

SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DINERARIAS CONTRA EL ESTADO**ABSTRACT**

POR NICOLÁS BONINA

I.- DIAGNÓSTICO

Se parte de una breve referencia sobre la ineficiencia y complejidad del régimen actual de ejecución de sentencias dinerarias contra el Estado en el orden nacional, el cual no dista demasiado del sistema en el orden local, y en virtud de lo cual las conclusiones resultan aplicables indistintamente a ambos regímenes.

II.- CONCLUSIONES**1.- La ejecución de sentencias es el punto crucial de la garantía a la tutela judicial efectiva**

Se analiza en este acápite la importancia de entender que la ejecución de sentencias forma parte –y es el núcleo– de la tutela judicial efectiva, rápida y sencilla, establecida en los distintos Pactos Internacionales con jerarquía constitucional.

2.- Los dogmas del pasado

Se analizan en este acápite los dogmas que subsisten hoy día detrás del régimen de ejecución de sentencias dinerarias contra el Estado, y que lo convierten en ineficiente y complejo. Se hace especial referencia: *i)* al carácter declarativo; *ii)* a la limitación de la ejecutabilidad *ex ante*, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago; *iii)* a la inembargabilidad de los fondos públicos; *iv)* a la inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación.

3.- Los mandamientos de ejecución

Se analiza en este apartado la importancia que reviste el tema de los mandamientos de ejecución contra el Estado como mecanismo para asegurar el cumplimiento de la sentencia mediante la coerción.

4.- Sobre el buen funcionamiento de las finanzas

Breve referencia a la irrazonabilidad de los dogmas frente al sistema de ejecución presupuestaria.

5.- Los dogmas y el orden constitucional

Se analiza el cambio en el eje de discusión del constitucionalismo moderno que plantea la legislación actual en materia de ejecución de sentencias contra el Estado.

III.- RECOMENDACIONES**1.- EL CRITERIO A SEGUIR**

Breve análisis de las soluciones del derecho comparado en este tema y cómo han superado los dogmas señalados *ut supra*.

2.- Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias

En base al análisis efectuado, se ofrecen distintas alternativas para superar la legislación actual.

3.- El cambio de paradigma

Se concluye con la importancia de lograr que el régimen de ejecución de sentencias sea eficaz, rápido y sencillo.

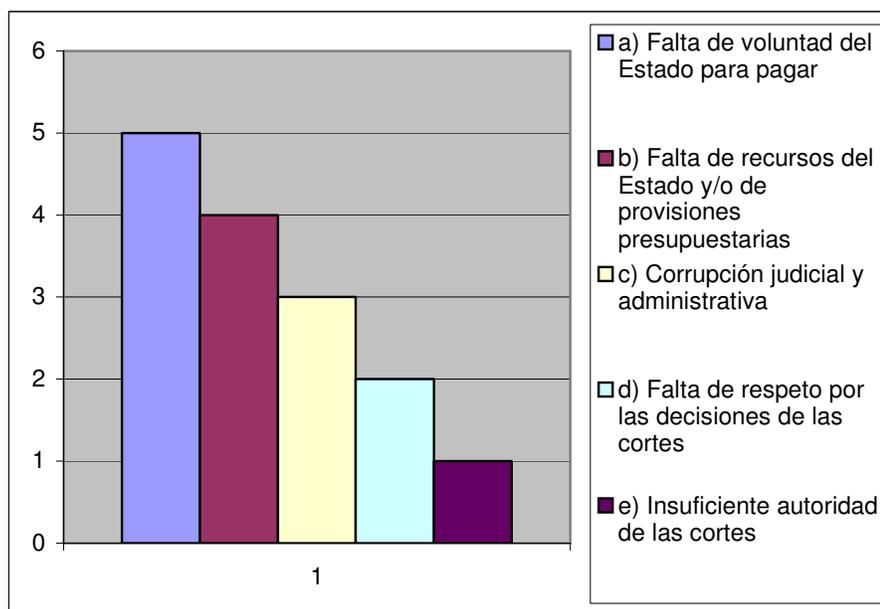
SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DINERARIAS CONTRA EL ESTADO

POR NICOLÁS BONINA

"Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor". TOMÁS - RAMÓN FERNÁNDEZ.

I.- DIAGNÓSTICO

Nadie es ajeno respecto de que el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado es ineficiente, complejo y poco feliz. Como dijera un amigo "es uno de los más perversos del sistema". Esta circunstancia no es extraña a nadie. En este sentido, cabe memorar que según un estudio realizado por el IFES (www.ifes.org) de otoño de 2002 en Argentina, Perú y México arrojó que los obstáculos para la ejecución de este tipo de sentencias son los que se muestran en el cuadro reproducido *ut infra*.¹



En otro orden de ideas, cabe referir que la dificultad del *asistemático* sistema obra sus veces como refugio a la inactividad e ineficacia administrativas.² Adviértase que desde la sanción de la ley 3952 y hasta el dictado del decreto 679/88, la jurisprudencia había limitado progresivamente el carácter

¹ Un informe del Consejo de Estado francés que sirvió como base para la reforma introducida mediante los decretos 90-400 y 90-416 en el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado señala que de 70 casos, "11 revelan una lentitud excesiva en el cumplimiento, 13 revelan una manifiesta mala voluntad, 22 encuentran su razón de ser en el rehusamiento por la Administración del carácter no suspensivo de las apelaciones. En fin, 11 casos revelan dificultades objetivas en la ejecución", GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias", en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 216. Tanto en el país galo, como aquí, los casos en los que existen dificultades objetivas no son la primer causal de incumplimiento –en Argentina si sumamos las causales a), c), d) y e) en definitiva advertimos que la dificultad objetiva en el pago es el menor supuesto-. Sin embargo en Francia han modificado el régimen para contrarrestar esta situación. Aquí no.

² La complejidad en el régimen de ejecución es otro punto sobre el que ha hecho hincapié el estudio aludido como óbice para lograr el cumplimiento compulsivo de las sentencias.

declarativo del art. 7º consignando excepciones tanto especiales como generales.³ El dictado de este decreto fue *el comienzo de la tragedia*, a partir de allí la cantidad de normas dictadas conformaron un complejo marco normativo que favorece la irresponsabilidad, ya que se trata de un régimen complicado, tedioso y largo, en el cual se le hace fácil al Estado encontrar cualquier subterfugio a efectos de no pagar.

II.- CONCLUSIONES

1.- La ejecución de sentencias es el punto crucial de la garantía a la tutela judicial efectiva⁴

La ejecución de la sentencia se enmarca dentro de un proceso, que sólo finaliza con la satisfacción efectiva y real del vencedor.⁵ Sin embargo, *hay que ver cómo los dogmas del pasado siempre encuentran algún subterfugio para infiltrarse en los nuevos esquemas constitucionales y supranacionales y salirse con las suyas.*⁶

El derecho a una tutela judicial rápida, efectiva y sencilla es un derecho de raigambre constitucional y supranacional. Por lo tanto, la ejecución de sentencias, como mecanismo de garantía de los derechos, que se inserta dentro del “proceso” participa también de esta misma característica: debe ser *rápida, sencilla y efectiva*, pues de nada sirve lograr una sentencia definitiva si luego no se va a cumplir y no se la puede ejecutar.⁷

La efectividad de un proceso se refiere precisamente a este aspecto, la efectividad del mismo se manifiesta de modo particular en que lo que el magistrado ordene se cumpla. Recién allí se puede dar por concluido el proceso en cuestión.

Por lo tanto, la consolidación de deudas y el incumplimiento parcial o total de la sentencia es una violación a la garantía de la tutela judicial rápida y efectiva, y por lo tanto es una violación al régimen supranacional de derechos.⁸

De esta manera, la prórroga o consolidación por 10 o 16 años es inconstitucional, porque violenta la garantía de tutela judicial efectiva, *rápida y sencilla*. De nada vale tener un sistema judicial si no puede hacer justicia efectiva. El proceso finaliza cuando se cumple, no cuando la sentencia queda firme. Y aunque se predique que no se desnaturaliza el derecho en cuestión, la verdad⁹ es que cobrar un crédito en 6 meses o en 3 o 16 años no es lo mismo, sobre todo en un país como el nuestro donde la

³ Ver un desarrollo en MAIRAL, HÉCTOR A., “La evolución del régimen de sentencias contra la Nación”, *LL*, 1988-E, 1203; y TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación”, *LL*, 1988-D, 932.

⁴ Ver también Ver, entre otros, ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 54 y ss; y HUTCHINSON, TOMÁS, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-2, p. 14 y ss.

⁵ “Un sistema de tutela judicial efectiva [...] no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración”, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas”, *Documentación Administrativa*, 209, p. 10, con citas del Tribunal Constitucional.

⁶ O como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, estos *privilegia principis* que se fueron formando a lo largo de los siglos “y cuya mayor parte alienta aún y aún reviven insospechadamente, incluso en metástasis inesperadas, al igual que las células cancerosas”, GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...”, *op. cit.*, p. 8.

⁷ Ver *ut supra*, nota 5.

⁸ Respecto de la violación de nuestro país a la tutela judicial efectiva, rápida y sencilla y el control por la Corte Interamericana, ver Corte IDH, Serie C Nº 97, *Cantos, José M. c. República Argentina*, 28/11/2002, *LL*, 2003-C, 2, con nota de GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, también gratuitamente en http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html. Para Europa, ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Zimmermann y Steiner*, 13/07/1983, reproducido en GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, FDA, 1999, Cap. XI, p. 40 y ss.

moneda pierde valor como algo natural de todos los días, y la inflación es el flagelo por antonomasia de nuestro pueblo.

2.- Los dogmas del pasado

i) Sobre el carácter declarativo

Se ha destacado que existen varios fundamentos para establecer el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado, por ejemplo: *a)* la innecesariedad para el acreedor de la ejecución, que puede ser perjudicial para el interés público, basado en la solvencia y honestidad del Estado, que además tarde o temprano siempre cumple; *b)* para no perturbar la buena ordenación de las finanzas del Estado o no perjudicar el servicio público o no menoscabar o anular un interés tan legítimo como el que se trata de satisfacer y; *c)* en las atribuciones del Poder Legislativo para establecer erogaciones presupuestarias.¹⁰

Los supuestos *a)* y *b)* son dogmas del pasado que ya no son tales. El Estado es insolvente y se ha demostrado su deshonestidad en muchos casos.¹¹ Los servicios públicos están en su mayoría concesionados, y los que no, hace años que se encuentran en “estado de emergencia”.

En cuanto a la buena ordenación de las finanzas, eso que será motivo de desarrollo autónomo, consideramos que debe probarse en cada caso concreto si la erogación en cuestión y en el plazo determinado puede llegar a perturbarlas o no, por lo que no es razonable limitar *ex ante* y genéricamente la ejecución de las sentencias si no se produce la *real y efectiva* alteración de las finanzas que el ordenamiento intenta proteger. En este caso sencilla e inconstitucionalmente se está estableciendo la irresponsabilidad del Estado.

Ahora bien, no obstante los fundamentos recién desarrollados, que nos parecen razón suficiente para dejar de lado este viejo dogma, hay otro motivo de importancia mucho más profunda. El denominado “régimen exorbitante” de que goza la administración tiene como única finalidad encontrar la verdad material y así realizar el interés público.

Por ello, proponemos excluir para siempre el término “régimen exorbitante”¹² y cambiarlo simplemente por facultades otorgadas a la administración con la finalidad de realizar el interés público.¹³ De esta manera, *si y sólo si* la administración preserva el interés público, estas facultades habrán sido utilizadas válidamente. Con lo cual, es deber de los jueces verificar que la utilización de estas facultades sea a los efectos de proteger el interés público o no, en cuyo caso deberán declararlas inválidas.

ii) No se puede limitar la ejecutabilidad ex ante, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago

⁹ *la verdad, la áspera verdad*, como irónicamente señala STHENDAL, *Rojo y Negro*, España, Planeta, 2001, p. 5 sin numerar.

¹⁰ Ampliar en DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 197; también MAIRAL, “La evolución...”, *op. cit.*

¹¹ Ver el lúcido trabajo de NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002.

¹² Utilización del lenguaje que tiende a confundir el eje de la discusión: el ámbito de libertad y los derechos son la razón por la cual existe el Estado y el ordenamiento jurídico, para protegerlos y garantizarlos. Sobre la utilización del lenguaje a favor del poder, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, FDA, 2000, Parte general, Cap. I y las remisiones que allí efectúa a la imprescindible obra de GENARO CARRIÓ.

¹³ Sobre el concepto de interés público, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, FDA, 2000, La defensa del usuario y del administrado, Cap. VI, p. 28. Se hace énfasis de esta manera en la concepción del constitucionalismo que desarrollaremos *ut infra*. El Estado no posee facultades por que sí o por que son inherentes a su constitución como tal. Estas facultades tienen como mira la realización del interés público, y este es el único fundamento válido. Además, se hace hincapié en

No se puede limitar la ejecutabilidad *ex ante*, de manera genérica, sin probar la imposibilidad real y efectiva de pago. El carácter declarativo de las sentencias, la inembargabilidad de fondos públicos, etc., son inválidos, es decir, inconstitucionales.

La administración *debe* en cada caso concreto *probar la imposibilidad de pago*, y sino lo demuestra, entonces debe cumplir en un plazo razonable y en la moneda establecida en la sentencia.

iii) La inembargabilidad de los fondos públicos: La madre del sinsentido

Según el art. 19 de la ley 24.624 “Los fondos, valores y demás medios de financiamiento *afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público [...] y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las erogaciones previstas en el Presupuesto General de la Nación*, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos” (el resaltado es nuestro).

No por nada a la ley de presupuesto se la ha denominado la ley de leyes: hasta el más nimio lápiz que se adquiera debe estar respaldado por una partida presupuestaria. Toda actividad estatal debe estar prevista y contemplada en el presupuesto, consecuentemente *toda la actividad estatal (incluidos todos los valores, fondos, etc.) están de una manera u otra, afectados a la ejecución presupuestaria*, con lo cual, sutilmente, lo que esta norma pretende es establecer la inembargabilidad general del Estado, y en última instancia, la irresponsabilidad del mismo.¹⁴

En virtud de lo señalado hasta aquí, sostenemos que ante el incumplimiento de la administración, el juez debe verificar en cada caso concreto las partidas presupuestarias, y a qué gastos están afectadas. En el derecho alemán, “los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización” salvo “en dos genéricos supuestos: a) cuando recaiga sobre bienes que sean indispensables para la satisfacción pública y b) cuando su realización «contradiga un interés público»”.¹⁵ Consideramos que este es el criterio a seguir. El principio debe ser el de la embargabilidad de cualquier bien estatal, y como excepción *podrá solicitarse la inembargabilidad* de aquellos que estén afectados a un servicio público o a una finalidad esencial del Estado, o que contradigan el interés público, siempre que esta circunstancia se acredite fehacientemente en cada caso concreto.

Desde esta atalaya, reiteramos, el principio debe ser el de la embargabilidad, y en cada caso concreto, cuando el apoderado estatal lo *acredite fehacientemente*, podrá solicitar la inembargabilidad – como excepción al principio general– de determinados bienes.

Adviértase que el dinero “en su carácter de cosa fungible que puede ser sustituida por otra de la misma calidad, no es equiparable a los bienes del Estado afectados a un servicio público”.¹⁶ Los únicos bienes insusceptibles de ejecución son los pertenecientes al dominio público ya que el mismo es

el carácter reglado (en mayor o menor medida) de todas las facultades de la administración. Y aun cuando la oportunidad, mérito o conveniencia no puede ser juzgada por los jueces, sí puede juzgarse la realización del interés público en cada caso concreto.

¹⁴ Es como señalamos *ut supra*, el *regressus in infinitum* del viejo dogma de la irresponsabilidad estatal, es “retroceder ocho siglos en la historia, hasta *antes* de la Carta Magna de 1215”, GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. 1, p. 6.

¹⁵ Ver GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE, “Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, *REDA*, nro. 27, p. 563.

¹⁶ CSJN, *Fallos*, 116:80-81; 119:373, citados en nota 134 por MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 4º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 112.

inalienable e imprescriptible, a diferencia del dominio privado que se halla sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, “salvo algunas modificaciones”.¹⁷

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado que “El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna”.¹⁸ De esta manera, propone la implementación de “mandamientos judiciales de pago sobre la cuenta del Tesoro del Banco de España”.¹⁹

iv) La inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación

Se ha sostenido que ejecutar al Estado vulnera el principio de separación de poderes, y sin embargo, esta afirmación es otro dogma que necesita ser revisado. Estamos frente a un caso de inaplicación de la separación de poderes por su misma aplicación, pues debe entenderse que la Constitución otorga competencias a efectos de que sean utilizadas válidamente, es decir, en conformidad con nuestra Ley Fundamental. Cuando ello no ocurre así, debe entrar en funciones el sistema de pesos y contrapesos, y el órgano indicado para controlar no puede rehusar de esta facultad y deber constitucionalmente establecidos para restablecer el orden constitucional.²⁰ De esta manera, cuando la administración no cumple la sentencia –a más de violar el derecho de propiedad del particular y la garantía de tutela judicial efectiva– está extralimitando sus competencias constitucionales, pues ellas sólo le autorizan a actuar dentro del marco de la Constitución Nacional y la ley, es decir, está obrando fuera de sus competencias y allí es donde debe intervenir el Poder Judicial para restablecer el orden constitucional.

3.- Los mandamientos de ejecución

Resulta de suma importancia para este análisis el tema de los mandamientos de ejecución. En otros países se acepta sin problema ni cuestionamiento alguno que el Poder Judicial pueda dictar este tipo de órdenes contra la administración.

A mayor abundamiento, cabe referir que en materia de derechos a la salud, y de incidencia colectiva, el Poder Judicial ha ordenado diferentes mandamientos de ejecución contra el Poder Ejecutivo, quien tuvo que cumplirlos indefectiblemente sin que se vieran alteradas las finanzas públicas.

¹⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...”, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Explica García de Enterría que conforme la Ley General Presupuestaria el Banco de España (que ejerce los servicios financieros de la Tesorería del Estado) debe otorgar al Estado anticipos “para atender a «las necesidades del Tesoro Público derivadas de las diferencias de vencimiento de sus pagos e ingresos»” y por lo tanto, concluye, “la cuenta del Tesoro es siempre ejecutable, *haya o no crédito presupuestario*”, situación luego modificada por la cual los anticipos de Tesorería pasaron a ser “créditos singulares bajo el concepto genérico de Deuda Pública”, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración”, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2^o ed., 1992, p. 141 y ss.

²⁰ Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Administración no puede entender sus poderes de forma que la faculten a la transgresión de las normas que la vinculan, pero el juez no puede tampoco entender sus funciones sino como un respaldo a la vinculación efectivas de esas normas, no como una posibilidad de sustituir, al margen por completo de esas normas y menos frente a ellas, la responsabilidad que el sistema jurídico, presidido por el orden constitucional, ha definido inequívocamente como propia del Poder ejecutivo y de cualquier otro poder público o administrativo. El único instrumento para que ese cuidadoso sistema de límites funcione es que los jueces contencioso-administrativos sean perfectos conocedores del Derecho público y de sus técnicas y no simplemente hombres con una vaga formación y animados de buena voluntad. Un déficit de formación –por desgracia, aún no infrecuente- lleva a los jueces al activismo irresponsable, a la confusión de poderes, a decidir los procesos por *slogans* políticos o por créditos excesivos dados al poder (créditos que la Ley no otorga), o por ocurrencias personales”, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...”, *op. cit.*, p. 9.

Consideramos que el tema de los mandamientos de ejecución es una de las claves en este problema. En el derecho comparado, aquellos países donde las *injunctions* le estuvieron vedadas a los jueces, han tenido complicaciones en hacer cumplir sus sentencias.²¹ Y por el contrario, en los países donde los jueces tienen plena facultad para emitir mandamientos de ejecución las sentencias se cumplen.²²

Siguiendo en esto a GARCÍA DE ENTERRÍA, entendemos que no existe en nuestro texto constitucional limitación alguna al *imperium* de los jueces para emitir mandamientos de ejecución y hacer cumplir sus sentencias, aún contra la administración.²³

No planteamos un activismo judicial irresponsable,²⁴ pero los jueces deben asumir con plenitud las potestades que la Constitución les asigna en esta materia.²⁵ Sólo se aprende haciendo...

Y luego, habrá que ver en cada caso concreto las posibilidades también concretas de abonar la sentencia en cuestión sin perjuicio real para las finanzas públicas, el funcionamiento del Estado, etc.

La emisión de *injunctions* no es menor,²⁶ y marca la diferencia entre los países donde la administración cumple, y aquellos en los que no es así.

Reiteramos: no existe ningún impedimento constitucional para que los jueces ejecuten sus sentencias contra la administración, aún más, es un deber que se desprende del art. 18 CN y de los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22. Pero como toda competencia, cada juez, en cada caso concreto, deberá analizar si se excede o no de sus facultades, y deberá examinar si la imposibilidad alegada por la administración es real o no. Sólo así podrá encontrarse en cada caso concreto el término medio aristotélico...²⁷

4.- Sobre el buen funcionamiento de las finanzas

A más de la inembargabilidad de los fondos públicos y del carácter declarativo de las sentencias contra la nación, uno de los dogmas que también corroen la ejecución de sentencias contra el Estado es el de legalidad presupuestaria.

Según el cuadro que se muestra a continuación, queda en claro que en ningún momento se violenta este principio, en virtud del sistema del compromiso de las cuotas presupuestarias. Además, el PEN puede realizar las modificaciones que considere necesarias durante la ejecución del presupuesto, con lo cual, al igual que en España, el principio de legalidad no sufre en ningún momento violación alguna.²⁸

²¹ Es el caso de España y Francia.

²² Es lo que sucede en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los postulados constitucionales...", *op. cit.*

²⁴ Evidentemente hay límites -remitimos *ut supra* nota 20-. Aun cuando todos tenemos derecho a una vida digna, tampoco el juez puede -ni debe- hacer política y otorgar subsidios indiscriminadamente.

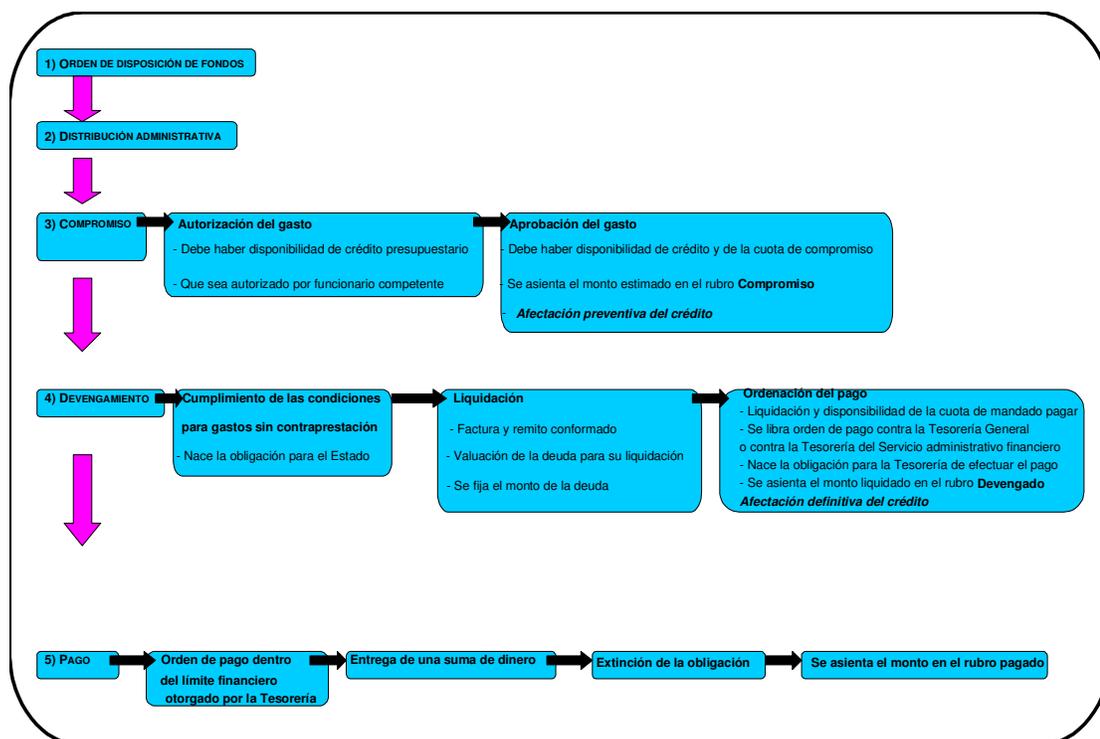
²⁵ Adviértase que estos problemas nos retrotraen a la época en que a la nación sólo se la podía llevar ante los estrados judiciales cuando actuaba como una persona de derecho privado. Son dogmas que nunca mueren...

²⁶ Sobre esto hace especial referencia el informe del Consejo de Estado francés citado *ut supra*, nota 1, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La transformación del contencioso-administrativo francés:...", en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 201 y ss.

²⁷ Valga recordar las palabras de GORDILLO, "la tarea no es fácil para nadie, pero alguien lo tiene que hacer", en GORDILLO, AGUSTÍN, "El Estado de Derecho en estado de emergencia", *LL*, 2001-F, 1050.

²⁸ Es lo que surge de los arts. 30 y 37 de la ley 24.156, art. 37 del decreto 2666/92 y del art. 34 del decreto 1361/94. Respecto de los límites de estas atribuciones, ampliar en AMBROSINO, M. SILVANA, "Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo", en *LL*, Sup.Adm., 14/09/2005, p.18.

Como se muestra en el gráfico, el carácter declarativo de las sentencias condenatorias contra la nación -y el argumento a la gravedad de la hacienda pública- es irrazonable e inconstitucional, ya que cuando una sentencia es notificada al órgano administrativo se inserta entre el paso [2] y [3], con lo cual, si no existen partidas suficientes para comprometer el crédito, el Estado debería notificarlo al magistrado y éste decidir en base a las constancias de autos. Las arcas públicas y el buen funcionamiento de la nación nunca se ven en peligro, ya que si el crédito se ha comprometido, significa que existía la partida presupuestaria para hacer frente al mismo, si en cambio, no existían partidas, nunca se deberá comprometer el crédito respectivo.²⁹



5.- Los dogmas y el orden constitucional

La situación actual evidencia una confusión sobre el eje de la discusión. Como dijimos en otra oportunidad³⁰ el eje del constitucionalismo moderno es el ámbito de libertad, de derechos; y la

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han criticado la excepción referida al grave trastorno de la hacienda pública prevista por el art. 106.4 LJ, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 6º ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 648. En todo caso intentamos demostrar que el régimen actual resulta irrazonable porque administrándolo correctamente nunca se debería llegar a una situación de trastorno grave por cumplimentar una sentencia.

³⁰ Bonina, Nicolás, "Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen. A modo de juego metodológico", *LL*, 2005-B, 842, "el constitucionalismo nace con la idea de someter el gobierno a la ley. Esta génesis evoluciona hasta nuestros días modificando el paradigma: antes los derechos eran *otorgados* por el monarca, hoy los derechos *preexisten* a la constitución del Estado moderno. De esto se concluye que en el constitucionalismo actual los derechos constituyen el eje principal y la organización política sirve para la garantía y protección de estos derechos".

excepción es el poder estatal.³¹ Debemos partir desde esta concepción pues no podemos olvidar que los regímenes e instituciones jurídicas tienen una finalidad y un fundamento determinados que son dados en razón de un tiempo y espacio también determinados.³² Los regímenes e instituciones jurídicas no son inmutables.

Desde esta atalaya, la ejecución de sentencias debe concebirse como un mecanismo para la efectivización, materialización de los derechos. Es un *mecanismo de garantía*. Ergo, mal puede la administración pretender limitar *prima facie* la ejecutoriedad de las sentencias en su contra con argumentos dogmáticos, fundamentos genéricos, etc.

Cambiar el eje de la discusión es fundamental para entender la finalidad del régimen que, reiteramos, es la garantía de los derechos.

Esta garantía tiene raigambre constitucional y supranacional. A más de la tutela judicial efectiva que desarrollamos *ut supra*, cabe señalar que el art. 17 de nuestra Constitución asegura la inviolabilidad de la propiedad privada, que según la interpretación de nuestro Máximo Tribunal son "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad".³³

De esta manera, cuando una sentencia condenatoria de una suma de dinero contra el Estado pasa en autoridad de cosa juzgada³⁴ "constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario del pronunciamiento, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad",³⁵ y ello es así pues dicho crédito constituye un *derecho adquirido* del particular.

III.- RECOMENDACIONES

1.- EL CRITERIO A SEGUIR

Resulta paradigmático la facilidad con que importamos en nuestro país las enfermedades del derecho comparado, pero no así los remedios.

La tendencia en este tema persigue asegurar la tutela judicial efectiva, establecer trámites más rápidos y enfatizar los poderes de los magistrados para lograr el cabal cumplimiento de la sentencia ante una administración recalcitrante.

En "El derecho norteamericano no parece plantearse el tema del cumplimiento de la sentencia" ya que superada la barrera de la inmunidad soberana "se da por sentado que el juez al sentenciar puede dirigir órdenes a la Administración".³⁶ Lo mismo sucede en el derecho inglés.³⁷

³¹ "El derecho administrativo es derecho constitucional y política, es lucha contra el poder –cualquier poder- en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar", GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1., Cap. I, p. 6.

³² Como hemos explicado detalladamente en BONINA, NICOLÁS, "Lo que el derecho es", en prensa.

³³ CSJN, Fallos, 145:307, *Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal*, 16/12/1925.

³⁴ El concepto de cosa juzgada ha sido definido como "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla", y así "Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia" que comprende la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la *coercibilidad*, ampliar en COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. (póstuma), reimp., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 399 y ss.

³⁵ PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 508.

³⁶ MAIRAL, "La evolución...", *op. cit.*

³⁷ Ampliar en WADE, E.C.S. and PHILLIPS, G. GODFREY, *Constitutional and administrative law*, 9ª ed. by BRADLEY, A.W., Longman, London, 1979, p. 606.

Tanto el derecho francés como el español han tenido problemas en este tema. En ambos países se ha efectuado una profunda reforma de sus regímenes contenciosos-administrativos.³⁸ En Francia se incrementaron los poderes de los magistrados otorgándole la facultad de imponer astreintes y emitir *injonctions d'exécution*.³⁹ España se enrola en el mismo sentido –luego de la Constitución de 1978, la LJ de 1998 y una intensa actividad del TSC–, con un sistema de créditos presupuestarios ampliables y modificaciones presupuestarias de carácter administrativo similar al nuestro (art. 106 LJ).⁴⁰

En Alemania⁴¹ el régimen es rápido⁴² y existe una clara conciencia por parte de la administración en lo referente a cumplir sólo por coerción.⁴³ En este ordenamiento “se parte de la base de que los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización”.⁴⁴ Esta regla tiene dos excepciones: a) aquellos bienes que sean imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas y b) aquellos respecto de los cuales su realización contraría un interés público. Como se ha señalado, “en todo caso, la inembargabilidad de un determinado bien corresponde pronunciarla al Tribunal, quien ha de conocer de ella a través de un incidente de ejecución en el que necesariamente ha de oír previamente al funcionario o, en su caso, al Ministro competente, sin que las alegaciones de la Administración puedan vincular la resolución del Tribunal”.⁴⁵

A pesar de esta tendencia internacional hacia el incremento de los poderes de los magistrados para ejecutar la sentencia, para lograr que este proceso sea más rápido y efectivo; en nuestro medio, seguimos haciendo las cosas al revés.⁴⁶ No sólo no seguimos los modelos de las legislaciones más avanzadas sobre el punto sino que además reafirmamos infatigablemente los dogmas del pasado. Y esto no es todo, con la sanción de la ley 25.973⁴⁷ se extendió el régimen de inembargabilidad genérica de los fondos y valores públicos a todas las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁴⁸

2.- Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias⁴⁹

³⁸ Ver para Francia, de LAUBADÈRE, ANDRÉ / VENEZIA, JEAN CLAUDE / GAUDEME YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1., 15^o ed., París, LGDJ, 1999, p. 482 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma”; del mismo autor, “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas”, y “La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias”, todos en *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., pp. 79-103, pp. 163-174 y pp. 201-235, respectivamente; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “La reforma del contencioso administrativo francés”, LL, 1988-C, 852. Para España ver GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...”, op. cit.; “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración”, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., pp. 105-148, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 6^o ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 639 y ss.

³⁹ Ampliar en LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 486. Para las reformas de 1980 y 1987; ver TAWIL, “La reforma del contencioso administrativo francés”, op. cit.; y GARCÍA DE ENTERRÍA en los trabajos citados en nota 38.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., p. 646 y ss.

⁴¹ Ver GIMENO SENDRA, “Alternativas a la disfuncionalidad...”, op. cit.; GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993; BLANKE, HERMANN-JOSEPH, “El patrimonio financiero como bien público ejecutable en el derecho alemán”, en *Série Cadernos do CEJ*, 23, p. 434, gratuitamente en <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo19.pdf>.

⁴² Desde que se anuncia la ejecución a la administración, se le ofrece un plazo de 2 semanas a un mes para que cumpla voluntariamente, vencido el cual el tribunal decide el modo de hacer efectiva la sentencia.

⁴³ “...lo [sic] hace daño a la reputación del Estado y a la confianza de la publicidad en la Administración, si una autoridad satisface una sentencia judicial sólo por coerción”, argumentación del gobierno alemán en BT-Drs. III/55, p. 49, citado por BLANKE, op. cit., p. 439.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, “Alternativas a la disfuncionalidad...”, op. cit.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, “Alternativas a la disfuncionalidad...”, op. cit.

⁴⁶ Ver *ut supra*, I.- Diagnóstico.

⁴⁷ BO 31/12/2004, ADLA 2005 - A, 42, cuyo art. 1^o establece: “Declárase aplicable en beneficio de las provincias, los municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a los fondos públicos que le pertenecen, el régimen de inembargabilidad establecido por los artículos 19 y 20 de la Ley 24.624 y sus normas complementarias, o las que en el futuro las sustituyan.”

⁴⁸ Al momento de redactar este trabajo, solamente Chubut había adherido a este régimen mediante la ley 5354 (BO 30/06/2005).

⁴⁹ Entre otras propuestas que se han ofrecido, MAIRAL sostiene que el privilegio del art. 7^o de la ley 3952 no debe mantenerse en términos tan absolutos, y que “sería más compatible con las garantías constitucionales disponer, sencillamente, que la sentencia

El magistrado, al dictar sentencia contra la nación, debe fijar el plazo para su cumplimiento, el que no debiera ser superior a tres meses.

Además debería establecer un plazo no mayor a un mes, para que en caso de imposibilidad de pago el órgano administrativo acreditara tal circunstancia.

Si vencido el plazo, el Estado no cumpliera con la sentencia abonando lo debido y tampoco acreditara la imposibilidad de cumplimiento, quedará expedita la vía ejecutiva, con la sola excepción del embargo de bienes que se utilicen para el mantenimiento o cumplimiento de las funciones públicas esenciales⁵⁰ o aquellos cuya realización contradiga un interés público.⁵¹

Si el Estado alega imposibilidad de pago durante el primer mes, deberá acreditarla mediante un informe detallado (no genérico), en base a *i)* las partidas presupuestarias asignadas al órgano demandado y la afectación de las mismas (con lo que el magistrado podrá decidir si están afectadas a servicios públicos o fines esenciales); *ii)* el destino que se les dio hasta ese momento; *iii)* si ese destino fue el previsto originariamente o no; *iv)* destino que se les dará a las partidas pendientes de ejecución; *v)* cuentas bancarias⁵² y bienes muebles y *vi)* un listado de prelación de los acreedores de dicho órgano, con mención de nombre y apellido o razón social, monto del crédito, causa del crédito.⁵³ A su vez, deberá efectuar una estimación de cuándo podrá abonar la sentencia en cuestión.⁵⁴

El magistrado, en base a este informe, decidirá si hace lugar a la excepción y prorroga el plazo de cumplimiento, o si en cambio, confirma el término originario, vencido el cual, quedará expedita la vía ejecutiva.

Adviértase que el magistrado no podrá juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del destino de las partidas presupuestarias, pero en cambio, sí puede –y debe– decidir si el destino otorgado o a otorgar está en relación a un servicio público o finalidad esencial del Estado. Si no fuere así, podrá embargar esos bienes.

No somos inocentes. El cumplimiento cabal de las sentencias contra el Estado no tiene una solución mágica e inmediata. Pero rodear de garantías a dicho proceso, hacerlo más transparente, y aumentar de dificultades la discrecionalidad pueden ser factores que favorezcan a un mecanismo más *ágil*, donde los jueces tengan mayor intervención y poder de dirección.

3.- El cambio de paradigma

En el momento actual estamos frente a un cambio de paradigma. Ya no se trata de constituir la nación o su ordenamiento jurídico, *el desafío más grande de nuestra era es lograr la efectividad de los derechos consagrados normativamente*. El centro, por ello, es la tutela judicial efectiva, rápida y sencilla,

condenatoria contra la Nación fijara el plazo en que ella debe cumplirse en atención a las circunstancias del caso”, MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, v. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 913.

⁵⁰ Es decir, aquellos bienes que “de subastarse pusieran en peligro el suministro de la población o el funcionamiento de la Administración”, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 317. Se incluirían en este ítem los bienes que se afecten a servicios públicos y remuneraciones estatales. Obviamente, el Estado deberá probarlo concretamente.

⁵¹ Como colecciones u objetos de arte, archivos, instalaciones deportivas, parques, etc., ampliar en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 317.

⁵² Según el art. 13 del decreto 2663/92, la Tesorería General tiene a su cargo un registro de todas las cuentas bancarias correspondientes al Sector Público nacional que se encuentren activas.

⁵³ Este listado de prelación debería ser publicado y actualizado, al menos trimestralmente, por cada órgano administrativo, para que los particulares conozcan cuál es su situación.

⁵⁴ Propuesta que no será vinculante para el juez si de las constancias surge que puede cumplir.

derecho consagrado en distintos Pactos Internacionales y que se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento constitucional.

Una breve mirada sobre nuestra historia como Estado, nos muestra que hubo primeramente una etapa de formación del mismo, luego una etapa en que a partir de los regímenes jurídicos y la jurisprudencia de nuestros tribunales ese Estado “en bruto” se fue “moldeando”. Delineados sus aspectos centrales, constitutivos, estamos frente a la etapa en que hay que lograr que esos derechos y garantías reconocidos en las normas se *hagan carne*, se hagan efectivos. Evidentemente denominarnos Estado de Derecho es un maravilloso rótulo o delimitación conceptual o aspiración,⁵⁵ pero sin la efectividad de los derechos y garantías, el Estado ya no es tan de derecho, sino *aspirante a*, con un largo tramo por recorrer.⁵⁶

⁵⁵ Pero como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el concepto de Estado de Derecho “no es una simple proclama verbal, sino un mecanismo técnico preciso, el que la Constitución en su conjunto ha construido”, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración”, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 130.

⁵⁶ Y es bueno que no nos engañemos pues “Esa dicotomía de lo que se querría ser y lo que verdaderamente se es, y ese cultivar las formas del ideal pero no de su experiencia, hace que se sacrifique lo segundo a lo primero: «Por tomar en cada instante la postura que aquel personaje irreal tomaría, renuncia a la actitud sincera que la persona real querría adoptar», y de esta manera “no se suele ser lo que realmente se es, sino que se ha trasladado a vivir dentro de la persona que imagina ser”, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, reimp., Madrid, Civitas, 1997, p. 78, junto a las citas de ORTEGA Y GASSET que reproducimos.