

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre
Derecho Administrativo

Santiago de Compostela, 15 y 16 de febrero de 1994

En colaboración con el Forum Internacional para la Administración Pública

Director:

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Coordinador:

Jesús González Pérez

**SANTIAGO DE COMPOSTELA
1994**

PROCEDIMIENTO administrativo: Ponencias del IV Encuentro hispano-
argentino sobre Derecho Administrativo.- Santiago de Compostela: Escola
Galega de Administración Pública, 1994.

172 p.; 26 cm.- (Xornadas e Seminarios, 6)

ISBN 84-453-1129-8

1. Procedimiento administrativo



Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EGAP)
Polígono das Fontiñas, s/n. - 15703 Santiago
Tel.: (981) 57 08 00 / Telefax: (981) 57 15 40

© Ilustración capa ■ Diseño gráfico: Uqui  CEBRA
Fotocomposición: Zero-Santiago

Imprime:  offset valladares - La Coruña

I.S.B.N.: 84-453-1129-8
D.L.: C-1.716-94

IV ENCUENTRO HISPANO-ARGENTINO SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

PONENTES:

Laureano LÓPEZ RODÓ
*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid.
Académico de número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de
Jurisprudencia y Legislación*

Rodolfo CARLOS BARRA
*Ministro de Justicia de Argentina.
Catedrático de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad
de Santa María de Buenos Aires*

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra
y Magistrado del Tribunal Supremo de España*

Julio RODOLFO COMADIRA
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Plata.
Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Fernando GARRIDO FALLA
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense
de Madrid. Vocal del Consejo Rector de la EGAP*

Juan Carlos CASSAGNE
*Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
de Buenos Aires y correspondiente de la Real Academia de Ciencias Sociales
y Políticas de España. Catedrático de Derecho Administrativo
en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ
*Catedrático de Derecho Administrativo.
Académico de número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de
Jurisprudencia y Legislación*

LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS EN LA SEDE ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Juan Carlos CASSAGNE

*Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires y correspondiente de la Real Academia
de Ciencias Sociales y Políticas de España.
Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*

1. Enfoque liminar: La conexión entre las técnicas de suspensión y el principio de la tutela judicial efectiva

La problemática de la suspensión de los efectos de los actos administrativos viene a enfrentar cuestiones típicamente adjetivas con aspectos fundamentales que conciernen a la teoría del acto administrativo. Por poco que se profundice sobre su trascendencia para el interés público y los intereses privados, se advierte la necesidad de articular un sistema que compense las prerrogativas estatales con las garantías instituidas en protección de los administrados, cuya efectividad hace al necesario equilibrio que ha de existir siempre entre autoridad y libertad, prerrogativa y garantía.

En esa línea garantística interesa, sobre todo, antes de abordar aspectos terminológicos conocidos destacar las aproximaciones entre los derechos comparados, sus doctrinas y jurisprudencias, para luego formular algunas propuestas que, sobre la base de esa cultura jurídica común, puedan utilizarse para el perfeccionamiento de los diferentes sistemas.

Con ese enfoque pensamos también que la conciliación entre la autoridad y la libertad ha de operarse superando la idea, preconizada por Einseman, según la cual los derechos del Estado tienen fines y tendencias políticas inherentes a su esencia, nutriéndose de una distinta ideología, que en el derecho público sería autoritaria y en el derecho privado liberal.

Esta tesis, olvida los elementos históricos que han conformado sucesivamente las instituciones públicas y privadas y no parece que se pueda sostener en el actual estado de evolución de ambas disciplinas, conectadas cada vez con mayor

intensidad e influídas recíprocamente, sin que este fenómeno justifique, empero una huída del derecho público ni la publicización del derecho privado.

La construcción de un derecho público autoritario está lejos del pensamiento de los juristas modernos que, especialmente en el campo del derecho administrativo, se han inclinado decididamente por las corrientes protectoras de los derechos de las personas y la proscripción de toda forma de abuso o arbitrariedad del Estado, tratando de armonizar los intereses que persiguen los particulares con los fines de la comunidad estatal.

Este planteamiento, que se apoya en una visión del derecho vertebrada por los principios fundamentales del derecho occidental, constituye el punto de partida a partir del cual se resuelve la tensión que plantea el conflicto entre la prerrogativa y la garantía, mediante formulaciones jurídicas realistas y, por tanto, eminentemente prácticas, que equilibren los sistemas administrativos.

Resulta evidente, por lo demás, que la sociedad de nuestros días no puede cerrar los ojos ante el peligro que viene representando el fenómeno de la ampliación de las competencias de la Administración que inciden sobre las libertades individuales en un proceso que, en su grado máximo, puede conducir a la despersonalización del hombre.

Ese peligro hace necesaria la instrumentación de un cuadro de garantías que impida el desborde de la Administración cuando su acción conculque el principio de legalidad, provoque perjuicios al patrimonio de los particulares o, de un modo u otro, se afecten sus derechos fundamentales.

La clave consiste en la articulación de una sistema que sea realmente efectivo en sus posibilidades de aplicación concreta antes que en su lógica interna, teniendo en cuenta que el equilibrio de las fórmulas jurídicas requiere combinar su efectividad con su ejemplaridad. En efecto, si el sistema no es generalmente observado por los protagonistas del mundo jurídico se produciría una suerte de sobredosis en las exigencias propias de la tutela jurisdiccional que tornaría inmanejable la Administración.

En esas condiciones, donde el empleo de los medios procesales puede provocar una sobrecarga en el sistema de protección judicial, se advierte la trascendencia institucional que brindan los sistemas de suspensión de los actos administrativos para remediar, al menos provisoriamente, las consecuencias disvaliosas que ocasiona el accionar ilegítimo y perjudicial de la Administración Pública.

En definitiva, del funcionamiento eficaz de las técnicas de suspensión de los actos administrativos depende, muchas veces, que el principio de la tutela judicial efectiva, que proclaman las constituciones y convenciones internacionales (como el Pacto de San José de Costa Rica) sea realmente operativo y no se convierta en una mera declaración formal desprovista de contenido concreto.

Esta conexión entre las técnicas de suspensión de los actos administrativos y el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución Española ha conducido a que la doctrina y la jurisprudencia hayan debido reinterpretar la norma de la LJCA de 1956 (art. 122) a la luz del art. 24 de la CE de 1978¹

2. Los caracteres del acto administrativo a la luz de los modelos que exhibe el derecho comparado

La cuestión inherente a los efectos de la interposición de los recursos administrativos se halla conectada con dos de los principales caracteres que se han venido reconociéndose, en diferentes sistemas, como propios del acto administrativo: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, ésta última denominada también, por la doctrina y en distintos regímenes comparados, ejecutividad o autotutela.

A) Presunción de legitimidad: su carácter relativo

Donde existe la presunción de legitimidad en el respectivo ordenamiento, como ocurre en la casi totalidad de los sistemas comparados, se prescribe la regla de la no suspensión de los efectos de la interposición de los recursos administrativos. Así ocurre entre otros sistemas, en Francia², Italia³, España⁴, Argentina⁵, Colombia⁶, Venezuela⁷ y Estados Unidos⁸.

¹ Véase: Garrido Falla, "Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas", págs. 137 y 139, Madrid 1993.

² Laubadère, André de, "Traité de Droit Administratif", actualizado por Venezia, Jean Claude y Gaudemet, Yves, Tº I, pág. 366, París 1984, Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit Administratif", págs. 237 y sigs., 9ª ed. París 1984; Rivero Jean, "Droit Administratif", págs. 103-104, París 1977; Chinot, René, "Le privilège d'exécution d'office de l'Administration", pág. 35, París 1945.

³ El desarrollo de este principio se encuentra en la tradicional obra de Treves, Giussepino, "La presunzione di legittimità degli atti amministrativi", Milán 1936; vid. también: Giannini, Massimo Severo, "Diritto Amministrativo", Tº I, pág. 585 y sigs., Milán 1970, aunque con distinta terminología; Rivalta, María, "La motivazione degli atti amministrativi", págs. 165-166, Milán 1960.

⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tº I, pág. 739 y sigs. 5ª ed., Madrid 1989; Garrido Falla, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Tº I, 10ª ed. págs. 457-458, Madrid 1987; Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano, "Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo", pág. 295 y sigs., Madrid, 1989.

⁵ Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº II, pág. 381, 3ª ed., Buenos Aires 1981; el art. 12 de la L.N.P.A. consagra en forma expresa la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

⁶ Cfr. Vidal Perdomo, Jaime, "Derecho Administrativo", pág. 271, 8ª ed., Bogotá 1985, reconoce, empero, que tal presunción no se halla enunciada en texto positivo alguno.

⁷ Brewer Carias, Allan R., "Principios del procedimiento administrativo", pág. 124 y sigs., ed. Civitas, Madrid 1990.

⁸ Vid. Cooper v. United States, 233 F., 2d. 821, 8 th Cir. (1956) y Levinson L. Harold, "Enforcement of administrative decisions in the United States and in France", 23 "Emory L.J.", vol. 23 p. 61, 1974, cit. en la obra de Mairal, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", Tº II, pág. 762, Buenos Aires 1985.

La conexión entre esta presunción de validez de los actos estatales y la técnica de la suspensión supone aplicar un principio que es siempre relativo⁹ que juega, como ya veremos, de un modo autónomo con respecto a la ejecutoriedad, no obstante ser el soporte de esta última.

En efecto, dicha presunción no es absoluta y cesa cuando se puede demostrar que el acto administrativo que se pretende cumplir o ejecutar adolece de un vicio manifiesto, es "juris tantum". El carácter manifiesto alude a la visibilidad externa del defecto, que aparece de un modo patente y notorio, desplazando la necesidad de realizar una investigación de hecho para comprobar la existencia del vicio, el cual surge de forma ostensible ante la mera confrontación del acto con el ordenamiento jurídico.

Esta nueva categoría de la nulidad o ilegalidad manifiesta, que ha ido consolidándose en el derecho argentino a partir, primero de los fallos judiciales y más tarde de la sanción de la ley de amparo, y que fuera reconocida plenamente tanto por la doctrina¹⁰ como por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹, desempeña un papel decisivo para limitar los poderes que posee la Administración a fin de llevar a cabo sus propios actos.

En esa línea, cualquiera fuere el tipo de nulidad que afecte al respectivo acto administrativo (absoluta, relativa, nulidad o anulabilidad)¹² la circunstancia de que ella aparezca manifiesta en el acto permite desencadenar la causal de suspensión en resguardo del principio de legalidad, suspensión que, en tales casos, debe tornarse obligatori¹³ para la Administración a fin de que el sistema pueda ser realmente eficaz.

⁹ Así lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos, véase: "La ejecutoriedad del acto administrativo", pág. 89, Buenos Aires 1971 y "El acto administrativo", pág. 330, Buenos Aires, 1974, en el sentido de que esa presunción cede frente a la ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. La jurisprudencia ha declarado la procedencia del amparo en supuestos de ilegalidad manifiesta; en un caso hizo lugar al amparo contra una resolución de la Aduana que fundada en el art. 106 de la ley que regía los procedimientos aduaneros, dispuso la venta de mercadería en virtud de considerarla perecedera si la misma no revestía ese carácter (Caso: "Daleth S.C.A." publicado en Revista El Derecho, Tº 20, pág. 393).

¹⁰ Ver al respecto: Marienhoff, Miguel A., op. cit., Tº II, pág. 468, 3ª ed., Buenos Aires 1981; Gordillo, Agustín A., "El acto administrativo", 2ª ed., pág. 121, Buenos Aires 1969; Cassagne, Juan Carlos, "La ejecutoriedad...", cit., págs. 89-90 y "Acto Administrativo", págs. 248-251; Mairal, Héctor A., "Contro judicial..." cit. Tº II, pág. 777 y sigs.

¹¹ Caso: "Pustelnik", Fallos Tº 293, pág. 133. Si bien el origen de la acción de amparo fue pretoriano y obedeció a una creación jurisprudencial de nuestra Corte Suprema (Caso "Kot") lo cierto es que ella se consolidó de un modo orgánico a partir de la mención legislativa.

¹² La L.N.P.A. equipara el acto de nulidad absoluta al acto nulo y el de nulidad relativa al acto anulable, unificando ambos criterios sobre la base de la mayor o menor gravedad del vicio; véase: Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº 3, pág. XI-16, Buenos Aires 1979.

¹³ Cassagne, Juan Carlos, "El acto administrativo", ob. cit., pág. 347; y "La suspensión del acto en sede administrativa y los efectos de la interposición de los recursos", pág. 93 en la obra colectiva, "Acto Administrativo", ed. UNSTA, Tucumán 1982.

De ese modo, si la Administración no suspende los efectos de un acto administrativo cuando imperativamente se halla obligada a hacerlo, el particular se encuentra habilitado para acudir a la justicia a fin de que ésta decrete su suspensión, pretensión ésta que, en el derecho argentino, es susceptible de ser articulada en un proceso de amparo, siempre que el acto conculque derechos o garantías constitucionales ¹⁴.

B) *Sobre los principales modelos del derecho comparado en materia de ejecución forzosa de los actos administrativos*

En el derecho comparado subsisten aún hoy, en este punto, distintas terminologías, concepciones y sistemas. Vamos a prescindir del análisis semántico —por lo demás bastante complejo— para ocuparnos de las concepciones doctrinarias sólo en la medida en que sea necesario para explicar la evolución que en forma sintética pasamos a efectuar.

En tal sentido resulta preferible utilizar la fórmula francesa de la ejecución forzosa ¹⁵, similar a la ejecución coactiva, la cual permite interpretar que por principio la ejecutoriedad o ejecutividad del acto administrativo, no incluye el ejercicio de la coacción.

Porque si bien para algunas concepciones la ejecución coactiva configura un aspecto contingente de la ejecutoriedad ¹⁶ y, para otras doctrinas, ingrediente característico que la integra ¹⁷, la médula del problema jurídico radica en la posibilidad de que la Administración pueda llevar a cabo la ejecución forzosa de sus decisiones y en la consecuente articulación de un sistema efectivo de garantías que compense el ejercicio de la prerrogativa estatal de crear unilateralmente relaciones jurídicas cuyo cumplimiento puede ser exigido, según los diferentes sistemas, en sede administrativa o judicial.

¹⁴ Cfr. Marienhoff, Miguel S., op. cit., Tº II, págs. 381-382.

¹⁵ En el mismo sentido: González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común", págs. 1025-1026, Madrid 1993.

¹⁶ En la doctrina argentina se ha reconocido que la ejecutoriedad puede ser otorgada por el orden jurídico a través de distintos medios que no incluyen necesariamente la coacción, siendo procedente el uso de esta última de excepción pues —como según el art. 12— en tales supuestos la naturaleza del acto (o la ley en su caso) exigen la intervención del poder judicial; Véase: Gordillo, Agustín A., op. cit., Tº 3, pág. V-39-40; en el mismo sentido: Cassagne, Juan Carlos, "Derechos Administrativo", Tº II, págs. 214-215, 3ª ed., Buenos Aires 1991. Para Barra, Rodolfo Carlos, "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", en Rev. El Derecho, Tº 107, pág. 423, el principio de la ejecutoriedad no reviste carácter absoluto.

¹⁷ Alessi, Renato, "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", pág. 206, Milán 1960. Entre nosotros. Mairal parece considerar (aunque con sentido crítico) que la ejecutoriedad del art. 12 de la L.N.P.A. implica siempre la ejecución forzosa como poder normal y no excepcional, lo que a nuestro juicio constituye un error (op. cit., Tº II, pág. 781 y sigs.).

Además, si se reconoce, como lo viene haciendo la doctrina ¹⁸, que son numerosos los actos administrativos cuyo cumplimiento se opera (aún contra la voluntad del administrado) sin que la Administración utilice la "vis" coactiva, se acrecienta la necesidad, que tienen los ordenamientos jurídicos, de consagrar adecuados sistemas de suspensión de los efectos de los actos manifiestamente ilegales o que provocan perjuicios de imposible o difícil reparación ulterior.

En los sistemas comparados que reconocen a la Administración la prerrogativa de la ejecución forzosa se observa la configuración, en sus grandes lineamientos, de dos modelos diferentes:

1. la ejecución forzosa corresponde, en principio, a los jueces

Son muchos los países cuyos sistema consagran, de un modo positivo o en forma pretoriana, la competencia de los órganos del poder judicial para disponer la ejecución coactiva de un acto administrativo, aún cuando se reconozcan excepciones que varían en los distintos ordenamientos.

En los Estados Unidos, por de pronto, esa es la regla general, reconociéndose a la Administración una excepcional y limitada potestad para ejecutar coactivamente los actos administrativos, cuando la ley lo autoriza o se trata de situaciones de emergencia. Pese a ello, la Corte Suprema estadounidense ha decidido ¹⁹ que no resulta constitucional una ley que excluya expresamente la facultad de suspender la acción de la Administración Pública.

En este grupo hay que ubicar al régimen francés, cuya superioridad sobre otros sistemas europeos, como el español y el italiano, resulta de la limitación de la ejecución forzosa a supuestos excepcionales ²⁰ y del juego de un remedio procesal sumario, el denominado "referé", que permite detener la acción administrativa, notoriamente ilegal, que prive a un particular de un derecho, sin necesidad de que exista un proceso previo al acto.

¹⁸ Ver autores citados en nota 14 y Lafuente Benaches, Mercedes, "La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública", pág. 52 y sigs., 2ª ed., Madrid 1992.

¹⁹ Mairal, Héctor A., op. cit., Tº II, págs. 762-763, y el fallo: "Yakus v. United States" 321 U.S. 414 (1944) de la Corte Suprema Federal, cit., en nota 12.

²⁰ A partir del célebre arrêt "Société Immobilière de Saint Just" resuelto por el Tribunal de Conflictos el 2 de diciembre de 1902; la doctrina remarca que la "exécution forcée" está normalmente interdicta a la Administración, Véase: Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Le système français de protection des administrés contre l'administration", ed. Sirey, pág. 62, N° 101, París 1991, véase, asimismo, la ley 92 del 10 de enero de 1992 relativa a los recursos que se pueden interponer por la violación de las reglas inherentes a la publicidad de los contratos administrativos.

Esta combinación de remedios garantísticos que, a juzgar por los precedentes jurisprudenciales, funciona con un adecuado nivel de protección de los derechos de las personas frente al abuso de los funcionarios, aproxima el sistema francés al estadounidense mucho más de lo que hasta ahora se ha pensado, habida cuenta que dos de los supuestos clásicos que en Francia justifican la ejecución forzosa (ley expresa y situación de urgencia) son los que, como se ha visto, recepta el derecho norteamericano, donde el sistema se completa con las vías judiciales de protección.

A su vez, entre los regímenes iberoamericanos que se alinean en esta corriente, se encuentra el sistema argentino, respecto del cual la interpretación constitucional de los publicistas y el funcionamiento real del ordenamiento que exhibe la jurisprudencia demuestran que el ejercicio de la ejecución coactiva por parte de la Administración se encuentra limitado y que resulta excepcional²¹.

Entre esos casos de excepción, la mayor parte de las situaciones que habilitan a la Administración argentina a proceder a la ejecución coactiva derivan de la ley (vgr. incautación de bienes que afecten la salud y la seguridad de la población, demolición de edificios que amenazan ruina, ocupación temporaria de urgencia) quedando un solo caso donde la doctrina²² y la jurisprudencia²³ admiten la procedencia de la autotutela para la protección de bienes del dominio público, aún sin ley que la autorice, pues se trata de una potestad defensiva que forma parte inherente de los poderes del Estado como titular de la cosa dominical, a fin de mantenerla afectada al uso de los habitantes.

Por último, también en Chile, prevalece el principio que adjudica la facultad de ejecución coactiva de los actos administrativos (autotutela) al poder judicial²⁴.

2. sistemas que atribuyen la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos a la Administración

En otros países los sistemas se han orientado hacia la vigencia del principio opuesto con fundamento en la necesidad que tendría la Administración para proceder al cumplimiento efectivo de sus decisiones sin requerir el auxilio del poder judicial, el cual —se arguye— retardaría excesivamente la acción administrativa.

²¹ Cassagne, Juan Carlos, op. cit., Tº II, pág. 216.

²² Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº V, págs. 317-324, Buenos Aires 1992, y "Tratado del Dominio Público", págs. 271-272, Buenos Aires 1960; Cassagne, Juan Carlos, op. cit., Tº II, pág. 216.

²³ Caso: "Hijos de Isidoro Grillo S.A." resuelto por la Cámara Federal de La Plata, Sala II, publicado en Rev. La Ley, Tº 119, pág. 242 y Fallos de la Corte Suprema Tº 305, págs. 932-933.

²⁴ Caldera Delgado, Hugo, "El acto administrativo. Legalidad, Efectos e Impugnación", pág. 77, Santiago de Chile 1981.

Tal es el caso de Italia donde –si bien han venido produciéndose reacciones doctrinarias de significación²⁵– predomina la concepción que incluye dentro de la ejecutoriedad –como potestad normal y ordinaria– la facultad de proceder a la ejecución coactiva de los actos administrativos²⁶. Esta concepción italiana de la ejecutoriedad ha sido fuente de muchas confusiones, en las que aún se incurre en la actualidad, como consecuencia de no distinguir los supuestos en los que el acto se cumple sin el uso directo de la coacción de aquellos donde el ejercicio de esta resulta imprescindible para llevarlo a cabo.

Entre los sistemas de Europa continental, el español se adscribe a este modelo. Así se desprende de la interpretación afectuada alrededor de los artículos 44 y 101 de la L.P.A. de 1958 por la doctrina²⁷ y la jurisprudencia, previéndose, en el art. 104, distintas vías de ejecución forzosa que van desde el apremio sobre el patrimonio, las multas coercitivas y la ejecución subsidiaria hasta el apremio coercitivo.

Varias sentencias del Tribunal Supremo²⁸ afirman este principio en los siguientes términos:

“La potestad de ejecución inmediata de los actos administrativos encuentra su ejecución en la necesidad de evitar que la celeridad que, con carácter normal, debe presidir la actividad administrativa –art. 29, L.P.A., y art. 103 de la vigente Constitución– no pueda verse entorpecida por un fraudulento uso de las vías procesales ...” (Auto de 5 de marzo de 1987 –art. 3501–, Ponente: González Navarro).

“El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos –dice el Auto de 21 de abril de 1990, art. 3325, Ponente Hernando Santiago– no ha desaparecido sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales que son bienes constitucionalmente protegidos”.

²⁵ Vgr. Sandulli, Aldo, “Note sul potere amministrativo di coazione” en Riv. Trim. di Diritto Pubblico, año 1964, pág. 819.

²⁶ Giannini, Massimo Severo, “Diritto Amministrativo”, Tº II, pág. 1324 y sigs. Milán 1970.

²⁷ Véase: González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo”, 2ª ed. pág. 764 y sigs., Madrid 1988; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, 4ª ed., pág. 726 y sigs., Madrid 1987; Garrido Falla, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº I, pág. 457 y sigs. 10ª ed., Madrid 1987; Entrena Cuesta, Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, Tº I, pág. 248 y sigs. 9ª ed., Madrid 1986; González Navarro, Francisco, “Derecho Administrativo Español”, Tº II, págs. 127-129, Pamplona 1988; Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano, “Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo”, págs. 304-308, Madrid 1989; Boquera Oliver, José María, “Estudios sobre el acto administrativo”, pág. 250 y sigs. Madrid 1985; Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “La suspensión del acto administrativo”, pág. 179 y sigs., Madrid 1986.

²⁸ Sentencia del 10 de febrero de 1972 (Ponente: Mendizabal).

Con posterioridad a la sanción de la Constitución de 1978 se advierte una tendencia a interpretar restrictivamente el principio²⁹ sobre todo en materia de la ejecución forzosa de sanciones administrativas mediante la exigencia de la firmeza del acto como requisito previo para habilitar la ejecución inmediata³⁰ a fin de que el sistema guarde congruencia con el principio de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la C.E.

Sobre el principio de la ejecución forzosa como regla general, la sanción por el Parlamento español de la reciente ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no ha consagrado innovaciones radicales en el sistema, salvo en lo que respecta a la adopción del criterio de la ponderación de los intereses para fundar la suspensión (art. 110, ap. 2).

Por su parte, en Ibero-América, tanto el sistema venezolano y costarricense³¹ como, en menor medida, el colombiano³² han seguido las aguas del modelo que –en sus grandes rasgos– venimos describiendo. En Venezuela, el art. 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prescribe que:

“la ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

Tiene, entonces, razón Brewer Carias cuando afirma que este privilegio en España y en algunos países de América Latina “no es tan excepcional como resulta de las conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu al “arrêt” del Tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, Société Immobilière de Saint-Just (Rec. 713) pues, en general, han sido las propias leyes de procedimiento Administrativo las que lo han previsto”³³.

Finalmente, dentro de este grupo de sistemas corresponde destacar la situación existente en Alemania –aún después de la reforma de 1991– donde la ley de

²⁹ Gómez Ferrer Morant, R., “Derecho a la tutela judicial y posición peculiar de los poderes público”, en R.E.D.A. n° 33, pág. 186, Madrid 1982, estima que el derecho constitucional a la igualdad se encuentra en pugna con la potestad administrativa de ejecución forzosa.

³⁰ Tendencia destacada por Santamaría Pastor y Parejo Alfonso, op. cit., págs. 306-307 y jurisprudencia que citan en notas 260 y 261.

³¹ Art. 79 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, art. 146.1. de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

³² Véase: Vidal Perdomo, Jaime, “Derecho Administrativo”, págs. 260-261, 8ª ed., Bogotá 1985, quien denomina a esta prerrogativa acción de oficio admitiendo que en algunas circunstancias la Administración tenga que dirigirse a los jueces para perseguir el cumplimiento de los actos administrativos.

³³ Brewer Carias, Allan R., “Principios de Procedimiento Administrativo”, pág. 130, ed. Civitas, Madrid 1990, en el mismo sentido: Parada, José Ramón, en el prólogo al libro “El acto ejecutivo”, de Betancor Rodríguez, pág. 27, Madrid 1992.

la jurisdicción contencioso-administrativa ha combinado la regla de la ejecutividad que se consagra a favor de la Administración con la prescripción que reconoce el efecto suspensivo de los recursos administrativos y contencioso-administrativos³⁴.

En este aspecto, la ley alemana si bien prescribe la posibilidad de que la Administración disponga la ejecución inmediata en interés público o en el interés preponderante de un interesado, requiere, en tales casos, que el acto sea motivado por escrito³⁵.

En rigor, la principal garantía contra la ejecución inmediata de los actos administrativos y la generación consecuente de daños irreparables se encuentra en la exigencia de la firmeza (se dice que la ejecutividad está sujeta a un condicionamiento resolutorio) pues antes que el acto adquiriera esa condición, el particular tiene la posibilidad promover el proceso cautelar ante los tribunales³⁶.

3. El efecto de la interposición de los recursos y la suspensión de la ejecución de los actos administrativos

Llegados a este punto, y aún haciendo abstracción de si su real fundamento se encuentra o no en la presunción de ilegitimidad, la obligatoriedad, la ejecutoriedad o autotutela (no necesariamente coactiva) del acto administrativo, lo cierto es que la mayor parte de los ordenamientos se inclinan, en general, por establecer la regla del efecto no suspensivo o meramente devolutivo de los recursos promovidos, tanto en sede administrativa³⁷ como ante los tribunales judiciales o administrativos³⁸. En distintas legislaciones se observa la preocupación por no

³⁴ Véase: Bacigalupo, Mariano, "El sistema cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991", en R.A.D.A. n° 128, pág. 413 y sigs., Madrid 1992.

³⁵ Art. 80, ap. 3) de la VWGO.

³⁶ Por ello, en Alemania se sostiene que los actos administrativos son ejecutivos salvo que fueran impugnados, ver: Bacigalupo, Mariano, op. cit., pág. 419 y citas de las notas 16 y 17.

³⁷ Art. 12 de la L.N.P.A. de Argentina, art. 116 de la L.P.A. de España y art. 110 de la nueva ley (L.R.J.A.P. y P.A.C.), art. 87 de la L.O.P.A. de Venezuela y art. 148 de la L.G.A.P. de Costa Rica. En los Estados Unidos la Administrative Procedure Act. establece el principio de que la ejecución del acto impugnado se suspende mientras tramita el recurso jerárquico. No obstante, los recursos administrativos son excepcionales (Véase: Adams, John Clarke, "El Derecho Administrativo Norteamericano", págs. 55-56, Ed. Eudeba, Buenos Aires 1964).

³⁸ Sin embargo, el art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela acuerda facultar al Alto Tribunal para suspender, a instancia de parte, los efectos de un acto administrativo de alcance particular, cuando lo autorice la ley o la suspensión fuera indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Una regla contraria se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de Colombia al establecer que: "los recursos se concederán en el efecto suspensivo" (art. 55) y la ley alemana de la Juris-

dilatar excesivamente el proceso inherente a la ejecución o cumplimiento de los actos administrativos, salvo cuando por excepción la ley atribuya efecto suspensivo a la promoción de los recursos administrativos o jurisdiccionales.

Desde otro punto de vista, si se aceptara la tesis que reconoce efectos suspensivos a los recursos deducidos en la órbita administrativa, es evidente que los administrados dispondrán de un instrumento sumamente eficaz para la defensa de sus derechos, pero también es cierto que se corre el riesgo de paralizar una actividad administrativa legítima que, por imperio de su propia naturaleza, exige ser desarrollada sin intermitencias.

Como tantas cuestiones del derecho administrativo, donde se oponen ideas derivadas de las prerrogativas de que dispone la Administración Pública con las que fluyen de las garantías que tutelan los derechos individuales, la cuestión no puede resolverse sino mediante la conciliación entre ambas instituciones del régimen jurídico administrativo.

Con todo hay que reconocer que la trascendencia de la suspensión puede resultar similar en los modelos descritos por cuanto de obtenerse la medida su efecto impide que se consume el cumplimiento inmediato del acto administrativo, ya fuere que deba utilizarse o no la coacción para lograrlo y cualquiera sea el órgano (administrativo o judicial) que la decreta. Al propio tiempo, la cuestión de si es necesario distinguir entre suspensión de los efectos o de la ejecución del acto (y aún entre cesación de la eficacia o de la ejecutividad) carece de interés práctico ya que depende del alcance de la medida suspensiva que orden la Administración o el juez. Va de suyo que, si la norma consagra el efecto suspensivo o se decreta la suspensión de los efectos en sede administrativa o judicial, esta decisión cautelar impide ejecutar el pertinente acto administrativo.

4. Sobre las causales de suspensión

A) en sede administrativa

Los ordenamientos suelen basar la procedencia de la suspensión en tres criterios fundamentales, vinculados a la ilegalidad o nulidad del acto, al daño que se opera en el patrimonio de los particulares y a las razones de interés público. Ellos se apoyan, antes que en objetivos estrictamente procesales, en finalidades de tipo institucional conectadas tanto con el resguardo de la legalidad y del inte-

dicción Contencioso-Administrativa (art. 80). En Francia, como es sabido, la interposición de los recursos jurisdiccionales no suspende la ejecución de los actos administrativos (art. 96 del Código de los Tribunales Administrativos).

rés público como con la observancia de aquel principio general del derecho que obliga a la Administración a no dañar a los administrados.

Con relación al criterio que apunta al mantenimiento del principio de legalidad, existe cierta afinidad entre el sistema español y el argentino ya que en ambos se autoriza la suspensión cuando se alega la nulidad más grave del ordenamiento, no obstante que los supuestos que tipifican la nulidad absoluta o el acto nulo en Argentina son más amplios y menos taxativos que los previstos en la L.R.J.P.A. de España ³⁹ para la denominada nulidad de pleno derecho.

De otra parte, hay también una cierta similitud en la causal relativa al daño por cuanto mientras que el art. 12 de la L.N.P.A. de Argentina requiere la configuración de perjuicios graves al particular que peticiona la suspensión de los efectos de un acto administrativo el art. 116 de la L.P.A. de España de 1958 contempla el supuesto de perjuicios de imposible o difícil reparación ulterior, norma que se reproduce, ahora en la L.R.J.P.A., con la salvedad que seguidamente señalamos.

La única diferencia estriba en el art. 110 de la nueva ley española sobre procedimiento administrativo que prescribe el deber de la Administración de realizar una "ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia del acto recurrido". Esta fórmula, que inclina la balanza casi siempre a favor de la Administración, tiene que jugar con independencia de la causal de ilegitimidad pues de lo contrario la protección de la legalidad sería escasa, al prevalecer el interés concreto que en cada caso gestiona la Administración sobre el ordenamiento jurídico (por encima, incluso, de los principios generales del derecho).

Con todo, juzgamos más precisa la norma argentina por las dificultades que existen para demostrar la irreparabilidad de los perjuicios y la posibilidad correlativa de que el Estado oponga la arcaica presunción de su solvencia para demostrar que siempre está en condiciones de reparar los daños.

Pero, además, en la L.N.P.A. de Argentina existe una causal que faculta a la Administración a suspender la ejecución y efectos de un acto administrativo "por razones de interés público" ⁴⁰. Tanto este supuesto, que se caracteriza por una

³⁹ En efecto, a diferencia de la ley española de 1993 (L.R.J.P.A. art. 61) donde si bien se amplían las causales de nulidad de pleno derecho, se sigue el criterio restrictivo del art. 47 de la L.P.A. de 1958, en la L.N.P.A. de Argentina se prescriben causales de nulidad absoluta (art. 14) que afectan a todos los presupuestos o elementos del acto administrativo (voluntad, competencia, causa, objeto, forma y finalidad sobre la base de la conculcación del orden público administrativo). En cambio, los supuestos de nulidad de pleno derecho de la ley española son casos donde, aparte de la gravedad del vicio, ésta resulta casi siempre manifiesta.

⁴⁰ Art. 12, L.N.P.A. de Argentina. En el art. 110, ap. 2 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. se recepta este concepto jurídico indeterminado como causal de suspensión.

exagerada latitud, como los anteriores, no pueden jugar más allá del ámbito de actuación legítima de la potestad revocatoria⁴¹ ya que si la Administración no puede revocar un acto firme y consentido del que hayan nacido derechos subjetivos, es obvio que tampoco podrá suspenderlo. De lo contrario, le bastará a la Administración con suspender el acto para lograr los mismos efectos que la revocación, obligando a promover la acción de lesividad⁴².

B) en la instancia judicial

El panorama comparado que se aprecia en los ordenamientos procesales que regulan la suspensión de la ejecución y efectos de los actos administrativos por el poder judicial, cuando la ley no atribuye efecto suspensivo a los recursos que interponen los administrados, muestra una gran diversidad que dificulta su sistematización.

Un esquema procesal bastante simple es el que rige en Italia. Allí, conforme al precepto contenido en el art. 21, último párrafo, de la ley 1034, se faculta al juez a decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo a pedido del recurrente cuando se generen "daños graves e irreparables"⁴³ y en la misma línea cabe ubicar a la L.J. de España de 1956, donde se prescribe la posibilidad de acordar la suspensión "cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"⁴⁴.

A su vez, en Francia, los Tribunales pueden decretar, excepcionalmente, la suspensión de actos administrativos exigiéndose, en tales casos, el cumplimiento de dos requisitos básicos que consisten en: 1) la alegación de serios motivos y de la chance en cuanto al fondo (nulidad) para justificar la suspensión y 2) que la ejecución del acto, en forma inmediata, le ocasiona perjuicios graves y difícilmente remediabiles, condiciones éstas que se exigen en forma acumulativa⁴⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente del Consejo Constitucional y el influjo de la jurisprudencia comunitaria (caso "Factortame") preanuncian nuevas ten-

⁴¹ Cuyos límites precisan los arts. 17 y 18 de la L.N.P.A.; véase: Estrada, Juan Ramón de, "La primera reforma a la ley nacional de procedimientos administrativos", en E.D.L.A., Tº 1978, pág. 951 y sigs., Buenos Aires 1979; Comadira, Julio Rodolfo, "La anulación de oficio de los actos administrativos", pág. 151 y sigs., Buenos Aires 1981.

⁴² Cfr.: Mairal, Héctor A., "Control judicial..." cit., Tº II, pág. 798, Buenos Aires 1985.

⁴³ Roehrssen, Guglielmo, "La justicia administrativa en Italia", traducida y comentada al español por Abad Hernando, Jesús Luis, pág. 162, Buenos Aires 1986, apunta que la locución resulta de la interpretación que la jurisprudencia había asignado a la fórmula "graves motivos" empleada en el art. 39 de la vieja ley de 1924 sobre el Consejo de Estado.

⁴⁴ Art. 122, ap. 2 de la L.J. de 27 de diciembre de 1956.

⁴⁵ Cfr. Gabolde, Christian, "Procédure de Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives D'Appel", 5ª ed. Dalloz, pág. 194, PARIS 1991; Auby, J.M? y Drago, R., "Traité de Contentieux Administratif", Tº I, pág. 836, Paris 1975.

dencias en los futuros criterios del Consejo de Estado, que pueden implicar el probable desplazamiento del carácter excepcional de la suspensión y de las medidas cautelares para suspender la ejecución de los actos administrativos, las que, en principio, se consideran procedentes en determinados supuestos, y funcionan como garantías efectivas de las libertades públicas⁴⁶.

Y si bien, se ha sostenido que otro de los criterios en que cabe fundar la suspensión radica en la relación del acto con el interés público relevante⁴⁷, pensamos que este supuesto tiene que regir con independencia de las causales que atañen a la ilegitimidad del acto administrativo a fin de no convertir en letra muerta uno de los principios cardinales del derecho público como es el concerniente al deber que tiene la Administración de ajustarse a la ley y al derecho.

En Venezuela, se ha señalado que la regla general del efecto no suspensivo de los recursos de nulidad, donde la suspensión resultaba excepcional y solo procedía a instancia de parte, ha venido siendo progresivamente mitigada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuyos fallos han admitido desde la admisión de los poderes de oficio de los jueces en materia de suspensión de efectos de los actos administrativos, la suspensión automática de los actos cuasi jurisdiccionales de la Administración y la de los actos administrativos cuando se formula conjuntamente con la acción de amparo, hasta la posibilidad de suspender los efectos de actos generales⁴⁸.

En general, el diseño de un sistema debe tender a proteger tanto los derechos privados como la legalidad y el interés público en la realización efectiva de la función administrativa siendo posible matizar un esquema que: a) resguarde los fines de tipo institucional que orientan los principios de derecho público, a través de las técnicas de la suspensión en sede administrativa y, suplementariamente, en la instancia judicial; b) juegue como técnica de trasvasamiento de las figuras cautelares del proceso civil, aplicable por analogía, donde se persiguen, principalmente, fines procesales (las medidas cautelares de suspensión en el proceso judicial) y c) como complemento, las técnicas sumarias procesales que protegen contra la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas lesivas de un derecho o garantías constitucionales (acción de amparo) y/o las acciones cautelares ten-

⁴⁶ Tsikliras, Stravros, "Le stat constitutionnel du surcis à execution devant le juge administratif", *Revue de Droit Public* n° 3, pág. 679 y sigs., París 1992.

⁴⁷ Cfr. Ortiz, Eduardo en una comunicación presentada al V Congreso Mexicano de Derecho Procesal, cit. por González Pérez, Jesús, en su "Derecho procesal administrativo hispanoamericano", pág. 260, Bogotá 1985.

⁴⁸ Brewer Carias, Allan R., "Nuevas tendencias en el Contencioso-Administrativo de Venezuela", trabajo preparado para el "Curso Internacional sobre las nuevas tendencias del Contencioso-Administrativo", organizado por la Fundación de Derecho Público y la Cátedra Allan R. Brewer-Carias de Derecho Administrativo de la Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas, 15 al 18 de febrero de 1993.

dientes a poner provisionalmente en posesión de sus derechos a quienes notoriamente les pertenecen (vgr. el "referé" francés).

En esa línea, se ubica el sistema argentino vigente en el orden nacional, el cual si bien es más complejo, por haber distintos ordenamientos procesales tanto en la Nación como en las Provincias, presenta en el orden nacional tres cauces básicos para pedir la suspensión de los efectos de un acto administrativo, a saber:

1. la medida cautelar autónoma o accesoria dentro de un proceso contencioso-administrativo, con fundamento en el art. 12 de la L.N.P.A.⁴⁹, posibilidad que aún no ha logrado afirmarse en la jurisprudencia.

Las causales que prescribe esta norma son tres:

a) Alegación fundada de una nulidad absoluta. Si el respectivo vicio fuera manifiesto y la Administración no suspende el acto hallándose obligado a ello (pues el acto carecería, en tal caso, de presunción de legitimidad) el juez puede decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo⁵⁰. En los otros supuestos (nulidad absoluta no manifiesta, actos anulables o de nulidad relativa, omisiones ilegítimas, etc.) habrá de acudir, por analogía, a la prohibición de innovar legislada en el art. 230 del C.P.C.N. o a las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 de dicho Código.

b) Existencia de perjuicios graves al particular. Aquí el criterio general que hace a la gravedad del perjuicio no exige la demostración estricta de su irreparabilidad sino que se refiere a la imposibilidad o las dificultades que puedan existir para compensar los daños o reponer las cosas a su estado anterior o también, cuando la ejecución del acto durante el tiempo de duración del proceso no resulta adecuadamente compensable con una indemnización⁵¹. Ha de tenerse también en cuenta la regla según la cual la suspensión procede cuando los daños

⁴⁹ Barra, Rodolfo Carlos, op. cit., págs. 423-424. Hutchinson, Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo", en Rev. El Derecho, Tº 124, pág. 677 y sigs.

⁵⁰ Font i Llovet, Tomás, "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en R.E.D.A. Nº 34, pág. 477 y sigs., Madrid 1982, sostiene que "... cuando fallan los requisitos mínimos, cuando están ausentes las más elementales apariencias externas de legitimidad deja de operar, ya desde el inicio, la regla de la eficacia inmediata de los actos administrativos" (op. cit., pág. 485). Hay que advertir, sin embargo, que en la doctrina española, la nulidad absoluta se asimila a la nulidad manifiesta, lo que no siempre ocurre en el derecho argentino pues puede haber una causal de nulidad relativa que aparezca de un modo notorio y manifiesto (Ej. incompetencia en razón del grado) al hecho de que la propia ley española de Procedimiento Administrativo considere como nulidad absoluta el supuesto de incompetencia manifiesta no puede inferirse la asimilación entre ambas categorías de invalidez, distinción que se proyecta procesalmente en materia de la suspensión de los efectos administrativos.

⁵¹ Cfr. Mairal, Héctor A., op. cit., Tº II, págs. 818-819.

que provoca la ejecución del acto administrativo resultan, en términos generales, de mayor trascendencia y gravedad que los que ocasiona la suspensión, lo cual debe medirse conforme a las pautas que proporciona el principio de razonabilidad.

c) Razones de interés público. La ponderación que se haga sobre este requisito para autorizar la suspensión no puede ser negativa, puesto que no cabe exigir la prueba de que no se afecta el interés público sino la demostración de que existen razones de esa índole que justifican la medida suspensiva, cuya fuerza de convicción llevan al juez a concederla. Debe tratarse, en los distintos supuestos, no del interés público genérico sino de un interés público específico, de singular trascendencia, cuya prevalencia exige la ejecución inmediata del acto⁵².

En todos los casos descriptos, basta la ocurrencia de una sola de las causales para obtener la medida cautelar suspensiva debiéndose pedir la suspensión primero ante la Administración y luego, si ésta la rechaza o no se expide en el término de diez (10) días⁵³, queda expedita la posibilidad de acudir a la justicia. A este respecto, en el sistema constitucional argentino, la potestad de los jueces es plena y no meramente revisora, pudiendo incluso apartarse de los criterios discrecionales que esgrima la Administración (cuando exista un bloque de discrecionalidad en la decisión) y controlar no sólo los elementos reglados y conceptos jurídicos indeterminados sino la parte discrecional del acto, en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad.

2. Medida cautelar autónoma o accesorio dentro de un proceso contencioso administrativo, con fundamento en los arts. 230 y 232 del C.P.C.N., aplicable aquí por analogía.

En tales casos, la medida se decreta siempre "inaudita parte", requiriéndose la concurrencia de dos requisitos simultáneos, que son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a los que la jurisprudencia les ha añadido —en alguna circunstancia— otros dos: la existencia de graves perjuicios y la condición de que la medida no afecte el interés público.

a) La verosimilitud del derecho

Este requisito, denominado también "fumus bonis juris", alude a la apariencia de buen derecho que constituye una especie de legitimación que juega como una condición de apertura y fundamentación del procedimiento cautelar. Por ello, pensamos que no resulta imprescindible acreditar la presencia de una nuli-

⁵² González Pérez, Jesús, "La suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso administrativo", en R.E.D.A. n° 5, pág. 254, Madrid 1975 y Font i Llovet, Tomás "nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", en R.E.D.A. n° 34, pág. 482, Madrid, 1982.

⁵³ Por aplicación del plazo general establecido en el art. 1º, inc. e), ap. 4) de la L.N.P.A.

dad o ilegalidad manifiesta para que este recaudo se dé por cumplido ⁵⁴, sino que basta con que el vicio alegado sea verosímil o que la situación jurídica unilateral o contractual ⁵⁵ permita inducir, "prima facie", la configuración del "fumus bonis juris".

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo federal ha decidido que existe la apariencia de buen derecho cuando se pide la suspensión de los efectos de un Decreto del Poder Ejecutivo que notoriamente excede su competencia constitucional al prescribir el establecimiento de un tributo que sólo puede ser impuesto por el Congreso⁵⁶.

b) El peligro en la demora

Se refiere al peligro que puede ocasionarse al actor si a la hora de ejecutar la sentencia y de mantenerse o alterarse la situación de hecho o de derecho existente, dicha ejecución se convierta en ineficaz o imposible.

Este recaudo es de naturaleza típicamente procesal pues no hace el fondo de la cuestión, como tal, debe apreciarse como amplitud, debiéndose darlo por cumplimentado en supuestos de duda, dado que se hallan involucradas en esta cuestión la garantía de la defensa y la igualdad de las partes en el proceso.

c) La gravedad del perjuicio

Aparte de la entidad del daño, que excluye los perjuicios leves, el criterio correcto para establecer la concurrencia de este requisito es el de la proporcionalidad, en cuanto exceda considerablemente el impacto disvalioso o perjudicial que ocasiona la suspensión del acto administrativo⁵⁷.

En lo que atañe a la exigencia de que el perjuicio sea irreparable pensamos que debe descartarse no solo porque no es requerida por la ley sino porque conduce a justificar la reparabilidad del daño en base al dogma de la solvencia del Estado, cuya arcaica fundamentación conduce a legitimar verdaderos despojos e injusticias privando de real contenido a la garantía de la propiedad prescrita en el art. 17 de la C.N.

⁵⁴ Sin perjuicio de la posibilidad de darlo por cumplido, desde luego, en los casos de nulidad manifiesta, véase: Mairal, Héctor A., op. cit., Tº II, págs. 810-812.

⁵⁵ La jurisprudencia ha señalado que la verificación de este requisito no exige un examen exhaustivo y que corresponde darlo por cumplido cuando surge "prima facie" de los términos del contrato de concesión de servicios públicos y de un convenio posterior celebrado entre las partes (Cfr. C.N.Fed. Cont. Adm., Sala III, in re, "Baiter S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)" publicado en El Derecho, Tº 107, pág. 419 y sigs., con comentario de Barra).

⁵⁶ "Video cable comunicación S.A. C/ Instituto Nacional de Cinematografía y otros s/varios", C.N. Fed. Cont. Adm. Sala III, Causa 29.293 del 16-07-92.

⁵⁷ Cfr. Mairal, Héctor A., op. cit., Tº II, 816.

Interesa poner de resalto también que la jurisprudencia viene sosteniendo en forma reiterada que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y a la inversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad, el rigor del "fumus bonis juris" se puede atenuar⁵⁸.

d) El interés público

Una jurisprudencia, que se mantiene constante desde hace varios años, viene exigiendo, en determinados casos, que la suspensión ha de otorgarse sin afectar el interés público.

Por su imprecisión y ambigüedad, una interpretación rigurosa sobre este requisito conduce prácticamente a negar casi siempre la procedencia de las medidas cautelares, lo cual implica una suerte de denegación de justicia "a priori".

Por ello, resulta necesario partir del principio opuesto, juzgando las situaciones de duda a favor de quien demanda la suspensión (con las debidas contracautelas) con apoyo en una serie de pautas interpretativas que impidan que la tutela judicial efectiva sea, en materia de medidas cautelares, un principio vacuo.

Entre esas pautas interpretativas cabe señalar: 1) la decisión sobre la apreciación si se afecta o no el interés público corresponde al tribunal y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; 2) el interés público a ponderarse no es el del acto en sino mismo sin el que se conculca con la medida suspensiva debiendo tratarse —como se ha señalado— de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no se puede fundamentar en un mero interés público de tipo genérico; 3) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; 4) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad y 5) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión.

3. Como medida dentro de la acción de amparo, prevista en la Ley 16.986, contra actos que adolecen de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y siempre que se lesionen los derechos y las garantías prescriptos en la Constitución⁵⁹, habiéndose admitido dentro de esta vía la posibilidad de suspender actos de alcance general (doctrina de la Corte en el caso "Outón").

⁵⁸ C.N. Fed. Cont. Adm. Sala I, Cas T.V.S.A. y otras C/ Estado Nacional y otro", sentencia de fecha 6-6-90.

⁵⁹ La Jurisprudencia de la Corte Suprema no ha fijado al respecto líneas muy definidas. Véase: Fallos, Tº 267, pág. 411 y Tº 299, pág. 20 y L.L., Tº 127, pág. 478, donde se acogieron demandas de amparo en las que la pretensión equivalía a una medida precautoria. Esta postura fue sostenida por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administra-

5. Las soluciones tradicionales y su replanteo

Por las razones que se han señalado resulta fundamental, en los sistemas descriptos, consagrar soluciones que permitan a los particulares articular de una manera efectiva las pretensiones de suspensión de efectos de los actos en el procedimiento administrativo, estableciendo causales de suspensión que resulten imperativas para la Administración.

Con ello, se podría llegar a reducir el ámbito de la discrecionalidad donde, hasta ahora, se ha desenvuelto el instituto de la suspensión, al par que se operaría una observancia más ajustada del principio de legalidad, siempre que los jueces puedan controlar, mediante algún proceso sumario el ejercicio de los poderes de suspensión por parte de los órganos administrativos. Y si bien el objeto del juicio provisorio que efectúa el Tribunal cuando decreta la suspensión de un acto administrativo es normalmente causuístico, resulta imprescindible para la seguridad jurídica que la doctrina de los jueces sea armónica y coherente frente a supuestos de hecho similares⁶⁰.

Entre las causales que habilitan a la Administración y a los jueces a suspender los efectos de los actos administrativos la figura de la nulidad más grave (nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho, según los diferentes ordenamientos) debería ser sustituida o, al menos, combinarse, con la técnica de la nulidad o ilegalidad manifiestas que, en algunos casos, como en el proceso de amparo argentino, ha permitido el que el restablecimiento de la legalidad sea rápido y efectivo. Al propio tiempo, tanto en los sistemas procesales como en la jurisprudencia, sería conveniente que se reconociera con amplitud la posibilidad de suspender los efectos de los actos de alcance general que dicta la

tivo Federal en el caso: "Hugues Tool Company S.A. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)" publicado en L.L., Tº 1984- D, pág. 363, con nota de Vanossi, quien señala que "no hay ninguna disposición legal que prohíba utilizar preventivamente al amparo, como lo hizo la actora, para suspender preventivamente el acto recurrido". Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó dicha sentencia en un fallo que motivó la acertada crítica de Miguel M. Padilla E.D., Tº 113, pág. 351). En el fallo de la Corte dictado el 7 de marzo de 1985, se hace suyo el argumento del Procurador General de la Nación, Dr. Juan Octavio Gauna, en el sentido de que la solvencia del Estado garantiza la plena cobertura de los daños y deja sin sustento la irreparabilidad de los perjuicios como fundamento de la suspensión. No podemos menos que discrepar con la resurrección de una teoría antigua, hoy superada, que desconoce, en los hechos, una de las conquistas más grandes del derecho administrativo de este siglo que, sin duda, ha sido el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios y empleados.

⁶⁰ Tornos Mas, Joaquín, "Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisdiccional", en R.E.D.A. nº 61, pág. 119 y sigs., Madrid 1989, destaca como la jurisprudencia española, ante supuestos similares o idénticos (v. gr. retiro de la licencia auto-taxi), ha arribado a soluciones diferentes en punto a la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Administración cuando adolecen de ilegalidades o arbitrariedades manifiestas⁶¹.

Ahora bien, la aplicación de la técnica de la nulidad o ilegalidad manifiesta para detener la ejecución del acto administrativo no implica la constatación flagrante de la invalidez (sin perjuicio de que así pudiera ocurrir en algún caso) como lo ha venido exigiendo la jurisprudencia española del contencioso-administrativo sino una apreciación "prima facie" de la nulidad⁶² mediante un juicio previo que se independiza de la decisión acerca del fondo del asunto, sobre el que no prejuzga. Por otra parte, la categoría de los vicios manifiestos apunta siempre a su visibilidad externa o apariencia y no siempre coincide con el carácter grave o radical de una determinada causal de nulidad (no es la nulidad absoluta o, en el derecho español, la nulidad de pleno derecho)⁶³.

En lo que concierne a la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede judicial y mientras se mantenga la regla del efecto no suspensivo de los recursos, sería la hora de replantear los mecanismos procesales a fin de superar la traba que representa en algunos sistemas el requisito del agotamiento de las vías administrativas para que los jueces decreten la medida cautelar o el amparo, junto a la introducción en los ordenamientos de procesos cautelares sumarios que tornen posible poner de inmediato en posesión de su derecho al particular que aparezca, en forma manifiesta, como titular de la situación jurídica subjetiva de un modo similar a lo que acontece con el "referé" francés⁶⁴.

De todos modos, la supervivencia de la ejecución forzosa del acto administrativo como regla general difícilmente pueda convivir mucho tiempo más con el principio de la "tutela judicial efectiva", el cual excluye la posibilidad de ejecutar coactivamente el acto impugnado antes de su juzgamiento por el poder judicial, salvo las excepciones prescriptas en los diferentes ordenamientos.

En tal sentido, García de Enterría al comentar los cambios que se vienen operando en la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativo y constitucional de ese país, sostiene que el principio constitucional de la "tutela

⁶¹ González Pérez, Jesús, "La suspensión de la suspensión del acto administrativo", en R.E.D.A. n° 61, pág. 111 y sigs., Madrid 1989, apunta que si el acto que dió lugar al proceso "fue dictado por órgano manifiestamente incompetente es obvio que el órgano jurisdiccional puede y debe tener en cuenta aquella causa legitimadora de la suspensión y acceder a ésta" (op. cit., pág. 118).

⁶² Véase: Cases Pallares, Luis, "La adopción de las medidas cautelares motivadas en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo", en R.E.D.A. n° 76, pág. 674, Madrid 1992.

⁶³ En materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos el juez realiza solo una apreciación provisoria acerca de un vicio que en apariencia resulta manifiesto sin penetrar al análisis sobre configuración definitiva, con gravedad y sus consecuencias jurídicas.

⁶⁴ Cfr. González Pérez, Jesús, "La reforma de la legislación procesal administrativa", págs. 81-82, ed. Civitas, Madrid 1992.

De otra parte, las causales de ilegalidad que desencadenan la medida cautelar de suspensión no configuran casos de ejercicio de actividades discrecionales –donde el órgano administrativo puede optar entre dos o más soluciones igualmente justas– sino supuestos en los cuales la Administración debe resolver en un único sentido. En las restantes causales, si bien puede haber un ámbito o bloque de discrecionalidad, no hay que olvidar que se trata muchas veces de figuras que no admiten más que una solución válida y justa, en cuya realización se combinan la estimativa legal con la axiológica y, en todo caso, que se trata de una potestad que posee el órgano administrativo como afirma Garrido Falla, no para “otorgar o denegar a su arbitrio” sino para ejercerla de acuerdo con la ley, por lo que resulta susceptible de control jurisdiccional ⁶⁷.

El hecho que los sistemas no hayan recepcionado aún esta técnica de los conceptos jurídicos indeterminados en los procedimientos administrativos o judiciales de suspensión y la circunstancia que sigan aferrados al carácter facultativo de la suspensión ⁶⁸, no es óbice para que la doctrina y la jurisprudencia de los respectivos países apunten un poco más alto y lleven a cabo la tarea de reconstrucción de un instituto que resulta tan vital para la legitimidad del obrar administrativo y la protección efectiva de los derechos constitucionales.

En fin, como no podía ser de otra manera, creo que nos parecemos bastante, pues las virtudes y los defectos que exhiben los sistemas y los hombres encargados de su aplicación revelan una gran similitud en el campo de la realidad.

Como pese a nuestros defectos no deja de ser feliz aquel que a los suyos se parece, abrigo también la esperanza que esta satisfacción que sentimos siempre al compararnos antes de constituir un obstáculo para el perfeccionamiento de nuestras instituciones se convierta en el motor que las revitalice y nos ayude a transitar por el arduo camino que conduce a la realización efectiva de la justicia.

⁶⁷ Cfr. Garrido Falla, Fernando, op. cit., pág. 141, Madrid 1993.

⁶⁸ Una excepción a esta corriente es el art. 95 de la ley n° 951 de la Provincia de La Pampa (Argentina).