuando por tercera vez y por unanimidad se declara la inconstitucionalidad de una norma, el Superior Tribunal podrá suspender su vigencia (art. 159 C.Pr.). El Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires prevé que la declaración de inconstitucionalidad de una norma le hace perder vigencia (en el caso de las leyes existe un procedimiento especial de ratificación por la Legislatura) –art. 113, inc. 2.º–.

La sentencia en la pretensión de interpretación también tiene alcance *erga omnes* –Co-rrieres (arts. 86 y 93), Entre Ríos (73) y Formosa (73)–.

⁴⁷ Los efectos consolidados no pueden afectarse. Siguiendo con el ejemplo, supongamos que el concurso es docente. El ganador, si se hizo cargo de la cátedra, dio clases, aprobó y desaprobó alumnos, etc. Esos efectos no se alteran; el cobro de sus salarios (por tareas reali-

regla no impide que los terceros, especialmente el ganador del concurso —el cual si no fue parte en el juicio no tiene el efecto de cosa juzgada la sentencia—, deba tomar como un hecho que la relación entre él y la Administración, por medio del acto que lo vinculaba a ésta, ha desaparecido. Por tanto, el efecto relativo de la cosa juzgada no impide que la invalidez del acto administrativo individual que afectaba al particular deba ser tomada en cuenta y tenga efectos en relación a terceros⁴⁸, sean ellos la Administración u otros particulares.

Las sentencias desestimatorias, en principio, tienen sólo efecto entre los litigantes; decimos en principio pues sin duda alguna que el precedente será de indudable valor para los que puedan verse involucrados en un juicio similar —vgr., una pretensión de lesividad desestimada servirá de precedente para casos similares—. Por lo que indirectamente la decisión «alcanza» a terceros en similar situación., mientras que las estimatorias pueden extender los efectos a terceros no litigantes, que pueden verse beneficiados o perjudicados por el pronunciamiento⁴⁹.

A diferencia de la Ley española⁵⁰, en la que, admitida la extensión *ultra partem* de las sentencias, se ha reconocido legitimación a quienes sin haber sido parte en el proceso se encuentran en idéntica situación a los que obtuvieron la sentencia favorable⁵¹, en nuestro país, creemos que con acierto, no se admite legitimación a todos los que tuvieran interés, sino sólo a aquel o aquellos que obtuvieron el fallo favorable.

zadas —de lo contrario habría enriquecimiento injusto del Estado—, la promoción de los alumnos, no se ven afectados por la nulidad. Por eso la conclusión de que los efectos del acto nulo son retroactivos sufre alguna mengua en la materia.

⁴⁸ Los efectos de las sentencias estimatorias en relación con la pretensión formulada por la actora, lógicamente, dependen del contenido de la pretensión. Así: a) Cuando la pretensión consistiera en declarar la invalidez del acto, así lo dispondrá y declarará la invalidez total o parcial, según proceda, del acto. b) Si la sentencia condena a la Administración, sea a la emisión o realización de un acto, bien a la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para el cumplimiento. c) Si se hubiese pretendido el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, el decisorio reconocerá dicha situación y adoptará las medidas necesarias para el restablecimiento pleno de aquélla. d) En el caso de que la pretensión esté encaminada a un supuesto de inactividad de la Administración, la sentencia dispondrá que cese aquélla, disponiendo que la Administración cumpla o realice la prestación o acto que proceda. e) Si se trata de una vía de hecho, dispondrá que se modifique la actuación impugnada estableciendo que la Administración adecue su actuación a Derecho. f) En el supuesto de resarcimiento de daños y perjuicios reconocerá el derecho del actor al mismo, indicando quién está obligado a resarcir.

⁴⁹ Vgr., las sentencias que invaliden un acto producirán efectos para todas las personas afectadas por aquél.

⁵⁰ Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, n.º 29, de 13 de julio de 1998, art. 86.

⁵¹ Tribunal Supremo español, Sala 5.ª (29-XI-85).

C) *Legitimación pasiva*

Sólo aquel o aquellos que fueron condenados (codemandados o coadyuvantes) son los obligados a ejecutar la sentencia. No podría admitirse la ejecución a personas que no fueron parte en la fase declarativa, aunque pueda producir efectos en ellos⁵².

3. REQUISITO DE LA EFICACIA EJECUTIVA DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN AL SUJETO

A) *Ejecución directa*

Como se vio, es la parte quien pide que el tribunal disponga la ejecución de la sentencia, dilatada por el obligado, adoptando las medidas necesarias al respecto. El mandato contenido en aquélla va dirigido a la parte condenada. Si ésta resulta ser una autoridad pública habrá que delimitar al órgano que le corresponde ejecutar la sentencia. Disponiéndolo el tribunal ordena a los agentes –debidamente individualizados– cumplan lo mandado en la sentencia. En Argentina esta posibilidad está fuera de discusión (ver punto II *in fine*) y ha tenido expresa recepción legislativa en los códigos procesales de varias provincias⁵³.

B) *Ejecutar y hacer ejecutar*

Ya me he referido a lo que debe entenderse *por hacer ejecutar lo juzgado* (ver nota 2). Debe quedar claro que dicho concepto no significa *en modo alguno que ello impide al juez proceder directamente a la ejecución de la sentencia*⁵⁴. En dicha ejecución, el tribunal es responsable de hacer

⁵² Ver lo que digo en las notas 46 y 47.

⁵³ Cuando el Código de Catamarca dice (art. 57) «... ordenando la ejecución directa, bajo apercibimiento a los empleados que deban ejecutarla...», debe entenderse que se está refiriendo al cumplimiento, no a la ejecución considerada propiamente como tal, pues la Administración no tiene estrictamente una potestad de ejecución del fallo, sino que es el titular de la actividad de cumplimiento –por propia voluntad o como colaboradora obligada que le viene constitucionalmente impuesto–. A su vez, el Código de Corrientes, en su art. 108, establece: «... el tribunal ordenará la ejecución directa mandando que el o los agentes correspondientes, debidamente individualizados, procedan a dar cumplimiento, determinando concretamente lo que deben hacer y el plazo en que deben realizarlo...». Lo propio indican los Códigos de La Pampa (art. 60); Mendoza (art. 69); Neuquén (art. 70); T. del Fuego (art. 71); Tucumán (art. 81). En el Código de la Ciudad de Buenos Aires existe una norma similar (art. 396).

⁵⁴ Tal como lo expresa el art. 87 del Código de El Chaco («... el Superior Tribunal ordenará le ejecución directa de la sentencia...»). Lo mismo indican los Códigos de Jujuy (art. 94); La Rioja (art. 87); Sgo. del Estero (art. 81).

que se correspondan la realidad física o material con la realidad jurídica declarada en la sentencia, sustituyendo la voluntad del ejecutado⁵⁵.

La actividad judicial de ejecución corresponde al tribunal y no a la Administración ejecutada. Si se parte de la diferencia entre *ejecución y cumplimiento* (ver este punto IV, apartado 1, y nota 28), no cabe hacer distinciones entre *ejecutar y hacer ejecutar* pues se refieren a lo mismo: *a la potestad judicial de trasladar a los hechos lo declarado previamente en la sentencia*.

C) *Facultad del órgano judicial de sustituir al órgano administrativo que no cumple la sentencia*

En el proceso de ejecución forzosa el órgano judicial tiene la facultad de sustituir al órgano administrativo que incumplió la sentencia (ver apartado VIII de este punto). En el sistema general de ejecución forzosa (no referida solamente a la Administración) de las condenas de hacer no se puede saber a priori (sin examinar en el caso específico la prestación debida) si el juez puede proceder a la sustitución del deudor obligado⁵⁶; en el caso de la obligación administrativa la cuestión tiene otras aristas (ver punto VIII.1).

4. TRÁMITES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Las normas establecen el procedimiento que el tribunal ha de seguir para ejecutar sus fallos; por ello debe indicar en el auto que ordene el cumplimiento directo de la sentencia a cada agente que ha de cumplir lo mandado, la misión que debe llenar y el término en que debe ejecutarlo⁵⁷.

Va de suyo que los agentes deben cumplir lo mandado por el tribunal, sin que quepan disculpas por su desobediencia, tanto sea que los

⁵⁵ No quiere ello decir que corresponda al tribunal ejecutor realizar directa, personal y materialmente la actividad de transformación de la realidad física.

⁵⁶ El Código de Corrientes en el art. 108 (cuya primera parte transcribimos en la nota 55) continúa diciendo: «... El Superior Tribunal de Justicia podrá adoptar, aun de oficio, todas las providencias y resoluciones que estime convenientes para poner en ejercicio las atribuciones que le confiere la Constitución...». Lo propio dicen los arts. 79 de Entre Ríos y 94 de Formosa.

⁵⁷ Ya vimos lo que dispone el Código de Catamarca (nota 54) y los citados en la nota 53, a la que remito. El de Entre Ríos (art. 79) y el de Formosa (art. 79) disponen: «... el tribunal ordenará la ejecución directa mandando que el o los agentes correspondientes, debidamente individualizados, procedan a dar cumplimiento, determinando concretamente lo que deben hacer y el plazo en que deben realizarlo...».

superiores le ordenasen no obedecer o pretendiendo ampararse en que no exista norma que los autorice a hacer lo ordenado por el tribunal.

Lamentablemente, no siempre disponen los códigos que, una vez emplazado un agente de la Administración para que dé cumplimiento a lo ordenado, no puede eximirse de sus responsabilidades por el solo hecho de renunciar a su cargo⁵⁸.

VIII. LA EJECUCIÓN FORZOSA

1. NOCIONES GENERALES

Al no cumplir la Administración –si es la vencida– con las normas y no llevar a cabo lo dispuesto en el fallo, podrá el tribunal acudir a las medidas que el ordenamiento prevé encaminadas a la ejecución forzosa. Ello es así porque toda decisión judicial tiene para la Administración el mismo valor que una orden expresa pues contiene, como toda sentencia, un imperativo categórico.

2. DISTINTOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

A) *Sentencia condenatoria a una actividad de hacer*

En otros países, el proceso contencioso-administrativo se basa en dos técnicas: la imposibilidad de dictar sentencias de condena y la prohibición de sustituir a la Administración activa⁵⁹. Ése no fue el modelo del Derecho Público provincial⁶⁰. Aunque en materia de condenas u órdenes de hacer⁶¹ existen algunos problemas, en punto a que algunas

⁵⁸ No es que una norma semejante puede impedir que el agente renuncie cuando lo crea conveniente, lo que se intenta lograr es que esa circunstancia no lo exima de sus responsabilidades en el incumplimiento de la sentencia. Así, el art. 89 del Código de El Chaco, el 90 de La Rioja y el 84 de Sgo. del Estero.

⁵⁹ En esa línea, y con relación a la impugnación de actos administrativos, el art. 146 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que en las sentencias que se refieren a actos administrativos, si la sentencia acoge la pretensión, puede: a) anular total o parcialmente el acto impugnado (lo que en buena técnica significa que no puede modificarlo o sustituirlo ni aun con carácter excepcional). Sin embargo, no sigue al primer principio, pues permite dictar sentencias de condena, ya que el mismo artículo establece: b) disponer el restablecimiento de la vigencia del acto o contrato cuya extinción motivó el ejercicio de la acción, y c) hacer lugar, si fueron reclamados, al pago de los daños y perjuicios.

⁶⁰ Lo que ocurría, por ej., en Francia, donde fue también criticado por la doctrina. Así, León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 132.

⁶¹ Ello porque las soluciones se apartaban de la lógica, pues la facultad de ordenar comportamientos es una competencia judicial irrenunciable. Como decía el indio Hurón: «No me diga usted que la orden que se da a la Administración para que ajuste a Derecho su compor-

legislaciones no permiten al juez más que confirmar o anular (total o parcialmente) el acto, mas no modificarlo o sustituirlo⁶², partiendo de la base de que no es un proceso interpartes, sino un proceso al acto⁶³. Pero otras legislaciones no han seguido esa línea⁶⁴ y, en otros casos, ha sido la jurisprudencia la que se ha salido de ese encorsetamiento como consecuencia a veces, de algunas anulaciones⁶⁵, los jueces dictan sentencias que no son constitutivas, sino inmediatamente ejecutivas, que equivalen, prácticamente, a un acto administrativo⁶⁶ (p.ej., fijación del justiprecio en la expropiación; suspensión cautelar de un acto administrativo de contenido negativo).

Cuando el código no ha seguido una interpretación restrictiva⁶⁷, condenado el Estado a hacer algo, transcurridos los plazos de cumplimiento voluntario sin que la sentencia se cumpla, el órgano judicial puede optar: a) ejecutar la sentencia a través de los medios que disponga el juez; b) adoptar las medidas necesarias para proceder a dicho cumplimiento, incluyendo la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración demandada (se verá la cuestión en el punto VIII.2). En algunos casos se deja a la elección del actor a que se le indemnice por la inejecución (art. 411 CCATCBA).

La multa coercitiva suele ser en Derecho Privado el complemento lógico de la obligación de hacer: el juez dicta una sentencia que contiene una obligación consistente en un determinado comportamiento y prevé una sanción coercitiva pecuniaria, cuya cuantía suele ir en aumento gradualmente por cada día de retraso en el cumplimiento⁶⁸. Así,

tamiento, cuando el Derecho determina la decisión que sigue a la anulación, es por naturaleza ajena a los poderes del juez» (Jean RIVERO, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Dalloz, 1962 chron., pp. 37-38).

⁶² Además de la norma citada en la nota 59, cabe añadir el art. 53 de Catamarca, 74 de El Chaco, etc.

⁶³ Tal como el recurso de exceso de poder francés (Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, París, 1888/89, vol. II, pp. 534 y 541).

⁶⁴ León DUGUIT, «La fonction juridictionnelle», *Revue de Droit Publique*, 1922, p. 370, decía que el recurso por exceso de poder en Francia era un recurso objetivo de anulación. Por ello, el citado autor decía que la inexistencia de medios de ejecución era una «laguna de nuestro derecho público» (L. DUGUIT, *Las transformaciones...*, cit., p. 132).

⁶⁵ Cabe decir que ya JÈZE había puesto de relieve que algunas anulaciones contenciosas implican lógica y necesariamente una condena a un hacer positivo y determinado (Gastón JÈZE, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*, *Revue de Droit Public*, 1913, p. 463 en nota).

⁶⁶ El juez no dicta actos administrativos; en todo caso la sentencia, en la práctica, *vale*, en esos casos, *como un acto administrativo*, pero en manera alguna tienen su característica.

⁶⁷ La solución buscada en un principio en Francia fue hacer responsable al funcionario causante de la inejecución como responsable por una falta personal (León DUGUIT, *Las transformaciones...*, cit., pp. 132-133; Gastón JÈZE, «*De la force...*», cit., p. 506).

⁶⁸ A. ESMEIN, «L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903, pp. 5 y ss.

si no hay una obligación de hacer previamente determinada, no puede haber astreintes. A la astreinte, que tiene su origen en el proceso de ejecución del Derecho Privado, se la ha tratado como una medida aparejada a la *injoction*⁶⁹. Al ser ello así, pareció en un principio que no cabría pronunciar astreintes contra el Estado —sí contra los funcionarios— sin violentar el principio de la separación de poderes⁷⁰ (art. 75, inc. 8.º, CN). Sin embargo, aun en países como Francia, donde la separación de poderes se interpretó estrictamente, las astreintes fueron aceptadas a partir de las decisiones de los tribunales en materia de vías de hecho⁷¹ (devolución de la cosa requisada, realización de actos jurídicos de estado civil, etc.). Cabe decir que el Código de la Ciudad de Buenos Aires prevé expresamente las sanciones conminatorias (art. 30).

La importancia de la prestación *in natura* de las obligaciones de hacer hace tiempo que se puso de manifiesto⁷², pues los intereses a tutelar son intereses pretensivos⁷³.

B) *Caso de las obligaciones de no hacer*

El actor tiene en ese caso la opción de pedir que se repongan las cosas al Estado que se hallaban a costa del deudor y, si no fuera posible o no quisiere tal solución, a la indemnización de daños y perjuicios (art. 412 CCATCBA). Esta ejecución sustitutoria —indemnización— sólo puede aceptarse como satisfacción del derecho del acreedor si éste lo pide o exista imposibilidad objetiva o material de obtener la que dice la sentencia.

C) *Condena a entregar una cosa (dar cosa cierta)*

Ciertos Códigos (El Chaco, Jujuy, Sgo. del Estero) establecen que si la condena obligase a la Administración a «dar una cosa cierta» —art.

⁶⁹ Jacques CHEVALLIER, «L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1972, p. 74, dice que «la astreinte no es en definitiva más que una condena expresa (injoction) acompañada de una sanción efectiva».

⁷⁰ Jacques CHEVALLIER, «L'interdiction...», cit., p. 76.

⁷¹ Con lo cual se dio la paradoja que los jueces civiles podían dirigir *injoctions* y aplicar astreintes contra la Administración, y no podía hacerlo el Consejo de Estado. Acerca de las *injoctions* en las vías de hecho, ver Georges VEDEL, Pierre DEVOLVÉ, *Droit ...*, cit., pp. 155 y 727.

⁷² Así León DUGUIT, *Las transformaciones...*, cit., pp. 25 y 31, dice: «El hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas sino hacer ciertas cosas. Por tanto se impone una necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento y una sanción a una obligación positiva...».

⁷³ Su finalidad no es impedir la actividad administrativa, sino obtenerla positivamente.

98 de El Chaco— o «dar y prestar una cosa...» —Jujuy (107) y Sgo. del Estero (94)—, la Administración podrá retener la cosa si ésta estuviera afectada al uso público o a un servicio público, consignando⁷⁴ el precio de ella hasta tanto se dicte la correspondiente ley de expropiación o de constitución de servidumbre en su caso (arts. 98 de El Chaco, 107 de Jujuy y 94 de Sgo. del Estero).

Si la condena no pudiese cumplirse se obliga al vencido a la entrega del equivalente de su valor, con los daños y perjuicios a que hubiere lugar. La fijación de los montos la hace el mismo tribunal.

D) *Caso de las obligaciones de dar sumas de dinero: sistema general*

En los casos de obligaciones de dar sumas de dinero que recaigan sobre la Administración y que no tengan carácter alimentario, debido a la situación de crisis que vive el país, en general, no pueden ejecutarse sino hasta pasado cierto tiempo. Es un régimen que no es uniforme en la legislación y muy complejo, que no me permite tratarlo con la exhaustividad necesaria porque excedería del límite impuesto por la obra.

Hay ciertas cuestiones que, sin embargo, sí puedo tratar en este acápite por tratarse de aquellas que pueden ser tratadas en forma general. Así, la sentencia que condena al Estado al pago de una cantidad líquida devengará el *interés legal* del dinero, sin necesidad de intimación desde el día en que la resolución sea comunicada.

En un régimen normal de ejecución de sentencias, la Administración acordará el pago de la cantidad a que hubiese sido condenada con cargo al crédito correspondiente del respectivo presupuesto. Así lo disponen expresamente ciertos códigos procesales provinciales —p.ej., el art. 73 de Tierra del Fuego— y el de la Ciudad de Buenos Aires (art. 398), que declaran que cesa el carácter declaratorio de las sentencias que condenen al Estado a dar sumas de dinero a partir del 31 de diciembre del año de ejecución del presupuesto en que debía efectuarse la imputación (arts. 76 de T. del Fuego y 400 de la Ciudad de Bs. As.).

El legislador ha pretendido con tales exigencias que nunca el Estado deje de ejecutar una sentencia firme que lo condene al pago de cantidad líquida con el pretexto de limitaciones presupuestarias. Cabe consignar que, salvo contadas excepciones —p.ej., la Ciudad de Buenos Aires—, ello no ocurre.

En nuestras provincias, el examen de la cuestión debe comenzar por los respectivos marcos constitucionales, ya que muchas Constituciones provinciales imponen limitaciones al embargo de bienes e ingresos públicos e impiden la ejecución coactiva de las sentencias de condena (la embargabilidad se verá en el punto XI.2).

En Catamarca, si el Estado es condenado al pago de alguna deuda no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria, ni embargadas sus rentas, debiendo la Legislatura arbitrar el modo y la forma de verificar el pago (art. 57). En El Chaco no podrán ser embargadas sus rentas, a menos que la Legislatura no hubiera arbitrado los medios para efectivizar el pago durante el período de sesiones inmediato a la fecha en que la sentencia condenatoria quedare firme⁷⁵ (art. 72). En Chubut las sentencias contra el Estado pueden ser ejecutadas en la forma ordinaria y embargadas sus rentas si, transcurrido un año desde que el fallo condenatorio quedó firme, no se arbitraran los recursos para afrontar el pago (art. 75)⁷⁶. En Córdoba, la Constitución establece que la ley determina el tiempo de cumplir las sentencias condenatorias en contra del Estado provincial y de los Municipios (art. 179)⁷⁷. La Constitución de Jujuy dispone que cuando el Estado fuere condenado al pago de una deuda, la sentencia podrá ser ejecutada y embargadas sus rentas luego de transcurridos tres meses desde que aquélla quedara firme (art. 11), y en Río Negro ello ocurre cuando el Gobierno provincial o municipal no hubiera arbitrado los medios para efectivizar el pago en el ejercicio inmediato a la fecha en que la sentencia quedare firme (art. 55)⁷⁸.

Las razones que justifican la inembargabilidad de los bienes y recursos afectados a la prestación de servicios esenciales (y no sólo servicios públicos) son evidentes. Se trata de salvaguardar el interés público, que debe ser preferido a la seguridad que intenta buscar el particular mediante el embargo. La inembargabilidad es relativa, sólo alcanza a los bienes afectados a servicios esenciales⁷⁹. Por ello le cabe al demandado acreditar dicha circunstancia.

Tiene por efecto preservar la eventual limitación en las posibilidades de disposición de las rentas o recursos estatales indispensables para el desenvolvimiento normal⁸⁰ de los servicios esenciales (ver punto XI.2).

⁷⁴ La consignación tramitará como incidente y la decisión del tribunal sólo recaerá sobre la estimación provisoria de la suma consignada con relación al valor de la cosa o indemnización por la servidumbre. Esta resolución no implicará prejuzgamiento sobre la estimación judicial definitiva, que debe hacerse en el respectivo juicio de expropiación, ni sobre el monto de indemnización si se trata de servidumbre.

⁷⁵ Los bienes afectados a servicios públicos en ningún caso podrán ser embargados.

⁷⁶ Se prohíbe trabar embargo preventivo sobre sus bienes y rentas.

⁷⁷ La Ley de Reforma Administrativa 7850 (1989) dispuso la suspensión de la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenan a la Provincia, Municipios, entes y organismos comprendidos en el art. 2.º al pago de sumas de dinero por el término de un año (art. 64).

⁷⁸ Son inembargables los bienes destinados a la asistencia social, salud y educación.

⁷⁹ CSJN, «Prov. del Neuquén c/ Est. Nacional», del 15-XII-98; Cám. Apel. T. del Fuego, Sala civil, com. y del trabajo, causa «JSTT c/ Comuna de Tolhuin», del 23-IX-99, voto del juez Imperiale.

⁸⁰ CSJN, Fallos 103:373; 119:372; 121:230 y 250; 275:254, entre muchos.

IX. POTESTAD SUSTITUTIVA DEL ÓRGANO JUDICIAL (SUSTITUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En general, las facultades de ejecución forzosa de los tribunales contencioso-administrativos no se discuten entre nosotros (ver punto III y notas 53 a 57), si bien tienen algunas limitaciones respecto a lo que pueden hacer los demás tribunales que se regulan por los principios generales de las condenas de hacer, entre los cuales se encuentra la sustitución del sujeto obligado.

Como se vio, la Administración *no ejecuta sino que cumple las sentencias* (ver punto IV, ap. 1, y nota 28), y si no cumple se verá sometida a un proceso de ejecución forzosa, el cual incluye la facultad judicial de sustituir al sujeto obligado (el Estado)⁸¹.

Tal sustitución no implica administrar, sino que es una consecuencia de la función de juzgar⁸². Si no fuera posible acudir a dicho instituto, el actor podría no obtener nunca la ejecución *in natura* o en sus propios términos de la sentencia, permitiendo a la Administración convertir su obligación de hacer en una dineraria⁸³.

2. LÍMITES A LA SUSTITUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO

A) *Límites de aplicación procesal*

Tal facultad del tribunal tiene límites para su ejercicio; son en realidad límites de *aplicación procesal en el caso concreto*. Ellos son: a) sólo puede aplicarse a obligaciones no personalísimas, por lo tanto *no es posible la facultad de sustitución en las obligaciones personalísimas*; y b) *la llamada discrecionalidad administrativa*.

B) *Obligaciones personalísimas*

Según la teoría de las obligaciones, las prestaciones de carácter personalísimo no son sustituibles por el órgano judicial⁸⁴. Por eso cabe que

⁸¹ En el caso del Código de Córdoba, el art. 52 establece la posibilidad de sustitución, aunque lo reduce al aspecto pecuniario; el mismo expresa: «... El tribunal autorizará, en los supuestos de sentencia de cumplimiento imposible, o que ocasione lesión directa o inmediata al interés público, la sustitución de la condena por una indemnización compensatoria definitiva...».

⁸² Por lo tanto, no implica violar el principio de separación de poderes. Más bien lo que quebranta tal principio es el incumplimiento de la sentencia por parte de la Administración.

⁸³ Con el problema que un erario en penuria puede acarrear en una obligación de tal naturaleza.

⁸⁴ Argumento art. 626 del Código Civil.

formule la pregunta crucial en este aspecto: ¿Constituye la obligación de cumplimiento de la sentencia por parte de la Administración un hacer personalísimo, y por lo tanto no fungible?

El hacer personalísimo consiste en aquel que se impone directa y personalmente (A debe ir a Baradero) o aquel que es fruto de cualidades propias del obligado (realizar una escultura)⁸⁵. Conclusión: *la prestación es no fungible*.

En general, al acreedor de la Administración le es indiferente el funcionario que cumple con la prestación ordenada en la sentencia. Las obligaciones del Estado –de las personas públicas en general– no derivadas de un negocio o contrato no permiten que el acreedor escoja al deudor⁸⁶.

A pesar de que CHIOVENDA hablaba de la «lógica fungibilidad de los actos administrativos»⁸⁷ y BENVENUTTI decía que «la ejecución en forma específica... violenta la posición soberana de la Administración»⁸⁸, coincido con la doctrina que entiende que «el hecho personalísimo es un término de difícil aceptación en el régimen administrativo, donde los entes actuantes son órganos que pueden tener, sin duda, competencias específicas muy definidas pero siempre alejadas del concepto de hecho personalísimo»⁸⁹. En el mismo sentido, Sainz de ROBLES⁹⁰, quien expresa: «... ninguna obligación de ésta [la Administración] puede tener tal carácter [personalísimo]. Precisamente por la índole general de los intereses a los que la Administración ha de atender y por la generalidad siempre sujeta a Derecho que representa la objetividad por excelencia de los medios con que actúa para satisfacerlos...».

Me parece que no cabe duda acerca de la fungibilidad material de la prestación por parte de la Administración, ya que ella es asumible, sin menoscabo del interés del acreedor, por cualquier sujeto⁹¹. De todas formas, todavía falta preguntarse si existe, desde el punto de vista obje-

⁸⁵ Es decir, el hacer personalísimo es aquella obligación para cuya realización no resulta indiferente, para el acreedor, la persona del deudor.

⁸⁶ M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 281.

⁸⁷ G. CHIOVENDA, *Principii...*, cit., p. 348.

⁸⁸ Feliciano BENVENUTTI, «Valore delle pronunce ex art 27, n.º 4 TU del consiglio di Stato e loro esecuzione» en Varios autores *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1962, p. 348.

⁸⁹ Jaime SÁNCHEZ ISAC, *La ejecución de la sentencia contencioso-administrativas y otros estudios sobre régimen local*, Bayer, Barcelona, 1991, p. 39.

⁹⁰ Federico C. SAINZ DE ROBLES, «Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. V. La ejecución de sentencias», *Tapia*, n.º 54, 1992, p. 8.

⁹¹ M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder...*, cit., pp. 282-283.

tivo, fungibilidad. Para eso hay que adentrarse en el problema de la discrecionalidad.

C) *La discrecionalidad administrativa*

Cuando el acto dictado por la Administración lo ha sido en ejercicio de una potestad discrecional, el juez no puede sustituirlo al ser aquél impugnado⁹². Ello no está discutido, pero en este caso, como en el anterior, debemos formularnos la correspondiente pregunta: ¿existe discrecionalidad por parte de la Administración en el cumplimiento de la sentencia?

Si la respuesta es negativa, la prestación de cumplimiento de la sentencia será fungible, y por tanto plenamente sustituible; si fuera afirmativa, la obligación será un hacer infungible.

Una primera respuesta quizás diría que nada de discrecional podría haber en el cumplimiento de una sentencia, pues en la discrecionalidad existe la posibilidad de la Administración de decidir entre actuar o no actuar (otorgar una subvención o no otorgarla⁹³) y hacerlo en un sentido o en otro⁹⁴ (aquella tiene la potestad de organizar los servicios públicos como mejor le parezca, prestarlos directa o indirectamente).

En el caso del cumplimiento de la sentencia es evidente que no tiene la Administración la posibilidad de actuar o no actuar, pues la sentencia debe ser cumplida, y donde existe un deber queda excluida la discrecionalidad⁹⁵. Sin embargo, podría haber en el cumplimiento de la sentencia por parte de aquella un cierto margen de apreciación; por ejemplo, cuando el acto debido puede legalmente tener varios contenidos y la Administración está facultada para adoptar uno u otro⁹⁶.

En algunos casos el cumplimiento de la sentencia será una obligación de resultado, es decir, obliga a un hacer determinado y específico (la Administración debe hacer A y sólo A). Si al cumplir esa sentencia aquella no tiene margen de apreciación –todos los elementos del

⁹² Una decisión discrecional es controlable, mas no sustituible por los tribunales. En esos casos el juez confirma o anula el acto, pero no puede sustituirlo, porque la apreciación de lo que es conveniente para el caso es una facultad privativa de la Administración. Ver SCJBA, causa B 48114, «Casares», del 13-VII-82; JA 1983-III-17, sec. índice.

⁹³ T. HUTCHINSON, «Apuntes acerca de la naturaleza jurídica de la subvención» en el Libro Homenaje al Prof. Roberto LÓPEZ CABANA, en prensa.

⁹⁴ Roger BONNARD, «Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir», *Revue de Droit Public*, 1923, p. 370, expresa: «La apreciación discrecional consiste en primer lugar en decidir si se toma una medida y luego en fijar su contenido».

⁹⁵ Peter CANE, *An Introduction to Administrative Law*, 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 132, expresa: «... la obligación elimina la toma de decisiones. Por consiguiente, la obligación elimina la discrecionalidad».

⁹⁶ M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder...*, cit., pp. 290-291.

acto de cumplimiento le vienen dados por la sentencia o por las normas—, estamos ante un cumplimiento automático (reglado), pero también bien puede ocurrir que disponga de varios modos de llegar al resultado (que sí le viene impuesto). Por ejemplo, la disminución de la contaminación ambiental de un ente estatal para adaptarla a standards mínimos exigibles⁹⁷, o la destrucción de una obra mal construida, son posibles condenas al Estado en las que éste puede disponer de distintos medios para llegar al resultado, pues se le indica qué debe hacer pero se le permite una cierta apreciación para escoger el cómo⁹⁸. Aunque el cómo del cumplimiento puede venir limitado por el efecto conformativo —el vínculo material— derivado de la sentencia⁹⁹.

En otros supuestos la obligación no es de resultado; ello ocurre cuando el Estado no está obligado a un resultado preciso, sino a un hacer cuya aplicación práctica puede tener varias soluciones. En este caso, en cuanto al cómo, la Administración tiene un margen de apreciación que roza la discrecionalidad, lo que impide que el resultado de la actividad administrativa de cumplimiento sea pasible de ser sustituido por el juez.

En la obligación de resultado en la cual la Administración tiene cierto margen de apreciación, cierta posibilidad de opción, existe la posibilidad de sustitución por el juez. Siguiendo a BELTRÁN DE FELIPE, pensemos en una sentencia que anule un acto negativo o un acto dictado por órgano incompetente. No podría en ese caso descomponerse la cuestión en dos partes distintas: por un lado el acto y por otro su contenido, pues la actividad reglada (dictar el acto) no puede ser separada de su contenido por ser inseparables. La atribución del juez de sustituir la primera conlleva la posibilidad de que sustituya la segunda si la Administración no cumple¹⁰⁰.

En síntesis, cuando la Administración tiene cierta opcionalidad para cumplir con el cómo de una sentencia, esa opción existe durante el término en que esa sentencia puede ser cumplida voluntariamente por aquélla. Cuando no cumple voluntariamente ha perdido la posibilidad de opción; su incumplimiento hace que la actividad ¿libre? de la Administración (el cómo) se extinga¹⁰¹ y puede ser sustituida por el juez.

⁹⁷ Tomás HUTCHINSON, «Responsabilidad pública ambiental» en Jorge MOSSET ITURRASPE, Tomás HUTCHINSON y Edgardo DONNA, *Daño ambiental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, p. 15.

⁹⁸ Luciano PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 313.

⁹⁹ M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder...*, cit., p. 298; conf. Peter LEYLAND y Terry WOODS, *Administrative Law*, 2.^a ed., Blackstone Press Ltd., Londres, 1997, p. 174.

¹⁰⁰ M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder...*, cit., p. 305.

¹⁰¹ Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, p. 126.

X. INEJECUCIÓN O EJECUCIÓN ANORMAL DE LAS SENTENCIAS

1. INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS POR IMPOSIBILIDAD DE SU CUMPLIMIENTO

Puede ocurrir que a la hora de proceder a la ejecución existan causas de imposibilidad material o legal que lo impidiesen. Normalmente, los códigos de la materia no contemplan qué ocurre en casos semejantes, por lo que hay que recurrir supletoriamente a los códigos procesales civiles y comerciales, que generalmente establecen que en casos semejantes debe fijarse la correspondiente indemnización (ver lo que decimos en el punto VIII.2.B y C).

La imposibilidad puede ser material (desaparece la cosa cuya entrega constituía el contenido de la sentencia) o legal (ley que modifica la normativa vigente al momento de dictarse la sentencia y que convierte al objeto del decisorio en ilícito, p.ej.).

Técnicamente, no podría considerarse un supuesto de inejecución el de la expropiación de los derechos reconocidos en la sentencia, pero lo cierto es que produce el mismo resultado: la sentencia no se ejecuta. A cambio de ello recibe el vencedor una indemnización. Pero las causas que motivan este supuesto y los anteriores – que son en puridad supuestos típicos de inejecución– son muy distintas. En el caso de la expropiación deberá estarse a lo que dispone la Constitución sobre el tema, que exige utilidad pública, ley y previa indemnización.

2. INCUMPLIMIENTO INDIRECTO DE LAS SENTENCIAS

No puede tolerarse que la demandada intente incumplir de manera indirecta las sentencias¹⁰², intentando subterfugios para imposibilitarla¹⁰³, lo que suele ocurrir¹⁰⁴.

¹⁰² Tomás HUTCHINSON, «Reflexiones sobre las soluciones posibles ante las formas indirectas de incumplimiento de las sentencias por la Administración», en *XIII Congreso Nacional Derecho Procesal*, t. IV, M. del Plata, 1985.

¹⁰³ Ver mi voto en la posición mayoritaria en «Cooperativa de Provisión para Transportistas Ushuaia Ltda.», del 6-IV-2000, (SDO), t. XX, f.º 119/138.

¹⁰⁴ Lamentablemente el Código derogado hace poco (15/12/03) de la Provincia de Buenos Aires (art. 92) permitía que el mal cumplimiento hiciera estéril la sentencia obtenida (art. 92), obligando a iniciar un nuevo juicio (ieso sí, sin necesidad de vía administrativa previa!). Lo propio establece el art. 85 de Salta.

Los Códigos de El Chaco, Jujuy, La Rioja y Santiago del Estero también tienen una regulación desvaliosa¹⁰⁵. Tanto estas disposiciones como las citadas en la nota 104 son soluciones erróneas, pues permiten que el mal cumplimiento haga estéril la sentencia obtenida¹⁰⁶. La solución a una cuestión semejante debería hacerse en el propio proceso de ejecución de sentencia, mediante una vía incidental.

3. EXPROPIACIÓN

Técnicamente, no puede considerarse como un supuesto de inejecución, sino más bien de ejecución anormal, aunque los efectos que produce son parecidos: deja de ejecutarse la sentencia a cambio de una indemnización. Se diferencian tanto en la causa que las motiva como por el órgano estatal que declara la concurrencia de las causas que la ley configura para justificar el mecanismo expropiatorio.

En el caso existe una ponderación de intereses contrapuestos: el del triunfante en la sentencia, que pretende la ejecución *in natura*, y el de la Administración, que pretende la conversión del derecho a la ejecución *in natura* en su *equivalente pecuniario* (indemnización sustitutiva)¹⁰⁷. Según las normas respectivas, el conflicto entre estos intereses se resuelve en favor del interés público, pues el tribunal no puede juzgar acerca de los fundamentos en que se basa la expropiación¹⁰⁸.

XI. LÍMITES A LA EJECUCIÓN DEBIDA DE LAS SENTENCIAS

1. SUSTITUCIÓN O INEJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

A) *Consideraciones generales*

La mayoría de los códigos contencioso-administrativos facultan al Estado a solicitar la sustitución de la forma o modo de su cumplimiento

¹⁰⁵ El art. 90 del Código chaqueño dice: «Contra la decisión administrativa que se opusiere al cumplimiento de la sentencia y que no fuere justificada... procederá la acción de ilegitimidad». Lo propio hacen el art. 92 de La Rioja («... procederá el recurso de ilegitimidad...»), el 85 de Sgo. del Estero y el 98 de Jujuy («... procederá el recurso de anulación...»).

¹⁰⁶ Como ejemplos de incumplimiento indirecto de la sentencia pueden mencionarse: a) tergiversación de los términos de la ejecutoria; b) reproducción del acto invalidado por la Justicia, y c) emisión de un acto administrativo incompatible con la efectividad de la sentencia.

¹⁰⁷ Contemplan el supuesto de expropiación, al permitir la posibilidad de retención –por estar afectada al uso público o a un servicio público– de la cosa cierta que debe darse, los Códigos de El Chaco (art. 98), Jujuy (art. 107) y Sgo. del Estero (art. 94).

¹⁰⁸ Ver Tomás HUTCHINSON, *Procedimiento y proceso...*, cit., pp. 285 y ss. Ello sin perjuicio que el que pidió la ejecución de la sentencia en otro juicio impugne la declaración de utilidad pública.

o la inejecución de la sentencia por causas excepcionales que en cada caso se establecen. Algunos, además, prevén la suspensión de la ejecución, lo cual es un acierto pues puede resultar más conveniente a ambas partes la suspensión de la ejecución por un lapso de tiempo determinado que la sustitución definitiva de la sentencia.

Es común en los procesos administrativos provinciales que se faculte al Estado a suspender o sustituir la condena¹⁰⁹. Para ello se tiene en cuenta que en este fuero se dirimen pleitos en que, por un lado, están los derechos de los particulares lesionados por una conducta administrativa y, por el otro, el interés público representado por la autoridad. Del hecho de que la autoridad haya lesionado un derecho privado no puede deducirse la consecuencia de que los motivos de interés público que aconsejaron una determinada conducta, objeto del juicio, no hayan de ser atendidos, respetando el interés del particular.

Debe resaltarse que en estos casos no nos encontramos ante una situación en que el incumplimiento *in natura* de la sentencia es imposible, sino que el cumplimiento la Administración lo reputa lesivo para el interés público¹¹⁰.

Las normas no son prolijas en la calificación acordada¹¹¹. Así, hablan algunas de suspensión como sinónimo de sustitución y otras asimilan sustitución e inejecución. En puridad, debía ser la *suspensión el diferimiento temporario de la ejecución de la sentencia; la sustitución, el reemplazo de la forma o modo de su cumplimiento, y la inejecución, la dispensa absoluta de su ejecución*.

Algunos, además, prevén la suspensión temporal de la ejecución de la obligación de dar sumas de dinero, aunque ante la práctica inejecutabilidad de estas sentencias, debida a la emergencia económica, dicha medida ha perdido importancia.

B) *Fundamentos de la medida*

Como la ejecución de la sentencia contra el Estado podría producir perjuicios graves a la cosa pública, las normas autorizan a la autoridad administrativa demandada vencida en juicio¹¹², a pedir la sustitución

¹⁰⁹ Cabe aclarar que el Código de La Pampa no prevé la sustitución o suspensión de la ejecución de la sentencia.

¹¹⁰ Buenos Aires (art. 80 s); Catamarca (art. 63 s); Córdoba (art. 53 s v).

¹¹¹ Así, Catamarca (art. 63) y Salta (art. 20), por ejemplo, hablan de suspensión cuando en realidad están regulando no un diferimiento temporáneo, sino una sustitución en el modo o en la forma de cumplimiento.

¹¹² La sustitución no se aplica en el caso de la lesividad. Sería absurdo que si el Estado actor resulta vencido en ese juicio y no puede lograr la nulidad del acto pudiera sustituir la sentencia y lograr, mediante este ardid, lo que no logró por el medio habitual.

de la sentencia, dando las razones de orden público que exijan esa sustitución. Por cierto que el pedido de la autoridad administrativa vencida debe basarse en motivos atendibles a juicio del tribunal.

Debe fundarse en que la ejecución de la sentencia pueda crear enormes dificultades al interés público; algunas normas incluyen los supuestos –taxativos– en que puede fundarse el pedido¹¹³; otras son más amplias¹¹⁴.

C) *Indemnización*

Justamente por ese respeto al derecho del particular que ha sido vulnerado, pero salvaguardando el interés público, que debe ser preferido, se ha tratado de llegar a soluciones que guarden el consabido equilibrio que requiere el Derecho Administrativo de un Estado de Derecho que privilegia el bien común: aquella es la indemnización que ha de abonarse al particular. Queda a criterio del Tribunal determinar el *quantum*.

D) *Causas*

Las respectivas normas establecen las causas que justifican la sustitución o inejecución de la sentencia. Por cierto, los motivos que reconocen las normas son de interpretación restrictiva. En aquellos casos en que luego de examinar algunos motivos se alude a que el tribunal puede examinar exhaustivamente las «otras circunstancias», debe hacer una prudente evaluación de ellas.

Comprobada la existencia de la causa que justifica el pedido de sustitución o inejecución, el tribunal decidirá si hace lugar o no al pedido, de acuerdo al trámite que regulan los códigos.

2. INEMBARGABILIDAD

A ciertos bienes les alcanza la inembargabilidad. Ello ocurre con los bienes del dominio público y, en algunos casos, con aquellos afectados a la prestación de ciertos servicios del Estado.

El régimen de los bienes del dominio público se inspira en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Este último principio impide que el órgano judicial despache mandamientos de ejecución contra este tipo de bienes.

¹¹³ Art. 189 del Código de la Ciudad de Buenos Aires.

¹¹⁴ Caso de los Códigos de Salta (art. 20) y Córdoba (art. 52 *in fine*).

En ciertos casos, el régimen de algunos bienes y derechos públicos no demaniales, concretamente el presupuestario del dinero público, impide su embargo. Es cierto que alguna doctrina¹¹⁵ entiende que no puede operar como límite a la ejecución de las sentencias, pero en nuestro país ello está expresamente regulado en algunos códigos.

Las razones que justifican la inembargabilidad de los bienes y recursos afectados a la prestación de servicios esenciales (y no sólo servicios públicos) son evidentes. Una vez más, se trata de salvaguardar el interés público, que debe ser preferido a la seguridad que intenta buscar el particular mediante el embargo.

Los gastos se determinan por el principio de la especialidad; los ingresos, por reglas del Derecho financiero están afectados sea a servicios administrativos dados (lo que ocurre con las tasas), sea a un servicio financiero (intereses y amortizaciones de un empréstito), sea a servicios de la Administración activa o jurisdiccional¹¹⁶. ¿Qué pasaría si a una Municipalidad le embargaran los bienes afectados al servicio público, aunque no fueran propiamente bienes del dominio público? ¿Debe suspender su actividad?

Por ello las rentas públicas son inembargables, a menos que por ley ellas estén afectadas al pago de obligaciones, sean éstas contractuales (vgr., empréstitos), sean extracontractuales (p.ej., repetición de pago indebido)¹¹⁷.

El régimen de la inembargabilidad, sea en el Derecho Privado¹¹⁸ o en el Público, está jurídicamente fundado en el interés privado, en unos casos, y en el interés público directo, en otros. Tiene por efecto preservar la eventual limitación en las posibilidades de disposición de las rentas o recursos estatales indispensables para el desenvolvimiento normal¹¹⁹ de los servicios esenciales. La inembargabilidad es relativa, sólo alcanza a los bienes afectados a esos servicios (ver punto VIII.2.D); por ello le cabe al demandado acreditar dicha circunstancia.

XII. CONCLUSIÓN

La función judicial no puede ser inútil; por lo tanto, no puede admitirse una pretensión que no tenga por condición un interés tutelado ni puede admitirse que una sentencia no tenga efectos.

¹¹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, 4.ª ed., t. II, pp. 646 a 648.

¹¹⁶ Rafael BIELSA, *Sobre...*, cit., p. 682.

¹¹⁷ Rafael BIELSA, *Sobre...*, cit., p. 688.

¹¹⁸ Suelen sustraerse ciertos bienes del régimen de la embargabilidad (vgr., un porcentaje del sueldo, las herramientas de trabajo, etc.).

¹¹⁹ CSJN, Fallos 103:373; 119:372; 121:230 y 250; 275:254, entre muchos.

No se discute en esta época que el Estado se encuentra sometido al Derecho y alcanzado por el *imperium* de los jueces. No existe ninguna justificación teórica verdaderamente satisfactoria que explique la prohibición de dirigir órdenes al Estado, pues ¿ordenar que la Administración haga lo que el Derecho le obliga a hacer no supone vulnerar la separación de poderes o de funciones?¹²⁰ Asimismo, el carácter declarativo de las sentencias de condena contra aquél sólo puede entenderse como una prerrogativa acordada al Estado para demorar transitoriamente el cumplimiento de la condena. Esa demora, que constituye un sacrificio del interés particular en aras del interés público, debe ser temporaria y, por ende, razonable.

El régimen de la ejecución de sentencias contra el Estado es un problema crucial del Estado de Derecho, ya que sólo se puede decir que éste existe cuando se logra estructurar un sistema de justicia que garantice la sumisión de aquél al Derecho¹²¹.

La manera real de llenar de contenido al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva está dada en las facultades que se dan al juez para imponer a la Administración una actuación positiva en cumplimiento de la sentencia y en la voluntad real de los tribunales de hacer uso de sus facultades, asumiendo que la tutela judicial no alcanza su plenitud en el momento de dictar sentencia. En ese momento se hace jurisprudencia, no justicia.

¹²⁰ J.M. WOEHLING, «Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français», *Revue Française d'Administration Publique*, 1984, pp. 197 y ss.

¹²¹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «La inejecución de las sentencias administrativas», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXIII, 1974.