

ACERCA DE LA SUSPENSION JURISDICCIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Carlos E. DELPIAZZO^(*)

SUMARIO: I. *Objeto*. II. *Panorama comparado*.
III. *Panorama normativo*. IV. *Panorama
jurisprudencial*. V. *Conclusión*.

I. OBJETO

La Constitución uruguaya está cimentada en la centralidad de la persona humana¹, a partir de la cual se reconocen los derechos fundamentales y se edifica el sistema del Estado de derecho democrático y social.

El principio personalista que preside la Constitución consiste en la afirmación de la primacía de la

^(*) Doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de derecho administrativo, de informática jurídica, Director del Instituto de Derecho Administrativo y director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de derecho administrativo, director del programa master de derecho administrativo económico (PMDAE), y profesor de derecho informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor visitante de la especialización en derecho administrativo de la Universidad de Belgrano. Profesor extraordinario visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de múltiples libros trabajos sobre temas de su especialidad.

¹ Delpiazzo, Carlos E., *Dignidad humana y derecho*, Montevideo, U.M., 2001, p. 27 y ss.

CARLOS E. DELPIAZZO

persona humana,⁽²⁾ tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en su eminente dignidad⁽³⁾ y manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a todos los derechos.⁽⁴⁾

A la luz de este principio, la razón de ser del Estado (y de la administración en particular) radica en su servicialidad⁽⁵⁾ y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y a cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental⁽⁶⁾, su ser para otros,⁽⁷⁾ a

(2) Cagnoni, José A., “La primacía de la persona: el principio personalista” cit., p. 135 y ss.; y Soto Kloss, Eduardo, “La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, F.C.U., 1996, p. 507 y ss.

(3) Gros Espiell, Héctor, “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en *Cátedra UNESCO de derechos humanos-Dignidad Humana*, Montevideo, Universidad de la República, 2003, p. 9 y ss.; y Cagnoni, José Aníbal - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en *Cátedra UNESCO de derechos humanos-Dignidad Humana*, p. 65 y ss., y en *Revista de Derecho Público*, N° 23, Montevideo, 2003, p. 11 y ss.

(4) Rocca, María Elena, “Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona”, en *Revista de Derecho Público*, N° 24, Montevideo, 2003, p. 139 y ss.

(5) Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 83 y ss.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno” cit., p. 507 y ss.

(6) Brito, Mariano R., “Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. XC, sección doctrina, p. 11 y ss., y en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, Montevideo, U.M., 2004, p. 257 y ss.

(7) Brito, Mariano R., “Planificación y libertad en el Estado social de derecho”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, año I, N° 1, Montevideo, 1977, pp. 35, 40 y ss., y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva”, p. 217 y ss.; y “El Estado de derecho en una perspectiva axiológica”, en *Ius Publicum*, N° 6, Santiago, 2001, p. 63 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

fin de que los componentes del cuerpo social -todos sin excepción- puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

En ese marco, es propósito de este trabajo examinar la suspensión jurisdiccional de los actos administrativos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del principio general de la tutela jurisdiccional efectiva,⁽⁸⁾ que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.⁽⁹⁾

Para ello, se pasará revista al estado de situación en el derecho comparado, en el ordenamiento jurídico nacional y en nuestra jurisprudencia.

II. PANORAMA COMPARADO

Con carácter general, la evolución que exhibe el derecho comparado es significativa en cuanto a consagrar un amplio elenco de medidas cautelares frente al Estado, tanto suspensivas, como positivas o anticipatorias y provisionales.⁽¹⁰⁾

Así, en España, la propia Constitución reconoce que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio

⁽⁸⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo, F.C.U., 2008, p. 967 y ss.

⁽⁹⁾ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 57.

⁽¹⁰⁾ Simon Padros, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 223 y ss.

CARLOS E. DELPIAZZO

de sus derechos o intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” (artículo 24.1).

Al abrigo de dicha disposición de máximo rango, las medidas cautelares ya no son extraordinarias o excepcionales, sino instrumentos de la tutela judicial ordinaria.⁽¹¹⁾

Así ha venido a reconocerlo expresamente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N° 29/1998 de 13 de julio de 1998,⁽¹²⁾ dictada como respuesta a los insistentes reclamos de la doctrina más prestigiosa.⁽¹³⁾ De acuerdo a la misma, “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129.1). Consecuentemente, junto a la medida cautelar suspensiva (artículo 130), se contemplan las medidas cautelares positivas frente a la inactividad administrativa y a las vías de hecho (artículo 136).⁽¹⁴⁾

De modo similar, en Italia el artículo 3° de la Ley N° 205/2000 de 21 de julio de 2000 incorporó una cláusula general en materia de medidas cautelares

⁽¹¹⁾ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, - “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa en España”, en *Revista Scientia Iuridica*, tomo LIV, N° 301, p. 31 y ss.; y en *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo - Justicia Administrativa*, México, UNAM, 2007, p. 445 y ss.

⁽¹²⁾ González Varas Ibañez, Santiago, *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 552 y ss.

⁽¹³⁾ García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1995, p. 25 y ss.; y Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1980), p. 286 y ss.

⁽¹⁴⁾ Bacigalupo, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 133 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

de contenido básicamente innominado y abierto al objeto de la pretensión que se haga valer, incluidas aquellas medidas positivas destinadas a condenar a la administración al cumplimiento de una prestación o actividad específica.⁽¹⁵⁾

Con carácter específico, bien se ha distinguido entre los sistemas que consideran que la potestad de suspender los efectos del acto administrativo es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y los que, en cambio, lo fundan en normas expresas.⁽¹⁶⁾

Entre los primeros, la jurisprudencia de Estados Unidos se ha expedido reiteradamente en el sentido de que suspender la ejecución de un acto administrativo no requiere texto legal habilitante porque es inherente a la administración de justicia, bastando la existencia de un perjuicio serio, a menos que exista un interés público comprometido en la ejecución inmediata.⁽¹⁷⁾

En cambio, en Francia, el Consejo de Estado ha sido sumamente restrictivo para admitir la suspensión hasta la sanción de la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000, que reconoció la potestad jurisdiccional de adoptar todas las medidas cautelares necesarias, incluso de contenido positivo, para hacer cesar un comportamiento o poner fin a una abstención

⁽¹⁵⁾ Rossi Sánchez, Mario, "La tutela cautelare", en Cassese, Sabino, *Trattato de Diritto Amministrativo Speciale*, t. V, Milán, Giuffré, 2003, p. 4502 y ss.

⁽¹⁶⁾ Cajarville Peluffo, Juan Pablo, "Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo", en *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, t. II, Montevideo, F.C.U., 1999, p. 967 y ss.; y en *Sobre Derecho Administrativo*, t. II, Montevideo, F.C.U., 2007, p. 622 y ss.

⁽¹⁷⁾ Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 763 y ss.

CARLOS E. DELPIAZZO

estatal que lesiona de manera grave e ilegítima una libertad fundamental.⁽¹⁸⁾

III. PANORAMA NORMATIVO

Con carácter general, nuestro derecho transitó en época relativamente reciente de la inadmisibilidad a la admisibilidad de las medidas cautelares de cualquier tipo contra el Estado.

Al respecto, basta recordar que el artículo 62 de la Ley de Abreviación de los Juicios (LAJ) N° 13.355 de 17 de agosto de 1965, tras establecer que “los Jueces podrán decretar, a petición de parte, las medidas cautelares que estimen indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo” (inciso 1°), agregaba que “Las medidas previstas en este artículo no serán aplicables contra el Estado o personas jurídicas de derecho público” (inciso 6°).

Por lo tanto, en virtud de norma expresa, nuestro ordenamiento jurídico consagró la *inadmisibilidad general* de medidas cautelares contra cualquier tipo de personas jurídicas públicas, sean estatales o no estatales ⁽¹⁹⁾.

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso (CGP) aprobado por la Ley N° 15.982 de 18 de octubre de 1988, según su artículo 544 quedó

⁽¹⁸⁾ Simon Padros, Ramiro, *ob. cit.*, nota 10, p. 331 y ss.

⁽¹⁹⁾ Barrios De Angelis, Dante, “La reforma del proceso civil uruguayo”, en *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 63, p. 57.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

derogada la LAJ⁽²⁰⁾ y, en su mérito, se invirtió la solución anterior, reconociéndose la *admisibilidad general* de disponer medidas cautelares en procesos contra el Estado u otras personas jurídicas de derecho público ⁽²¹⁾.

En efecto, de acuerdo al mismo, se previó que “Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario” (artículo 311.1), siendo procedentes “cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso” (artículo 312). A tal efecto, se reconocen al tribunal amplias facultades (artículo 313 y siguientes) para “disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar” (artículo 316). ⁽²²⁾

Sin embargo, en tanto el CGP no es aplicable al contencioso administrativo (artículo 545, lit. c), se ha sostenido que las reseñadas disposiciones sobre medidas cautelares no rigen a su respecto ⁽²³⁾.

Con carácter específico, una vez creado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Constitución de 1952, se discutió si éste podía suspender la ejecu-

⁽²⁰⁾ Klett, Selva, “La vigencia de las nuevas normas y los procesos en trámite”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, t. I, Montevideo, F.C.U., 1989, p. 21 y ss.

⁽²¹⁾ Abal Oliu, Alejandro, “Proceso cautelar y proceso provisorio”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, t.II, Montevideo, F.C.U., 1989, p. 77 y ss.

⁽²²⁾ Tarigo, Enrique, E., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, Montevideo, F.C.U., 1994, p. 354 y ss.

⁽²³⁾ Tarigo, Enrique E., *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, F.C.U., 1999, pp. 35 y 36.

CARLOS E. DELPIAZZO

ción del acto administrativo cuya anulación se sometía a su consideración dada la ausencia de norma constitucional expresa,⁽²⁴⁾ dudándose si dicha posibilidad podría habilitarse por ley⁽²⁵⁾ o si tal competencia debía reputarse perteneciente al Poder Judicial.⁽²⁶⁾

En ese contexto, se aprobó el artículo 347 de la Ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964, en virtud del cual se dispuso que

en las acciones de nulidad deducidas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte interesada y oyendo a la Administración demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, si ésta fuere susceptible de causar un perjuicio grave o irreparable en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.

Comentando la referida disposición, se sistematizaron del siguiente modo los requisitos del instituto: ⁽²⁷⁾

⁽²⁴⁾ Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Montevideo, 1959, p. 599.

⁽²⁵⁾ Real, Alberto Ramón, “La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el Derecho uruguayo”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIV, N° 1, p. 140 y ss.; y Giorgi, Héctor, “La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XVII, N° 2-3-4, p. 261 y ss., y en *Escritos Jurídicos*, Montevideo, F.C.U., 1976, p. 162 y ss.

⁽²⁶⁾ Cassinelli Muñoz, Horacio, “Confrontación entre los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y en Uruguay”, en *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 66, p. 166.

⁽²⁷⁾ Giorgi, Héctor, ob. cit., nota 25, p. 253 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

- a) Se trata de un procedimiento accesorio a la acción de nulidad;
- b) La suspensión no puede disponerse de oficio;
- c) El procedimiento es contradictorio y debe tramitarse con urgencia;
- d) La suspensión es una medida excepcional en virtud de su carácter derogatorio del principio de ejecutoriedad y de la presunción de legitimidad que benefician a las decisiones administrativas;
- e) El perjuicio que se derive de la ejecución del acto debe ser "grave o irreparable";
- f) Los perjuicios de orden patrimonial susceptibles de ser reparados por la Administración no bastan para disponer la suspensión del acto, y los de orden moral quedarán debidamente reparados, si correspondiere, con el fallo anulatorio; y
- g) El poder jurídico de suspender debe ejercitarse de modo de no lesionar el interés público representado por el Estado.

Como consecuencia de tal cantidad de exigencias y reparos, fueron muy pocos los casos en los que se dispuso la suspensión de actos administrativos. Por eso, al discutirse el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se coincidió en la necesidad de flexibilizar el régimen entonces vigente, introduciéndose un agregado a fin de determinar una mayor apertura en las posibilidades de suspensión de la ejecución del acto administrativo (28).

(28) Delpiazzo, Carlos E., *Régimen jurídico de los recursos administrativos*, Montevideo, F.C.U., 1984, p. 72.

CARLOS E. DELPIAZZO

El texto resultante fue el artículo 30 del decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984, según el cual "en las acciones deducidas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte interesada y previa vista por el término de seis días a la persona jurídica estatal demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, si ésta fuere susceptible de causar un perjuicio grave, o de difícil reparación, o irreparable, en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio".

Quiere decir que a la hipótesis anterior de "perjuicio grave o irreparable", se añadió la de "difícil reparación". No obstante, el agregado no generó el esperado cambio jurisprudencial, continuando el Tribunal en una línea interpretativa de corte netamente rígido y restrictivo.

En lo que se dio en calificar como "interpretación cerrojo",⁽²⁹⁾ se dijo que

las expresiones legales refieren a hipótesis en que la modificación de la situación por obra de la ejecución del acto reclamado es de imposible reprimación e irresarcible o, en grado menor, de difícil reparación o reprimable pero no sin causar graves perjuicios al administrado, siendo además y en estas dos últimas hipótesis, de carácter no patrimonial el perjuicio grave, o difícilmente indemnizable con la pura compensación económica".⁽³⁰⁾

⁽²⁹⁾ Frugone Schiavone, Héctor, "Después de la reforma del contencioso administrativo por la ley N° 15.869, ¿subsiste el instituto de la suspensión de la ejecución del acto impugnado?", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, N° 21, p. 188.

⁽³⁰⁾ Torello, Luis y Vescovi, Enrique, *El nuevo régimen judicial*, Montevideo, Idea, 1984, pp. 25 y 26.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

Con la sanción de los artículos 2º y 3º de la Ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987 se regula más detalladamente el tema, particularmente en lo que dice relación con las causales habilitantes de la suspensión de los efectos del acto administrativo.⁽³¹⁾

Conforme al artículo 2º de la ley vigente, se dispone lo siguiente:

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiese ocasionar a la organiza-

⁽³¹⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 455 y ss.; Cajarville Peluffo, Juan Pablo, "Sobre la suspensión jurisdiccional...", ob. cit., nota 16, p. 965 y ss., "Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo. Concepto, objeto y eficacia temporal de la suspensión jurisdiccional", en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, A.M.F., 2000, p. 63 y ss., y *Sobre derecho administrativo*, ob. cit., nota 16, p. 617 y ss.; Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, Montevideo, F.C.U., 2007, p. 309 y ss.; Sánchez Carnelli, Lorenzo, *Contencioso Administrativo*, Montevideo, Edit. Nueva Jurídica, 1998, p. 135 y ss.; Cassinelli Muñoz, Horacio, "Efectos de la suspensión de la ejecución del acto administrativo", en *Tercer Coloquio sobre Contenciosos de Derecho público, responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Edit. Universidad, 1997, p. 7 y ss.; Biasco Marino, Emilio, *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*, Montevideo, A.E.U., 1997, p. 67 y ss.; y Bengoa Villamil, Ricardo, *Análisis de la ley N° 15.869*, Montevideo, 1987, p. 12 y ss.

CARLOS E. DELPIAZZO

ción y funcionamiento del órgano involucrado (inc. 1°).

Agrega seguidamente que "La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión" (inc. 2°). Finalmente, establece que "Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal (inc. 3°).

Como surge de su lectura, el texto transcrito contempla dos supuestos que pueden motivar un fallo suspensivo.⁽³²⁾

El primer supuesto es el que surge del inc. 1°, a cuyo tenor se prevé el caso del acto cuya ejecución

fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves --no se habla de perjuicios graves y se eliminan las hipótesis de la difícil reparación y de la irreparabilidad-- cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

A pesar de que el nuevo texto fue proyectado con el propósito de aumentar las facultades del tribunal,⁽³³⁾ su aplicación continuó realizándose desde una pers-

⁽³²⁾ Esteva Gallicchio, Eduardo, "Modificaciones al decreto-ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, No. 19-20, pp. 137 y 138; y Giorgi, Héctor, "Sobre la suspensión de ejecución de acto impugnado ante el TCA", en *Revista de Derecho Público*, año 1995, N° 7, p. 158.

⁽³³⁾ Torello, Luis, "Contralor jurisdiccional de la Administración", en *A.A.V.V. Evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, A.M.F., 1989, p. 206.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

pectiva excesivamente rigorista y, por ende, escasamente eficaz.

Complementariamente, por el inc. 2º se aventaja el argumento tradicional según el cual los perjuicios de orden patrimonial susceptibles de ser reparados por la administración no bastan para disponer la suspensión ya que se aclara explícitamente que "la posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que... el Tribunal disponga la suspensión".⁽³⁴⁾

El segundo supuesto, previsto el inc. 3º, contempla el caso del acto que "aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal". Este texto ha planteado la duda de si podría verificarse la suspensión de oficio de la ejecución del acto administrativo, habiéndose manifestado el tribunal en sentido favorable en un caso concreto.⁽³⁵⁾

Más allá de tal cuestión, corresponde detenerse a analizar el alcance de la expresión "manifiestamente ilegal". La misma no debe interpretarse restrictivamente como contrariedad a la ley únicamente, sino en sentido amplio, como equivalente a ilegítimo, es decir, opuesto a la regla de derecho, con la extensión que a tal concepto le da el artículo 309 de la Constitución.

En efecto, la ilegitimidad del acto administrativo consiste en su contrariedad a la regla de Derecho, considerándose tal por el artículo 23, lit. a) del de-

⁽³⁴⁾ Amespil, Isabel, "Procedencia de la suspensión del acto administrativo aún cuando el perjuicio sea meramente patrimonial", en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. II, p. 142 y ss.; y Fata Moreira, Raquel, "Suspensión de la ejecución del acto administrativo", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, N° 24, pp. 370 y 371.

⁽³⁵⁾ Ver: sentencia N° 387 de 18 de noviembre de 1987, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. II, p. 91. En contra, por reputar inconstitucional la interpretación: Esteva Gallicchio, Eduardo, ob. cit., nota 32, p. 137.

CARLOS E. DELPIAZZO

creto-ley N° 15.524 --que reitera la definición del artículo 345 de la ley N° 13.318-- "todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual". A su vez, la ilegitimidad es manifiesta cuando resulta clara, evidente, inequívoca, grosera.⁽³⁶⁾ Cuando no lo sea, no significa que no proceda la suspensión, la cual puede disponerse al amparo del primer supuesto y, más generalmente, en aplicación del principio general --regla de derecho-- de la tutela jurisdiccional efectiva.

IV. PANORAMA JURISPRUDENCIAL

A la luz del panorama normativo descripto, la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido sumamente restrictiva, lo que impone reflexionar acerca de las trabas a la aplicación del instituto y los medios para superarlas.

1. *Aplicación restrictiva*

Bajo la vigencia del artículo 347 de la Ley N° 13.318, más allá del sonado caso del Club de Golf de Montevideo,⁽³⁷⁾ fueron contados con los dedos de la mano los procesos en que se dispuso la suspensión (en algunos, mediando acuerdo de partes) e innumerables los fallos denegatorios en virtud de la larga lista de condicionantes para la efectiva aplica-

⁽³⁶⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Desafíos actuales del control*, Montevideo, F.C.U., 2001, p. 68.

⁽³⁷⁾ Ver: sentencia N° 57 de 28 de diciembre de 1967, con nota de Alberto Ramón Real en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII; N° 3-4, p. 705 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

ción de la medida.⁽³⁸⁾ Por eso, bien pudo hablarse de “lo ilusorio de la facultad (inejercida) de suspender la ejecución”.⁽³⁹⁾

Con la aprobación del artículo 30 del decreto ley N° 15.524, lejos de ampliarse el horizonte jurisprudencial, se consolidó a partir de la sentencia N° 3 de 4 de febrero de 1987 la llamada concepción del balance ya enunciada en las sentencias N° 265 de 23 de julio de 1986, N° 234 de 8 de setiembre de 1986 y especialmente N° 432 de 3 de diciembre de 1986.⁽⁴⁰⁾

En dicha sentencia se expresa:

Advierte además el Tribunal que los inconvenientes que se ocasionarían en el orden de los intereses generales serán, en el caso, de mayor entidad y significación que los daños que pudieran derivarle a la actora. Del balance entre los perjuicios de una y otra parte cabe concluir que, en la especie, es mucho mayor el que causaría la suspensión del acto, y, bajo este criterio, no cabe otra solución que desestimar la pretensión.

Se reafirma así el enfoque tradicional según el cual el poder jurídico de suspender debe ejercitarse de forma de no lesionar los intereses públicos representados por el Estado, sin tener en cuenta que

⁽³⁸⁾ Frugone Schiavone, Héctor, ob. cit., nota 29, p. 180 y ss.

⁽³⁹⁾ Real, Alberto Ramón, “Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXII, N° 1-4, p. 325 y ss.

⁽⁴⁰⁾ Frugone Schiavone, Héctor, “Algunos temas seleccionados de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente al segundo semestre de 1986”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, No. 22-23, p. 336.

CARLOS E. DELPIAZZO

también es de interés público el respeto y tutela de los derechos fundamentales de los administrados.

A partir de la sanción de la ley N° 15.869, la redacción dada al inc. 1° del artículo 2° transforma en derecho positivo la concepción del balance ya que no basta con que la ejecución del acto irroge a la parte actora "daños graves" sino que se requiere además, balancear el alcance y entidad de los mismos con el alcance y entidad de los que la suspensión podría aparejar a la administración.

El examen de la jurisprudencia de los últimos años evidencia que, no obstante reconocer el carácter cautelar de la medida de suspensión, el tribunal mantuvo una postura de severa limitación a través de sucesivas integraciones: ⁽⁴¹⁾

- a) Afirmando que su procedencia es de excepción y su aplicación es de interpretación estricta;
- b) Consolidando la teoría del balance para la apreciación del "periculum in mora";
- c) Apreciando el "fomus bonis juris" exclusivamente como ilegitimidad manifiesta;
- d) Entendiendo que no son pasibles de suspensión los actos no susceptibles de anulación (como los regulados por el derecho privado), los que no causan perjuicio directo (como los preparatorios, reiterativos o ya suspendidos por la administración), los denegatorios o los que ya han sido cumplidos; y
- e) Rechazando la suspensión de aquellos respecto de los cuales no se agotó la vía administrativa.

⁽⁴¹⁾ Gutiérrez, Adrián, "Diez años de jurisprudencia del TCA sobre suspensión de la ejecución del acto administrativo", en *Revista de Derecho Público*, año 2006, N° 29, p. 159 y ss.; y Biasco Marino, Emilio, ob. cit., nota 31, p. 149 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

Acerca de esta última hipótesis, ha sostenido el tribunal que, puesto que la solicitud de suspensión de la ejecución del acto debe formularse conjuntamente con la demanda anulatoria y para ello debe agotarse previamente la vía administrativa, no cabe admitir esta medida cautelar si no se ha agotado la vía administrativa, lo que deja en la indefensión por todo el tiempo que ella insume, a menos que se postule que, en tales casos la suspensión pueden resolverla los tribunales del Poder Judicial.⁽⁴²⁾

Contrariamente, en reiteradas oportunidades, he bregado en el sentido de que

sería muy buena cosa que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitiera --ya que la suspensión debe pedirse conjuntamente con la demanda anulatoria-- la interposición anticipada de la demanda. Al respecto, no debe olvidarse que lo que nuestro legislador reprime es la interposición tardía de la acción de nulidad, pero no así la interposición anticipada, de manera que es posible considerar ajustada a derecho la posibilidad de interponer la demanda de nulidad aún cuando todavía no esté agotada la vía administrativa a los efectos de poder promover la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto. Evidentemente, el tribunal no va a poder tramitar la demanda porque estará ausente todavía uno de los presupuestos, el del agotamiento de la vía administrativa, pe-

⁽⁴²⁾ Cassinelli Muñoz, Horacio, "Suspensión cautelar de la ejecución del acto mientras se tramita la vía administrativa", en *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 66, N° 10-11-12, pp. 252 y 253.

CARLOS E. DELPIAZZO

ro sí podrá tramitar la suspensión de la ejecución jurisdiccional.⁽⁴³⁾

En sentido coincidente, se ha enfatizado en que lo que la ley exige es que la solicitud de suspensión se plantee conjuntamente con la demanda, pero ni la Constitución ni la ley impiden que ella se tramite mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa.⁽⁴⁴⁾

2. Necesidad de destruir barreras artificiales

La escuálida aplicación de la suspensión jurisdiccional del acto administrativo responde, en la práctica, a que se han invocado barreras --a mi juicio, inexistentes-- al principio general de tutela jurisdiccional efectiva.⁽⁴⁵⁾

En primer lugar, se ha expresado reiteradamente que el instituto “cercena la presunción de legitimidad que beneficia los actos administrativos”.⁽⁴⁶⁾

⁽⁴³⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Medidas cautelares en el Derecho Administrativo”, en *Curso sobre Medidas Cautelares*, Montevideo, F.C.U., 1999, p. 214; “Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, año 2000, N° 17, p. 57; *Desafíos actuales del control*, ob. cit., p. 62; y *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., p. 450.

⁽⁴⁴⁾ Duran Martínez, Augusto, “Vías para la suspensión de la ejecución de un acto administrativo”, en *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2005, vol. IV, p. 249 y ss., y *Contencioso Administrativo*, ob. cit., pp. 319 y 320; y Bengoa Villamil, Ricardo, *Análisis de la ley N° 15.869*, ob. cit., p. 27.

⁽⁴⁵⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Importancia de las medidas cautelares en los contenciosos administrativos”, en *Tribuna del Abogado*, Montevideo, 2007, N° 155, p. 28 y ss.

⁽⁴⁶⁾ Ver, entre otras: sentencias N° 308 de 24 de abril de 2006, N° 464 de 14 de junio de 2006, N° 507 de 21 de junio de 2006, y

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

Pues bien: la invocada presunción de legitimidad del acto administrativo no sólo carece de respaldo positivo en nuestro ordenamiento⁽⁴⁷⁾ sino que es un verdadero mito.⁽⁴⁸⁾

Como bien se ha dicho,

Se ha buscado el fundamento de este privilegio en una razón de simetría con los demás actos emanados del Estado: las leyes y las sentencias, cuya validez también se presume... El argumento así expuesto no es convincente: la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub legal) y además está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestione su validez. Desde este punto de vista pues, la simetría podría llevar a una conclusión contraria a la presunción de legitimidad del acto administrativo... Si se acepta el mero carácter estatal del acto como base del privilegio, será difícil hallarle un límite; al contrario, fundarlo en razones de conveniencia práctica permite restringir el privilegio... Se evita asimismo... dar a la actividad estatal, producto en definitiva del accionar de hombres de carne y hueso, un aura casi sagrada.⁽⁴⁹⁾

Nº 523 y 524 de 31 de julio de 2006, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XIV, p. 364 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., p. 153.

⁽⁴⁸⁾ Duran Martínez, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", en *Revista de Derecho*, Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, Nº 02, p. 119 y ss.; y en *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, vol. II, p. 227 y ss.

⁽⁴⁹⁾ Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, ob. cit., vol. II, pp. 774 a 776.

CARLOS E. DELPIAZZO

En palabras perfectamente trasladables a nuestro país, se ha marcado del siguiente modo la contradicción entre jurisprudencia y vida:

se afirma en la jurisprudencia que el fundamento [de la presunción de legitimidad] radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas de procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc.... Cabe pues concluir, de lege lata, que no están dadas en el Derecho viviente las condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo... Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes..., rodeadas de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: la discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, un mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.⁽⁵⁰⁾

La proclamación casi irrestricta de la presunción de legitimidad del acto administrativo ha sido un freno al avance de las medidas cautelares, en el entendido de que la misma implica una suerte de *forum bonis juris* a favor de la administración que el reclamante debe desvirtuar.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, aún admitiendo dicha presunción, la misma no es un principio general --como ha pretendido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo-- y, además, no es absoluta sino relativa, por lo que puede ser desvirtuada mediante la demostración --innecesaria en los casos de ilegitimidad manifiesta-- de que el acto administrativo contraviene el orden jurídico.⁽⁵¹⁾

En segundo lugar, se ha argumentado que la suspensión es un instituto de excepción⁽⁵²⁾ --y, por ende, de interpretación restrictiva-- frente a la ejecutoriedad del acto administrativo, como privilegio integrante de la autotutela de que goza la administración.

No es así. Como ya he tenido oportunidad de señalarlo, la potestad de la administración de ejecutar el acto por sí misma, utilizando su propio personal y medios de acción

no permite utilizar procedimientos coercitivos sobre la persona o los bienes de los particula-

⁽⁵⁰⁾ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, F.D.A., 1999, t. III, 4ª edición, pp. V-14 a V-16.

⁽⁵¹⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., p. 154.

⁽⁵²⁾ Ver, entre otras: sentencias N° 653 de 31 de julio de 1996, N° 798 y 799 de 7 de octubre de 1996, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, p. 779 y ss.

CARLOS E. DELPIAZZO

res, salvo norma legal expresa que así lo determine. Por lo tanto, en ausencia de texto legal, la administración debe acudir a los órganos jurisdiccionales para dirimir las contiendas que puedan suscitarse con los particulares en el cumplimiento de lo resuelto.⁽⁵³⁾

Consecuentemente, no puede erigirse en un obstáculo a la adopción de medidas cautelares y la jurisprudencia puede disponerlas en ejecución del principio general --éste sí-- de la tutela jurisdiccional efectiva.

Como bien se ha destacado, la efectividad del principio de tutela jurisdiccional reclama que el control jurisdiccional haya de proyectarse también sobre la ejecutoriedad del acto administrativo y, dada la duración del proceso contencioso administrativo, tal control debe adelantarse al enjuiciamiento de fondo del asunto como consecuencia de la proyección actual del Estado social y democrático de derecho sobre las categorías dogmáticas del derecho administrativo tradicional.⁽⁵⁴⁾

En síntesis, como se ha señalado magistralmente: Los avances del Derecho público reclaman abrirse a la revisión de la teoría de los privilegios, prerrogativas e inmunidades del poder. ¿Es posible ya, a esta altura de los tiempos, sostener la presunción de legitimidad de la operación administrativa o la ejecutoriedad de las decisiones y la coacción administrativa, en términos de regla de principio? Antes bien, ¿no

⁽⁵³⁾ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., pp. 156 y 157.

⁽⁵⁴⁾ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa en España*, ob. cit., p. 445.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

será necesario el debido acotamiento para someter a la acción estatal a unas reglas de Derecho común de principio?⁽⁵⁵⁾

3. Imperativo de construir garantías

La respuesta debida a las referidas preguntas -- ubicándose en la perspectiva garantista debida a los administrados-- puede venir dada desde la jurisprudencia o desde la norma.

Por lo que refiere a la vía jurisprudencial, a ella corresponde reivindicar la plena aplicación del principio --regla de derecho-- de la tutela jurisdiccional efectiva, haciendo verdad el derecho fundamental de las personas a obtener medidas cautelares frente a la administración que satisfagan sus justas pretensiones, entre otras la de suspensión jurisdiccional de los actos administrativos lesivos.

Así lo reconoce nuestra Constitución⁽⁵⁶⁾ y lo exige la justicia ya que “un sistema de tutela cautelar deficiente en su regulación y poco generoso en su aplicación judicial, supone lisa y llanamente una denegación anticipada y sin remedio de la Justicia”.⁽⁵⁷⁾

Desde el punto de vista normativo, es necesario superar la deficiente regulación actual de la suspensión transitoria del acto impugnado y ampliarla.

En tal sentido, existen múltiples propuestas de reformas legislativas y constitucionales que contemplan una razonable ampliación de las medidas cautelares, además de otros aspectos necesitados de

⁽⁵⁵⁾ Brito, Mariano R., *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, ob. cit., p. 282.

⁽⁵⁶⁾ Marabotto Lugaro, Jorge A., - “Un derecho humano esencial: el acceso a la Justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2003, p. 291 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva Justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 30.

CARLOS E. DELPIAZZO

revisión,⁽⁵⁸⁾ tales como la especialización de los magistrados en derecho público, la creación de tribunales inferiores al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la modernización del proceso, aplicando el CGP en lo pertinente y la ejecución efectiva de las sentencias.

Al respecto, entre las *soluciones legislativas proyectadas*, cabe destacar las siguientes:

a) El proyecto de ley redactado por el profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo y yo, con la colaboración del profesor Horacio Cassinelli Muñoz y que fuera avalado por el entonces director del Instituto de Derecho Administrativo, profesor Daniel Hugo Martins, de julio de 1985;

b) El anteproyecto de ley redactado a pedido del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por el profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo y yo, en junio de 2000;

c) Los mensajes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al Poder Ejecutivo de junio de 2003 y de mayo de 2005, basados en el anteproyecto antes referido, los cuales fueron desglosados por el Poder Legislativo de los respectivos proyectos de leyes de rendición de cuentas y de presupuesto nacional.

En la primera de dichas iniciativas, el artículo 9° prevé que

⁽⁵⁸⁾ Delpiazzo, Carlos E., “Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 2007, año VI, N° 12, p. 123 y ss.; y “Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, año 2000, N° 17, p. 57 y ss.

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

Los órganos jurisdiccionales de lo contencioso anulatorio competentes para entender en primera o en única instancia, lo serán también para decretar la suspensión de la ejecución del acto impugnado... y para disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los arts. 311 a 317 del Código General del Proceso.

En las dos restantes, se repite a la letra dicha disposición (en el artículo 19 del mensaje de 2003 y en el artículo 45 del mensaje de 2005).

Por otra parte, una *propuesta de solución constitucional* puede encontrarse en el proyecto de reforma de las secciones XV y XVII de la Constitución redactado por Juan Pablo Cajarville Peluffo y yo a pedido del Colegio de Abogados (cuyo Directorio lo hizo propio), en setiembre de 2003.⁽⁵⁹⁾

En dicho proyecto se propone adicionar al artículo 310 de la Carta Magna --que prevé el contenido de la sentencia contencioso administrativa de confirmar o anular el acto administrativo sin reformarlo-- un párrafo facultando,

a pedido de parte, disponer la suspensión del acto impugnado y demás medidas cautelares que se juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de las sentencias.

⁽⁵⁹⁾ Ver: proyecto de reforma de las secciones XV y XVII de la Constitución redactado por los profesores Juan Pablo Cajarville Peluffo y Carlos E. Delpiazzo, en: *Rev. Tribuna del Abogado*, N° 135, pp. 6 a 9.

CARLOS E. DELPIAZZO

V. CONCLUSION

De las consideraciones hasta aquí formuladas, se pueden extraer algunas conclusiones impuestas por un imprescindible cambio de enfoque de las relaciones entre la administración y los administrados, no centrada en los privilegios de la primera sino en los derechos fundamentales de los segundos, a los que aquélla se debe en virtud de su servicialidad inherente.

En primer lugar, debe afirmarse con fuerza que la potestad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de suspender la ejecución de los actos administrativos es inherente a la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado de que está investido constitucionalmente, y constituye una emanación lógica de la recta aplicación del principio general de la tutela jurisdiccional efectiva.

En segundo lugar, mientras no se legisle al respecto, corresponde al tribunal privilegiar la aplicación directa de dicho principio general --regla de derecho enraizada en la Constitución-- por encima de la norma legal parcial y defectuosa contenida en los artículos. 2º y 3º de la Ley N° 15.869.

En tercer lugar, la suspensión jurisdiccional de la ejecución de los actos administrativos no resulta enervada por la presunción de juridicidad de los mismos (que no es tal) ni por su ejecutoriedad (la que cede ante la garantía debida al ciudadano).

En cuarto lugar, la recta aplicación del principio de tutela jurisdiccional efectiva impone la admisión anticipada de la suspensión de la ejecución de cualquier acto ya que la Constitución sólo exige el agotamiento de la vía administrativa para interponer la

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA...

acción de nulidad y no para solicitar medidas cautelares.

En quinto lugar, el mismo principio obliga a una resolución rápida, en un proceso de duración razonable, de la pretensión de suspensión.

La calidad de nuestro Estado de derecho seguirá siendo deficitaria mientras la tutela jurisdiccional no sea efectiva y plena, y la excesiva demora para hacer valer un oportuno control jurisdiccional de la actividad administrativa en defensa de los derechos e intereses legítimos de los miembros del cuerpo social, siga parapetándose tras mitos tales como la presunción de juridicidad del acto administrativo, la fuerza ejecutoria del mismo, o la necesidad de impedir la parálisis de la administración en función de una mal entendida interpretación de la separación de poderes.