

## CAPÍTULO XIX

### EL OCASO DE LOS DOGMAS SOBRE LA INEJECUTABILIDAD DEL ESTADO

Por NICOLÁS BONINA

#### SUMARIO

1. Punto de partida .....	331
1.1. Introducción .....	331
1.2. El nacimiento de la tragedia .....	332
1.3. ¿La genealogía de nuestra idiosincrasia? .....	333
2. Consideraciones intempestivas 1: Sin plata, ¿hay derecho? .....	334
3. Consideraciones Intempestivas 2: Sobre la tutela judicial efectiva .....	336
4. Los dogmas del pasado .....	337
4.1. El mito del eterno retorno de lo idéntico .....	337
4.2. Así habló Zaratustra: La naturaleza jurídica ha muerto .....	338
4.3. El Anticristo: Sobre el carácter declarativo .....	339
4.4. No se puede limitar la ejecutabilidad ex ante, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago .....	342
4.5. La inembargabilidad de los fondos públicos: La madre del sentido.....	342
4.6. La inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación .....	344
5. Los mandamientos de ejecución.....	346
6. La responsabilidad del funcionario y las astreintes .....	347
7. Sobre el buen funcionamiento de las finanzas .....	348
8. Los dogmas y el orden constitucional: La gaya ciencia .....	350
9. El criterio a seguir .....	351
10. La voluntad de poder: Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias .....	352



## Capítulo XIX

### EL OCASO DE LOS DOGMAS SOBRE LA INEJECUTABILIDAD DEL ESTADO<sup>1</sup>

“Los hombres y los pueblos, al llegar a la edad adulta, han de tener el coraje para abandonar los cálidos sueños de la infancia y para salir a la intemperie aceptando las cosas como son. [...] Una indagación inevitablemente dolorosa, puesto que resulta muy amargo comprobar que estamos creyendo en dioses falsos y que vivimos rodeados de fantasmas que se esfuman dejando un cierto olor a incienso (o a azufre, según los casos) cuando les llega el sol de la sinceridad,” NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 12-13.

#### 1. Punto de partida

##### 1.1. Introducción

FRIEDRICH W. NIETZSCHE es considerado como uno de los más grandes iconoclastas de su tiempo, ya que con su labor ha intentado derruir los dogmas socio-culturales de su época que impedían el pleno desarrollo del ser humano, según sus convicciones filosóficas. *ZARATUSTRA* es el protagonista de una de las obras filosóficas de este autor, aquélla en la cual NIETZSCHE encuentra la madurez de su pensamiento.

Hoy día, en el ámbito del derecho administrativo, al igual que en la Europa del tiempo de NIETZSCHE, existe una innumerable cantidad de dogmas que derribar.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Publicado originalmente en *RPA*, 2006-I.

<sup>2</sup> Tarea que hemos abordado en distintos trabajos y respecto de distintos aspectos del derecho administrativo. A tal efecto, ver: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, coautor, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2009; texto revisado, ampliado y modificado en una nueva edición en *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. También puede consultarse: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *La Ley, Suplemento Extraordinario 75 aniversario*, agosto 2010, p. 40 y BONINA, NICOLÁS, “El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo” *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1.

En este trabajo, analizaremos la ejecución de sentencias contra el Estado,<sup>3</sup> con particular referencia a aquellas que obligan a abonar sumas de dinero. El camino que proponemos es analizar el nacimiento de esta problemática, los dogmas que la rodean y las posibles soluciones. En tónica iconoclasta y como homenaje al “padre” de *Zaratustra*, cada subtítulo lleva un juego terminológico entre el tema desarrollado y alguna obra de NIETZSCHE.

## 1.2. *El nacimiento de la tragedia*

No es desconocido por nadie que el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado nacional es ineficiente, complejo y poco feliz. Como dijera un amigo “es uno de los más perversos del sistema.” Esta circunstancia no es extraña a nadie. En este sentido, cabe hacer referencia a un estudio realizado por el IFES (International Foundation for Electoral Systems),<sup>4</sup> en el otoño de 2002 en Argentina, Perú y México, que arrojó que los obstáculos para la ejecución de este tipo de sentencias son: a) En primer lugar, la falta de voluntad del Estado para pagar; b) en segundo lugar, la falta de recursos del Estado y/o de previsiones presupuestarias; c) en tercer lugar, la corrupción judicial y administrativa; d) cuarto, la falta de respeto por las decisiones de las cortes; y, en última instancia, e) la insuficiente autoridad de las cortes.<sup>5</sup>

La dificultad del *asistemático* sistema hace las veces de refugio a la inactividad e ineficacia administrativas.<sup>6</sup> Adviértase que desde la sanción de la Ley 3952 y hasta el dictado del Decreto 679/88, la jurisprudencia había limitado progresivamente el carácter declarativo del art. 7º de la primera, consignando excepciones tanto especiales como generales.<sup>7</sup> El dictado de este decreto fue *el comienzo de la tragedia*, a partir de allí la cantidad de normas dictadas confor-

<sup>3</sup> Ver, entre otros, ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; y HUTCHINSON, TOMÁS, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado,” en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-2, pp. 13-81.

<sup>4</sup> En [www.ifes.org](http://www.ifes.org).

<sup>5</sup> Un informe del Consejo de Estado francés que sirvió como base para la reforma introducida mediante los Decretos 90-400 y 90-416 en el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado señala que de 70 casos, “11 revelan una lentitud excesiva en el cumplimiento, 13 revelan una manifiesta mala voluntad, 22 encuentran su razón de ser en el rehusamiento por la Administración del carácter no suspensivo de las apelaciones. En fin, 11 casos revelan dificultades objetivas en la ejecución,” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias,” en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 216. Tanto en el país galo, como aquí, los casos en los que existen dificultades objetivas no son la primer causal de incumplimiento —en Argentina si sumamos las causales a), c), d) y e) en definitiva advertimos que la dificultad objetiva en el pago es el menor supuesto. Sin embargo en Francia se ha modificado el régimen para contrarrestar esta situación. Aquí no.

<sup>6</sup> La complejidad en el régimen de ejecución es otro punto sobre el que ha hecho hincapié el estudio aludido como óbice para lograr el cumplimiento compulsivo de las sentencias.

<sup>7</sup> Ver un desarrollo en MAIRAL, HÉCTOR A., “La evolución del régimen de sentencias contra la Nación,” *LL*, 1988-E, 1203; y TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación,” *LL*, 1988-D, 932.

maron un complejo marco normativo que favorece la irresponsabilidad, ya que se trata de un régimen complicado, tedioso y largo, en el cual se le hace fácil al Estado encontrar cualquier subterfugio a efectos de no pagar.

### 1.3. *¿La genealogía de nuestra idiosincrasia?*

“Los medios forzosos de ejecución no deben ser de corriente invocación en un Estado de Derecho’. En último término, algo más que esta correcta regulación legal estaría fallando,” GONZALEZ - VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, p. 323, citando a ULE.

¿Por qué solventar la existencia de un Estado si, cuando ese Estado falla y es condenado, se vuelve reticente a pagar?

¿Podemos afirmar que existe una idiosincrasia propia de incumplimiento sistemático del orden jurídico o es una problemática genérica de todos los ordenamientos jurídicos y todas las sociedades?

¿Acaso el Estado incumple porque nosotros somos incumplidores?

JUAN AGUSTÍN GARCÍA<sup>8</sup> argumenta que desde los tiempos primeros de la colonia se formó en estas zonas una cultura del no trabajo, del coraje criollo, y de ganar dinero de la manera más fácil y así vivir acomodadamente.

Por otro lado, siempre es recordado aquel conocido episodio en el cual HERNÁN CORTÉS anunció que la Real Cédula de la Junta de Valladolid —que prohibía las reparticiones de indios—, “se acata, pero no se cumple.”

Sin embargo, el parasistema<sup>9</sup> se verifica en todos los ámbitos, sociedades, países, organizaciones, etc.

Por tal razón, consideramos que, más allá de la problemática concreta de idiosincrasias y modos propios, a partir de la introducción de la desigualdad como respuesta adaptativa del ser humano en comunidad —fenómeno que hemos identificado a partir de la domesticación vegetal y animal—, el derecho se ha convertido en una herramienta opresiva, en un instrumento para gestionar el enfrentamiento entre unos y otros y para mantener y preservar estas relaciones de desigualdad y de sometimiento-subordinación. El derecho se ha convertido en una técnica de gestión de la desigualdad.<sup>10</sup>

No obstante ello, cabe resaltar que nuestros continuos endeudamientos y nuestra imposibilidad de afrontar el pago del servicio de la deuda también provienen

<sup>8</sup> GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986.

<sup>9</sup> Para una lúcida descripción y desarrollo del parasistema ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1997, tercera reimp. 2001, también “Una celebración sin gloria”, en BIDART CAMPOS, GERMÁN (dir), *150 aniversario de la Constitución nacional*, LL, suplemento especial, agosto de 2003, p. 13, LL-2003-C, 1091.

<sup>10</sup> BONINA, NICOLÁS, “El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo”, LL, *Sup. Adm.*, 2012 (junio), p. 1

desde mucho antes de ahora.<sup>11</sup> No por nada, DORNBUSCH y DE PABLO señalan que tenemos una inexplicable propensión a devaluar la moneda y a incumplir los contratos de crédito externo,<sup>12</sup> dando ejemplos que se remontan a mediados de 1800.<sup>13</sup>

De allí que el problema de la ejecución de las sentencias dinerarias contra el Estado tiene aristas mucho más profundas: una dinámica de relaciones interminables del tipo estructurante-estructurable que se ve potenciada por una idiosincrasia propia particular. Por eso, esta problemática excede la mera cuestión relativa a las normas y sanciones que se puedan aplicar. Por ello mismo, este tema no tiene los mismos alcances o la misma problemática aquí que en los Estados Unidos,<sup>14</sup> a pesar de que nuestros regímenes constitucionales sean similares.

## 2. Consideraciones intempestivas I: Sin plata, ¿hay derecho?

Una de las cuestiones de mayor dificultad al abordar este tema es el de los fondos públicos para pagar las sentencias condenatorias. Aquí, como en muchos otros casos, existen dos valores a proteger: a) el normal funcionamiento de la administración y; b) la completa garantía de los derechos de los particulares.

La pregunta es: cómo armonizar estos dos valores cuando “el grado de endeudamiento de nuestros países excluye toda ayuda internacional que no sea para seguir pagando los intereses de la deuda externa; que estamos en estado de quiebra interna; que la naturaleza nos es adversa; que el desarrollo nos pasó

<sup>11</sup> Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 8ª ed., 2003, cap. IV.

<sup>12</sup> DORNBUSCH, RUDIGER/DE PABLO, JUAN CARLOS, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988. Señalan que “en la Argentina los problemas referidos a la deuda y las crisis financieras datan de por lo menos cien años” (p. 10.) Asimismo, con cita del *Banker's Magazine* de 1899 señalan que los sudamericanos “...siempre tienen problemas con su moneda. O es demasiado buena para uso interno, o, como sucede a menudo, es demasiado mala para el cambio exterior. Generalmente emiten demasiado, pero están convencidos de que nunca tienen suficiente... los argentinos cambian su moneda casi con la misma frecuencia con que cambian de presidente... Ningún pueblo en el mundo es más aficionado a los experimentos monetarios que los argentinos” (p. 11.) Es alarmante advertir que nuestra historia siempre se repite y nunca aprendemos de ella, así “El desarrollo económico de la Argentina en el siglo XIX fue financiado con préstamos del mercado mundial de capitales” mediante “oleadas de préstamos, los subsiguientes incumplimientos y la reanudación de los préstamos” (p. 32.)

<sup>13</sup> Ver *supra*, nota anterior, especialmente DORNBUSCH/DE PABLO, *op. cit.*, p. 31 y ss. Con esto queremos señalar que el problema de la escasez de fondos y de la deuda interna y externa del Estado argentino no es de ahora. Es una práctica que proviene del parasistema, reforzada por varios dogmas que la favorecen. Se nos podrá invocar que *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la administración sigue siendo administrar.) A este otro dogma que ya no tiene fundamento alguno —y que proviene de una historia y régimen jurídicos distintos—, diremos, con TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que *juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*. Pues es evidente que la administración de los fondos públicos no es un problema de ahora, por tal o cual emergencia económica. Es un problema de siempre, desde la constitución de nuestro Estado como tal, y es precisamente esta idiosincrasia tan nuestra la causal de las emergencias que luego acontecen. Se trata de incapacidad para administrar mejor. Y quizá sea hora de intentar modificar la situación... .

<sup>14</sup> MAIRAL, “La evolución...” *op. cit.*; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 470-71.

de largo; y que [...] ni siquiera hacemos las cosas elementales que debiéramos hacer y sí podemos hacer.”<sup>15</sup>

La misma jurisprudencia es cambiante, basta sólo observar cómo en dos décadas nuestro Máximo Tribunal ha modificado tres veces su criterio respecto de los reajustes de haberes previsionales.<sup>16</sup>

No es un tema sencillo. Insistir en el debido, eficaz y rápido cumplimiento de las sentencias condenatorias de dar sumas de dinero sin una adecuada percepción de la realidad<sup>17</sup> puede resultar un cúmulo de teorías bienintencionadas pero utópicas. Y sin embargo, considerar *ex ante* que el Estado no va a poder pagar sin consideración de los hechos y de los derechos de los particulares, es privación de justicia. Por ello, cuando el juez falla, no puede —ni debe— olvidar las consecuencias de su decisión.<sup>18</sup> Como dijera un ex-magistrado, el juez tiene no solamente la facultad sino más bien el deber de hacer ejecutar su sentencia, lo que le obliga a su vez a solamente dictar sentencias que sean posibles de cumplir y de ejecutar.

En esta inteligencia, más allá de desmitificar los dogmas que aparecen en torno de la ejecución de sentencias y de las vías alternativas de solución que se propongan, el objetivo siempre será el mismo: reafirmar que es el juez, en cada caso concreto,<sup>19</sup> el que debe encontrar el justo medio aristotélico. Tan simple y tan difícil como eso.<sup>20</sup>

Paralelamente, en los hechos y en especial, en lo referente a la ejecución de sentencias dinerarias, cuando no hay plata, poco o nada importa el derecho consagrado en la sentencia a ejecutar. Pero, en tales casos, lo que debemos evaluar —y lo que el juez debe evaluar también— es si precisamente este hecho no se ha convertido en una práctica y técnica voluntaria por parte de los administradores a fin de nunca tener con qué pagar, para nunca hacerlo. Y si con esta excusa nos conformamos o si, como sociedad y seres humanos, exigimos más...

<sup>15</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 5ª ed., 2005, Cap. XI, p. 35.

<sup>16</sup> Nos referimos a los fallos de la CSJN *in re: Rolón Zappa, Chocobar y Sanchez*; ampliar en MORELLO, AUGUSTO M./ GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Reflexiones sobre el abandono de la doctrina Chocobar,” *LL*, 01-VI-05, p. 1, también en *IMP*, 2005-13, 1872.

<sup>17</sup> Con la dificultad de que los hechos son infinitos y nuestra percepción finita, ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, t.1, Cap. I.

<sup>18</sup> De acuerdo al criterio de interpretación previsor o no paralizante, que atiende a la consideración de las consecuencias sociales de los fallos (*in re: Saguir y Dib*, Fallos, 302: 1284) y a la verificación de los resultados a que conduzca en el caso concreto (*Baliarda*, Fallos, 303:917), no pudiendo prescindirse de los efectos que derivan de la utilización de cada pauta hermenéutica (*Sigra SRL*, Fallos, 320: 1962.)

<sup>19</sup> Ya que “la única regla es que no hay ninguna regla,” GORDILLO, *Tratado...*, t.1, *op. cit.*, Cap. I, p. 2. Ver MAIRAL, “La evolución...,” *op. cit.*, quien sostiene que “la sentencia condenatoria fije a la nación el plazo de cumplimiento en atención a las circunstancias del caso,” ver también del mismo autor, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 913.

<sup>20</sup> Valga recordar las palabras de GORDILLO, “la tarea no es fácil para nadie, pero alguien lo tiene que hacer,” en GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

### 3. Consideraciones intempestivas 2: Sobre la tutela judicial efectiva<sup>21</sup>

“La prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —que suelen reconocer todas las constituciones— comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo que ella ha resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado,” GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2001, p. 425.

La ejecución de sentencia se enmarca dentro de un proceso que sólo finaliza con la satisfacción efectiva y real del vencedor.<sup>22</sup> Sin embargo, *hay que ver cómo los dogmas del pasado siempre encuentran algún subterfugio para infiltrarse en los nuevos esquemas constitucionales y supranacionales y salirse con las suyas.*<sup>23</sup>

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

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

Por lo tanto, la consolidación de deudas y el incumplimiento parcial o total de la sentencia es una violación a la garantía de la tutela judicial rápida y efectiva, y por lo tanto es una violación al régimen supranacional de derechos.<sup>24</sup>

Aunque hoy todavía se sostiene que tarde o temprano el Estado paga, lamentablemente no es así. Puede llegar a ser cierto para determinadas empresas

<sup>21</sup> Ver también ABERASTURY, *op. cit.*, p. 54 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 14 y ss.

<sup>22</sup> “Un sistema de tutela judicial efectiva [...] no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración,” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas,” *Documentación Administrativa*, 209, p. 10, con citas del Tribunal Constitucional.

<sup>23</sup> O como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, estos *privilegia principis* que se fueron formando a lo largo de los siglos “y cuya mayor parte alienta aún y aún reviven insospechadamente, incluso en metástasis inesperadas, al igual que las células cancerosas,” GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...,” *op. cit.*, p. 8.

<sup>24</sup> Respecto de la violación de nuestro país a la tutela judicial efectiva, rápida y sencilla y el control por la Corte Interamericana, ver Corte IDH, Serie C Nro. 97, *Cantos, José M. c. República Argentina*, 28-XI-2002, LL, 2003-C. 2, con nota de GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, también gratuitamente en [www.corteidh.or.cr/seriec/index\\_c.html](http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html). Para Europa, ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Zimmermann y Steiner*, 13-VII-83, reproducido en GORDILLO, *Derechos humanos, op. cit.*, Cap. XI, p. 40 y ss.



grandes que lucran con el tiempo. Pero en general y, en particular para las empresas medianas, las chicas, organizaciones, agrupaciones, etc., y los particulares, un proceso contra el Estado que dure entre 20 o 30 años y que se termine pagando en bonos al 25% de su valor es lisa y llanamente inconstitucional porque violenta la garantía de tutela judicial *efectiva*, rápida y sencilla. Aun cuando la Corte Suprema haya dicho que esta modalidad equivale a “pagar”<sup>25</sup> no podemos engañarnos: para el particular eso no constituye un pago, representa la cabal materialización de la irresponsabilidad estatal.<sup>26</sup> Cuando el Estado incumple ya no sólo la sentencia declarativa, sino la de ejecución más las astreintes y todas las intimaciones posibles, ¿puede seguir sosteniéndose válidamente que la emisión de mandamientos de ejecución y/o embargo afecta la división de poderes? ¿O que un embargo puede paralizar el accionar estatal?

De nada vale tener un sistema judicial si no puede hacer justicia efectiva. El proceso finaliza cuando se cumple, no cuando la sentencia queda firme. Y aunque se predique que no se desnaturaliza el derecho en cuestión, la verdad<sup>27</sup> es que cobrar un crédito en 6 meses o en 3 ó 16 años no es lo mismo, sobre todo en un país como el nuestro donde la moneda pierde valor todos los días, y la inflación es el flagelo por antonomasia de nuestro pueblo.<sup>28</sup>

#### 4. Los dogmas del pasado

##### 4.1. El mito del eterno retorno de lo idéntico

El dogma de la indemandabilidad del Estado ha estado arraigado durante demasiado tiempo. De hecho, nunca ha desaparecido del todo. Y ello es así pues todo el derecho administrativo sigue estructurándose y basándose en un paradigma

<sup>25</sup> CSJN, *Cacace Josefa Ermida*, Fallos, 318:1887 (1995); CSJN, *Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores*, Fallos, 320:2756 (1997), en este último la Corte señala que “...es oportuno recordar que este Tribunal ha señalado que la aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del crédito declarado en la sentencia sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de las sumas adeudadas, lo que obsta a su declaración de inconstitucionalidad, máxime cuando la reclamante no ha alegado una situación de emergencia o necesidad impostergable de recibir su acreencia, sino tan sólo la inconstitucionalidad genérica del plazo establecido por la ley (confr. Fallos: 316:3176 y 317:739).” Ver también CSJN, *Colina, René Roberto y otros*, Fallos, 328:3354 (2004), especialmente cons. 3º, en el que la Corte afirma que “en la medida en que dichos títulos efectivamente sean entregados o acreditados a los actores y sus condiciones de amortización se cumplan de acuerdo con lo previsto, no se advierte que las modalidades previstas para la cancelación de los bonos previstos en el art. 12 de la ley 25.725 impliquen, por sí mismas, la desnaturalización de los demandantes (doctrina de Fallos, 301:793; 302:564 y 322:232, entre muchos otros).” Para consolidación de deudas y ejecución de sentencias, ver ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; HUTCHINSON, TOMÁS, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001-2, pp. 13-81.

<sup>26</sup> GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica”.

<sup>27</sup> “La verdad, la áspera verdad,” como irónicamente señala STHENDAL, *Rojo y Negro*, España, Planeta, 2001, p. 5 sin numerar.

<sup>28</sup> Ver *supra*, punto 1.3. y las referencias allí efectuadas.

determinado: el de la desigualdad y, como tal, se convierte en una técnica de gestión de esa desigualdad en el ámbito de la cosa pública. Por ello, oportunamente, exhortamos a un cambio de paradigma y a un cambio en la conceptualización del derecho administrativo.<sup>29</sup> Porque mientras se mantenga este paradigma de la desigualdad, sin importar los distintos regímenes jurídicos sobre responsabilidad estatal que estén vigentes o se sancionen, *siempre resurgirá* esa pretensión de irresponsabilidad.<sup>30</sup> De allí que el Estado siempre busque una miríada de complicaciones administrativas o legales para que cobrarle resulte prácticamente imposible.<sup>31</sup>

#### 4.2. Así habló Zaratustra: La naturaleza jurídica ha muerto

Ya en otro lugar hemos sentado nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica de los regímenes o instituciones de derecho.<sup>32</sup> En el caso del instituto que nos ocupa, se han enarbolado tres teorías: a) naturaleza administrativa; b) naturaleza jurisdiccional; c) naturaleza mixta.<sup>33</sup>

En dichos trabajos hemos señalado que la supuesta *naturaleza* se refiere a una finalidad y fundamento determinados que son dados en razón de un tiempo y espacio también determinados.<sup>34</sup> En Francia, la ejecución de sentencias es administrativa (al igual que en el anterior régimen español), sin embargo, estos países han tenido distintos problemas al momento de ejecutar las sentencias contra el Estado, a pesar de tener un régimen jurídico ejecutorio similar. De la misma manera, en nuestro país hemos importado el régimen constitucional de los Estados Unidos de América, hecho reconocido por la misma Corte Suprema en diversos fallos y, sin embargo, “[e]l derecho norteamericano no parece plan-

<sup>29</sup> Ver BONINA, NICOLÁS, “El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo” *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1, en donde propusimos “una nueva definición del derecho administrativo, encarándolo como *una técnica, una herramienta, un producto del hombre que se utiliza para gestionar la desigualdad y el conflicto entre quienes ejercen la función administrativa y quienes interactúan con aquellos y, cuya gestión incluye a todas las materializaciones y formas que adoptan tales interacciones.*”

<sup>30</sup> Sólo basta leer el art. 1765 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN).

<sup>31</sup> Tampoco existe ningún libro del tipo “cómo cobrarle al Estado y no morir en el intento.” O para peor, como se ha señalado, que sólo nos quede la apelación al cielo, ver DIANA, NICOLÁS, “La justicia en el estado de emergencia: dar a cada uno lo suyo,” *LL*, 2002-D, 747.

<sup>32</sup> BONINA, NICOLÁS, “Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich,” *La Ley*, 2005-F, 356.; BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, coautor, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2009; texto revisado, ampliado y modificado como nueva edición en *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. También puede consultarse: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *La Ley, Suplemento Extraordinario 75 aniversario*, agosto 2010, p. 40 y BONINA, NICOLÁS, “El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo” *La Ley, Suplemento Derecho Administrativo*, 2012 (junio), p. 1.

<sup>33</sup> Ampliar en GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE, “Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas,” *REDA*, Nro. 27, p. 563.

<sup>34</sup> Ampliar en BONINA, “Lo que el derecho es”..., *op. cit.*

tearse el tema del cumplimiento de la sentencia” ya que, superada la barrera de la inmunidad soberana, “se da por sentado que el juez al sentenciar puede dirigir órdenes a la administración.”<sup>35</sup> No hace falta aclarar que esto no es así en nuestro país, a pesar de que la plataforma constitucional es la misma.

Estas referencias evidencian claramente que la supuesta “naturaleza” no existe,<sup>36</sup> y consecuentemente debemos tener en claro lo siguiente: a) la ejecución de sentencias es un mecanismo tendiente a la garantía y efectivización de los derechos que fueron reconocidos en una sentencia que tiene carácter de cosa juzgada; b) cualquiera sea el régimen que se implemente, debe cumplir con el punto anterior, es decir, hacer efectiva la sentencia, ergo; c) poco importa ante quien se siga este proceso siempre y cuando se logre el fin cometido: El cumplimiento de la sentencia.

En nuestro caso, y en virtud del ordenamiento constitucional, se ha puesto en cabeza de los jueces, lo que no implica que pudiera efectuarse de manera distinta.<sup>37</sup>

El derecho es una mera técnica de gestión de la convivencia y del orden social.<sup>38</sup> Cada instituto jurídico sirve a un efecto. Hoy, el derecho es una técnica de gestión de la desigualdad.<sup>39</sup> Y cada instituto jurídico sirve al mantenimiento de esta desigualdad. Desde esta perspectiva, los institutos son efectivos porque mantienen la desigualdad. Si lo que queremos es un derecho que gestione la igualdad, entonces deberemos empezar a evaluar los actuales institutos jurídicos desde esta nueva perspectiva, evaluar si efectivamente conllevan a la igualdad o no. Y sino lo hacen, con un criterio netamente utilitarista, cambiarlos. Las “naturalezas jurídicas” sólo son la herramienta discursivo-ideológica para mantener y sacralizar el *statu quo ante*.<sup>40</sup>

### 4.3. *El Anticristo: Sobre el carácter declarativo*

“Dios ha muerto,” NIETZSCHE, FIEDRICH, *Así habló Zaratustra*.

<sup>35</sup> MAIRAL, “La evolución...,” *op. cit.* En el mismo sentido, TAWIL, *Administración y Justicia*, *op. cit.*, t. II, p. 470; quien además agrega que “el sistema norteamericano se ha caracterizado, desde antaño, y salvo contadas excepciones, por el pleno acatamiento de las decisiones judiciales, puesto especialmente de manifiesto por la facultad —limitada sólo excepcionalmente, tal como acontece con el *writ of mandamus* en el supuesto de actos discrecionales— con que cuentan los tribunales de esa nación para dirigir órdenes y prohibiciones a los entes administrativos mediante la emisión de *prerogative writs*” (p. 471.)

<sup>36</sup> Y si existe, nos es imposible, por lo menos por ahora, descubrirla; ver BONINA, “Lo que el derecho es”..., *op. cit.*

<sup>37</sup> Estas especulaciones sólo tienden a desmitificar algunos dogmas. En nuestro régimen constitucional actual la administración activa no tiene facultades jurisdiccionales, lo que no excluye que puedan tenerla tribunales administrativos *independientes e imparciales*. En todo caso, consideramos que nuestro régimen constitucional es la más adecuada plataforma para encuadrar el régimen de ejecución de sentencias.

<sup>38</sup> BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, *op. cit.*

<sup>39</sup> BONINA, “El derecho alienante”, *op. cit.*

<sup>40</sup> BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, *op. cit.*

Se ha destacado que existen varios fundamentos para establecer el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado, por ejemplo: *a)* la innecesariedad para el acreedor de la ejecución, que puede ser perjudicial para el interés público, basado en la solvencia y honestidad del Estado, que además tarde o temprano siempre cumple; *b)* para no perturbar la buena ordenación de las finanzas del Estado o no perjudicar el servicio público o no menoscabar o anular un interés tan legítimo como el que se trata de satisfacer y; *c)* en las atribuciones del Poder Legislativo para establecer erogaciones presupuestarias.<sup>41</sup>

Todos estos supuestos argumentos que sirven para sostener y fundamentar el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado son dogmas del pasado que no se corresponden con la realidad. El Estado es insolvente y se ha demostrado su deshonestidad en muchos casos.<sup>42</sup> Los servicios públicos están en su mayoría concesionados, y los que no, hace años que se encuentran en *estado de emergencia*.

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

Y respecto de las atribuciones del Poder Legislativo, hace tiempo que las ha cedido en forma masiva al PEN —en la figura del Jefe de Gabinete de Ministros— a tenor de la redacción que la Ley 26.124 ha establecido para el art. 37 de la Ley 24.156.<sup>43</sup>

Con lo cual, ninguna de estas razones constituyen fundamento suficiente pues la misma realidad pone en evidencia su falsedad. A esto hay que sumarle que cualquier facultad administrativa para evitar el pago de una sentencia que pueda considerarse como “régimen exorbitante” sólo puede tener como única finalidad y fundamento el favorecimiento de *la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad*.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Ampliar en DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 197; también MAIRAL, “La evolución...,” *op. cit.*

<sup>42</sup> Ver el lúcido trabajo de NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>43</sup> Sin embargo, esta delegación masiva de facultades legislativas en materia presupuestaria viene de mucho antes, tal como señalamos en BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete”, *LL, Sup. Act.* 27/07/2006, p. 1. Valga recordar que esta delegación masiva y en blanco es violatoria del sistema que surge de los arts. 75 inc. 8° y 85 de la Constitución nacional.

<sup>44</sup> BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009 y, de los mismos autores, *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, 2012. En similar sentido, ver el voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina*, Fallos, 314:1531 (1991), al señalar que la democracia no es sólo una organización del poder, sino un orden social destinado a *la realización de la plena personalidad del ser humano*. Ver, también, CSJN, *Portal de Belén*, Fallos, 325:292 (2002), en cuanto que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza

Por ello, proponemos excluir para siempre el término ‘régimen exorbitante’<sup>45</sup> y cambiarlo simplemente por facultades otorgadas a la administración con la finalidad de coadyuvar a la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad, fin último del derecho administrativo<sup>46</sup> que consideramos que engloba suficientemente el concepto de interés público.<sup>47</sup> De esta manera, *si y sólo si* la administración preserva este interés público, estas facultades habrán sido utilizadas válidamente. Con esta concepción, se invierte la relación de poder, la relación de estructurante-estructurable: la facultad no partiría como emanación de un privilegio para la administración (el monarca) que podrá utilizarlo a su antojo siempre que no viole descaradamente alguna norma. No. Al contrario, con esta concepción y *background* epistemológico, dicha facultad se convertiría en una obligación y sólo podría ser utilizada válidamente cuando su uso conlleve a *la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad*

Esto impondría también a los jueces la obligación de verificar en cada caso concreto de incumplimiento de una sentencia, que las facultades utilizadas por la administración para no pagar hayan tenido como finalidad preservar la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad. Caso contrario, debería declarar inválida la falta de pago. Se impondría así un parámetro mucho más garantista, mucho más claro y preciso de actuación administrativa.

trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”. En este mismo sentido, CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos, 323:3229 (2000) y *Asociación Benghalensis*, Fallos, 323, 1339 (2000), entre muchos otros. En cuanto a la finalidad del derecho como herramienta para la autoafirmación del individuo, ver voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Sejean*, Fallos, 308:2268 (1986), “El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado.” Igualmente, el voto del Dr. Baqué, “en la Carta Magna se promete a todos aquéllos que quieran habitar el suelo argentino un sistema coherente, amplio y efectivo de libertad individual que les permita desarrollar planes tendientes a alcanzar una vida satisfactoria para ellos y para su posteridad”.

<sup>45</sup> Utilización del lenguaje que tiende a confundir el eje de la discusión: El ámbito de libertad y los derechos son la razón por la cual existe el Estado y el ordenamiento jurídico, para protegerlos y garantizarlos. Sobre la utilización del lenguaje a favor del poder, ver GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. I y CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre lenguaje y derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 4<sup>ª</sup> ed., p. 24 y ss.

<sup>46</sup> BONINA / DIANA, “La senda del derecho administrativo...”, *op. cit.*

<sup>47</sup> Sobre el concepto de interés público, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. VI, p. 28. Se hace énfasis de esta manera en la concepción del constitucionalismo que desarrollamos *infra*, punto 8. El Estado no posee facultades por que sí o por que son inherentes a su constitución como tal. Estas facultades tienen como mira la realización del interés público, y este es el único fundamento válido. Además, se hace hincapié en el carácter reglado (en mayor o menor medida) de todas las facultades de la administración. Y aun cuando la oportunidad, mérito o conveniencia no puede ser juzgada por los jueces, sí puede juzgarse la realización del interés público en cada caso concreto.

#### 4.4. *No se puede limitar la ejecutabilidad ex ante, de manera genérica, sin probar la imposibilidad de pago*

“No es una simple impresión subjetiva, es un hecho: la Administración invoca *ad extra* toda clase de dificultades para incumplir los mandamientos de ejecución de las sentencias, el riesgo de una seria perturbación de sus servicios; pero cuando está ‘en familia’ y ella misma o sus servicios o empresas resultan los perjudicados ante aquellas Administraciones ‘que con carácter sistemático’ incurren en ‘descubiertos’ (preámbulo del Real Decreto de 14 de noviembre de 1986), entonces abate de golpe todos esos argumentos,” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Hacia..., op. cit.*, p. 133.

No se puede limitar la ejecutabilidad *ex ante*, de manera genérica, sin probar la imposibilidad real y efectiva de pago. El carácter declarativo de las sentencias, la inembargabilidad de fondos públicos, etc., son institutos inválidos, es decir, inconstitucionales. La administración *debe* en cada caso *probar la imposibilidad de pago*, y si no lo demuestra, entonces debe cumplir en un plazo razonable y en la moneda establecida en la sentencia.<sup>48</sup>

No existe ningún fundamento jurídico para limitar y prohibir *ex ante* la ejecutabilidad de las sentencias dinerarias contra el Estado. Cualquier instrumento normativo, legislativo o doctrinario al respecto sólo materializa la cruel realidad: que los ciudadanos somos cual esclavos que acatamos los antojos de nuestro soberano, que somos sometidos en una relación eterna de poder, donde ocupamos la posición del *estructurable*.

#### 4.5. *La inembargabilidad de los fondos públicos: La madre del sinsentido*

“Las fórmulas generales de inembargabilidad no pueden extenderse a los bienes no afectados a un uso o servicio público, por exigencia de los artículos 24 y 132 de la Constitución,” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1999, 6ª ed., p. 646, en referencia a lo decidido por el Tribunal Constitucional.

Según el art. 19 de la Ley 24.624 “Los fondos, valores y demás medios de financiamiento *afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público [...] y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las ero-*

<sup>48</sup> En el ámbito previsional —que cabe recordar se debaten cuestiones de carácter alimentario— se había llegado al absurdo de invocar el entonces vigente art. 16 de la Ley 24.463 —de limitación de recursos— en la contestación de la demanda. Cuando el magistrado de primera instancia rechazaba esta excepción por considerar que se trataba de una excepción para oponer al momento de ejecución de sentencias, la ANSeS apelaba y volvía a pedirlo en segunda instancia, y en la Corte Suprema. Luego de casi 10 años de trámite, cuando el expediente realmente entraba en la etapa de ejecución de sentencias, se le volvía a dar traslado y la ANSeS volvía a invocar la limitación genérica, sin demostrar en ningún momento la efectiva imposibilidad de pago.

*gaciones previstas en el Presupuesto General de la Nación*, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos” (el resaltado es nuestro.)

No por nada a la ley de presupuesto se la ha denominado la ley de leyes: hasta el más nimio lápiz que se adquiriera debe estar respaldado por una partida presupuestaria.<sup>49</sup> Toda actividad estatal debe estar prevista y contemplada en el presupuesto, consecuentemente *toda la actividad estatal (incluidos todos los valores, fondos, etc.) están de una manera u otra, afectados a la ejecución presupuestaria*, con lo cual, sutilmente, lo que esta norma pretende es establecer la inembargabilidad general del Estado, y en última instancia, la irresponsabilidad del mismo.<sup>50</sup>

En el derecho alemán, en cambio, “los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización” salvo “en dos genéricos supuestos: a) Cuando recaiga sobre bienes que sean indispensables para la satisfacción pública y b) cuando su realización ‘contradiga un interés público.’”<sup>51</sup> Consideramos que este es el criterio a seguir. El principio debe ser el de la embargabilidad de cualquier bien estatal y, como excepción, en los casos concretos y necesarios, el Estado *podrá solicitar la inembargabilidad* de aquellos fondos que estén afectados a un servicio público o a una finalidad esencial del Estado, o que impidan la realización, autodeterminación y libertad de los hombres en comunidad o que obstaculicen seriamente el funcionamiento normal de la administración, siempre que estas circunstancias se acrediten fehacientemente en cada caso concreto.

De esta forma, partiendo de la concepción que proponemos, en una sentencia condenatoria a entregar sumas de dinero contra el Estado, el juez debería ordenar el pago en un período de tiempo determinado, por ejemplo tres (3) meses. Y el Estado deberá pagar o justificar de manera acabada por qué no puede pagar las sumas adeudadas, en el plazo establecido, qué otras actividades estatales se estarían afectando, etc. Y en caso de no tenerse por acreditada dicha imposibilidad y no verificado el pago dentro de los tres meses, el juez debería mandar a ejecutar la sentencia sin más trámite.

Véase que aun en un sistema de embargabilidad como principio rector, no se afecta el normal funcionamiento de la administración, ni sus facultades, ni las del Congreso. La inembargabilidad genérica y *ex ante* funciona como una cláusula

<sup>49</sup> Ello sin perjuicio de los recursos ejecutados por los fondos cooperadores y su exclusión del sistema de la Ley 24.156.

<sup>50</sup> Es como señalamos *supra*, el *regressus in infinitum* del viejo dogma de la irresponsabilidad estatal, es “retroceder ocho siglos en la historia, hasta *antes* de la Carta Magna de 1215,” GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. 1, p. 6. En el mismo sentido, ver MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, RAP, 10<sup>ª</sup> ed., 2004, p. 22, quien señala que los arts. 19, 20 y 21 de la Ley 24.624 son inconstitucionales pues colocan al Estado “fuera del orden jurídico pues los jueces no tienen forma de hacer cumplir sus sentencias.”

<sup>51</sup> Ver GIMENO SENDRA, *op. cit.*

de reaseguro residual subyacente. O sea, si el Estado no quiere —y créasenos que nunca quiere—, no paga, porque total se ampara en que no está obligado a pagar.

Nosotros proponemos simplemente la inversión de la carga de la prueba y del paradigma subyacente: o sea, que el particular no tenga que probar que el Estado puede pagar —lo cual es imposible pues el manejo de las partidas es intrincado y sólo tienen acceso a ello rangos políticos bastante altos—, sino que sea el propio Estado que pruebe que no puede pagar. Así, el régimen sería bastante más equilibrado y la administración se vería obligada a salir de su inerte impunidad antojadiza para tener que justificar en qué casos no puede pagar, por qué, cómo, en qué plazo, etc.

En otro orden de ideas, debe advertirse que el dinero embargable, “en su carácter de cosa fungible que puede ser substituida por otras de la misma calidad, no es equiparable a los bienes del Estado afectados a un servicio público y por lo mismo indispensables a la subsistencia de la persona jurídica de existencia necesaria y exentos por ello de todo embargo.”<sup>52</sup> Los únicos bienes insusceptibles de ejecución son los pertenecientes al dominio público ya que el mismo es inalienable e imprescriptible, a diferencia del dominio privado que se halla sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, “salvo algunas modificaciones.”<sup>53</sup>

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado que “[e]l dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna.”<sup>54</sup> De esta manera, propone la implementación de “mandamientos judiciales de pago sobre la cuenta del Tesoro del Banco de España.”<sup>55</sup>

#### 4.6. *La inaplicación del principio de separación de poderes por su aplicación*

Se ha sostenido que ejecutar al Estado vulnera el principio de separación de poderes y, sin embargo, esta afirmación es otro dogma que necesita ser revisado. Estamos frente a un caso de inaplicación del principio de separación de poderes por su misma aplicación, pues debe entenderse que la Constitución otorga competencias a efectos de que sean utilizadas válidamente, es decir, en conformidad

<sup>52</sup> CSJN, *Fallos*, 116:80; 119:372, recordados por MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., 1998, p. 112, en nota 134.

<sup>53</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 24.

<sup>54</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...,” *op. cit.*, p. 14.

<sup>55</sup> Explica GARCÍA DE ENTERRÍA que, conforme la Ley General Presupuestaria, el Banco de España (que ejerce los servicios financieros de la Tesorería del Estado) debe otorgar al Estado anticipos “para atender a ‘las necesidades del Tesoro Público derivadas de las diferencias de vencimiento de sus pagos e ingresos’” y por lo tanto, concluye, “la cuenta del Tesoro es siempre ejecutable, *haya o no crédito presupuestario*,” situación luego modificada por la cual los anticipos de Tesorería pasaron a ser “créditos singulares bajo el concepto genérico de Deuda Pública,” ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración,” en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1992, p. 141 y ss.



con ella. Cuando ello no ocurre así, debe entrar en funciones el sistema de pesos y contrapesos y el órgano indicado para controlar no puede renegar de esta facultad y deber constitucionalmente establecidos para restituir el orden constitucional.<sup>56</sup> De esta manera, cuando la administración no cumple la sentencia —a más de violar el derecho de propiedad del particular y la garantía de tutela judicial efectiva— está extralimitando sus competencias constitucionales, pues ellas sólo le autorizan a actuar dentro del marco de la Constitución Nacional y la ley, es decir, está obrando fuera de sus competencias y allí es donde debe intervenir el Poder Judicial para restablecer el orden constitucional.

Oportunamente hemos dicho que “[l]a aplicación de la doctrina tradicional de la división de poderes y funciones estatales —que impone la igualdad cualitativa de los tres poderes—<sup>57</sup> a una realidad en la que los departamentos estadales se encuentran en constante desequilibrio con una fuerte preeminencia del Ejecutivo, implica no sólo el distanciamiento entre derecho, instituciones y realidad, sino que determina la ineficacia de los dos primeros. Así, el individuo no se siente identificado con las instituciones, normas y principios que lo rigen, ya que contemplan supuestos ideales pero omiten los fenómenos reales, que son justamente los que afectan su vida cotidiana.”<sup>58</sup> Por ello mismo “[a]l haber mutado las bases fácticas que otorgaban fundamento a la imagen tradicional de la división de poderes [...] se torna necesario construir nuevos mecanismos de control y equilibrio. Y eso sólo puede ser realizado por el Poder Judicial. En este punto, nuestra judicatura todavía tiene una deuda pendiente con la sociedad. La división de poderes no puede constituir el fundamento de su auto restricción.<sup>59</sup> Al contrario, la evidente

<sup>56</sup> Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Administración no puede entender sus poderes de forma que la faculden a la transgresión de las normas que la vinculan, pero el juez no puede tampoco entender sus funciones sino como un respaldo a la vinculación efectivas de esas normas, no como una posibilidad de sustituir, al margen por completo de esas normas y menos frente a ellas, la responsabilidad que el sistema jurídico, presidido por el orden constitucional, ha definido inequívocamente como propia del Poder ejecutivo y de cualquier otro poder público o administrativo. El único instrumento para que ese cuidadoso sistema de límites funcione es que los jueces contencioso-administrativos sean perfectos conocedores del Derecho público y de sus técnicas y no simplemente hombres con una vaga formación y animados de buena voluntad. Un déficit de formación —por desgracia, aún no infrecuente— lleva a los jueces al activismo irresponsable, a la confusión de poderes, a decidir los procesos por *slogans* políticos o por créditos excesivos dados al poder (créditos que la Ley no otorga), o por ocurrencias personales,” ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...” *op. cit.*, p. 9.

<sup>57</sup> Sobre este tema, ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. II-3 y ss.

<sup>58</sup> BONINA / DIANA, “La senda del derecho administrativo...”, *op. cit.*

<sup>59</sup> No desconocemos el rol institucional de la Corte Suprema y su necesidad de valorar políticamente sus sentencias y las consecuencias de las mismas (explicado por BIANCHI, ALBERTO, “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” *LL*, 1997-B, 994.) No nos caben dudas que la CSJN es la cabeza de uno de los poderes políticos del Estado y debe actuar como tal. Tampoco queremos omitir que nuestro Máximo Tribunal en su composición actual realiza grandes esfuerzos para reencauzar el desequilibrio real en la división de poderes [ver, por ejemplo, CSJN: *Intercorp S.R.L. y Hermitage S.A.* (sentencias dictadas en 15-VI-10), en materia tributaria; *Madorrán, Fallos*, 330:1989 (2007); *Ruiz* (15-05-07) y nota de DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Cuando el valor histórico puede más que la mera dogmática”, *LL*, 2007-C, 521; *Schiavone, Fallos*,

falta de equilibrio en la distribución de las funciones estatales en la práctica, hace necesario que sea el Poder Judicial quien vele por los derechos y garantías de los particulares,<sup>60</sup> de la manera más amplia necesaria, aun cuando ello se traduzca en la construcción de nuevos mecanismos de defensa del individuo frente al poder desmesurado del Ejecutivo, la pasividad del Legislativo y la incorporación de los grupos de poder económicos a esta dinámica.”<sup>61</sup>

### 5. *Los mandamientos de ejecución*

Otro punto que consideramos relevante para este análisis es el de los mandamientos de ejecución. En otros países se acepta sin problema ni cuestionamiento alguno que el Poder Judicial pueda dictar este tipo de órdenes contra la administración.

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

Consideramos que el tema de los mandamientos de ejecución es una de las claves en este problema. En el derecho comparado, aquellos países donde las *injuctions* le estuvieron vedadas o le fueron restringidas a los jueces, han tenido complicaciones en hacer cumplir sus sentencias.<sup>62</sup> Y por el contrario, en los países donde los jueces tienen plena facultad para emitir mandamientos de ejecución las sentencias se cumplen.<sup>63</sup>

332:1413 (2009); *Schnaiderman, Fallos*, 331:735 (2008); *Micheli, Fallos*, 332:2741 (2009); *Ramos* (6-IV-10) y *Sánchez* (6-IV-10), entre muchos otros, vinculados a empleo público y control del ejercicio de facultades discrecionales. En esta misma tendencia, no queremos omitir las soluciones de la Corte en las causas vinculadas a derechos humanos: *Simón, Fallos*, 328:2056 (2005); medio ambiente: *Mendoza, Fallos*, 329:2316; salud mental: *Tufano, Fallos*, 328:4832 (2005); *R., M. J., Fallos*, 331:211 (2008); libertad de expresión y manejo de publicidad oficial: *Editorial Río Negro, Fallos*, 330:3908 (2007); *Radiodifusora Pampeana, Fallos*, 331:2893 (2008); entre muchas otras, donde el Tribunal ha tenido un rol ordenador y tutelar frente a las omisiones de los otros poderes del Estado. No obstante tales esfuerzos, entendemos, que todavía resta mucho por hacer para reencauzar en forma óptima y eficaz el desequilibrio real en la división de funciones estatales, pero también y principalmente, para mejorar la salud institucional de nuestro país.

Vale destacar también, que todavía “[q]ueda un largo camino por recorrer, en materia de nulidad de disposiciones reglamentarias, de inconstitucionalidad de las leyes, de acciones declarativas de certeza e inconstitucionalidad, pero una puerta esperanzadora se ha abierto, pues como señalara Borges del soldado de Urbina, errante por España: «...Sin saber de qué música era dueño, atravesando el fondo de algún sueño, por él ya andaban don Quijote y Sancho»” (GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *LL*, 2009-B, 186; anotando la sentencia en el caso *Halabi, Fallos*, 332:111 -2009-).

<sup>60</sup> Ver, por ejemplo, los comentarios del Dr. RICARDO LORENZETTI, en cuanto afirmó que “el Poder Judicial tiene que poner límites a los otros poderes” ya que “no hay poderes ilimitados”, en *El Cronista Comercial*, edición del 01-06-2010, p. 7.

<sup>61</sup> BONINA / DIANA, “La senda del derecho administrativo...”, *op. cit.*

<sup>62</sup> Es el caso de España y Francia.

<sup>63</sup> Es lo que sucede en Estados Unidos y Alemania.

Siguiendo en esto a GARCÍA DE ENTERRÍA, entendemos que no existe en nuestro texto constitucional limitación alguna al *imperium* de los jueces para emitir mandamientos de ejecución y hacer cumplir sus sentencias, aún contra la administración.<sup>64</sup> No planteamos un activismo judicial irresponsable, pero los jueces deben asumir con plenitud las potestades que la Constitución les asigna en esta materia.<sup>65</sup> Sólo se aprende haciendo.

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

La emisión de *injuctions* no es menor,<sup>66</sup> y marca la diferencia entre los países donde la administración cumple y aquellos en los que no es así.

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

### 6. La responsabilidad del funcionario y las astreintes

La responsabilidad civil y penal del funcionario así como la posibilidad de que los jueces impongan astreintes no solucionan el problema de fondo: lograr un régimen claro, sencillo, rápido y que sea eficaz. Pues de qué vale la imposición de astreintes si el Estado luego no las abona y tampoco se puede ejecutar ni la sentencia ni las multas. Resulta mejor que la sentencia se cumpla o se haga cumplir en un plazo razonable y de manera sencilla, a que su cumplimiento se prorrogue por años y durante este tiempo se apliquen multas. Es que, irónicamente, mientras más abultada sea la suma a pagar, mayores complicaciones encontrará el particular para cobrar. Por ello, resulta más efectivo que el juez pueda hacer cumplir la sentencia en un plazo razonable y no adicionar multas que luego serán consolidadas por cualquier tipo de argumentación que permita el sistema vigente.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados constitucionales...,” *op. cit.*

<sup>65</sup> Advértase que estos problemas nos retrotraen a la época en que a la Nación sólo se la podía llevar ante los estrados judiciales cuando actuaba como una persona de derecho privado. Son dogmas que nunca mueren...

<sup>66</sup> Sobre esto hace especial referencia el informe del Consejo de Estado francés citado *ut supra*, nota 4, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La transformación del contencioso-administrativo francés:...,” en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 201 y ss.

<sup>67</sup> Entiéndasenos: El sistema hoy admite ciertas argumentaciones tan genéricas que permiten que el Estado no cumpla la sentencia, y que en caso de astreintes, tampoco las abone. Ergo, lo que hay que modificar es el régimen.

Respecto de la responsabilidad del funcionario,<sup>68</sup> creemos oportuno señalar que “la verdadera garantía de la ejecución de las sentencias no ha de lograrse tanto con la responsabilidad personal de los funcionarios como con la formación de una fuerte conciencia jurídica y la creación de una jurisprudencia administrativista correcta, sensata y coherente.”<sup>69</sup>

Queda, por último, la aplicación de las astreintes al funcionario, que puede llegar a ser una opción con mayor efectividad que las dos anteriores.<sup>70 71</sup> Pero ello no quita la necesidad de reformar la legislación sobre la materia a efectos de volverla más rápida, sencilla y eficaz.

### 7. Sobre el buen funcionamiento de las finanzas

“No es perjuicio el que la Administración deje de disponer de dinero que no le corresponde retener,” GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia...*, op. cit., p. 140.

Uno de los argumentos más utilizados para fundamentar la inembargabilidad de los fondos públicos y el carácter declarativo de las sentencias contra la Nación es que sin estos institutos se afectaría el buen funcionamiento de las finanzas y el principio de legalidad presupuestaria.

Según el cuadro que se muestra a continuación, podemos advertir de forma manifiesta que introducir como principio rector la embargabilidad de los fondos públicos no violenta la legalidad presupuestaria ni afecta el buen funcionamiento de las finanzas. Ello es así en virtud del sistema de compromiso de las cuotas presupuestarias. Sumado a ello, ahora el PEN puede realizar las modificaciones que considere necesarias durante la ejecución del presupuesto, con lo cual, de manera similar a lo que sucede en España, el principio de legalidad no sufre en ningún momento violación alguna.<sup>72</sup>

Como se muestra en el gráfico, el carácter declarativo de las sentencias condenatorias contra la Nación —y el argumento de la gravedad de la hacienda

<sup>68</sup> Vale enfatizar que el art. 1766 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN), en juego con el art. 1765 del mismo Proyecto, eliminan la responsabilidad estatal y la del funcionario, por lo menos hasta que se establezcan normas de derecho administrativo específicas para esta materia.

<sup>69</sup> Ver GAETANO, citado por DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 193, nota 42.

<sup>70</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “Hay jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152.

<sup>71</sup> Vale señalar que el art. 804 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto 191/2011 con las modificaciones introducidas por el PEN), elimina la aplicación de astreintes a los funcionarios públicos, derivando la aplicación de estas sanciones conminatorias, en estos casos, a las normas propias del derecho administrativo, lo cual genera un vacío legal pues todavía al día de la fecha en el régimen nacional no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo.

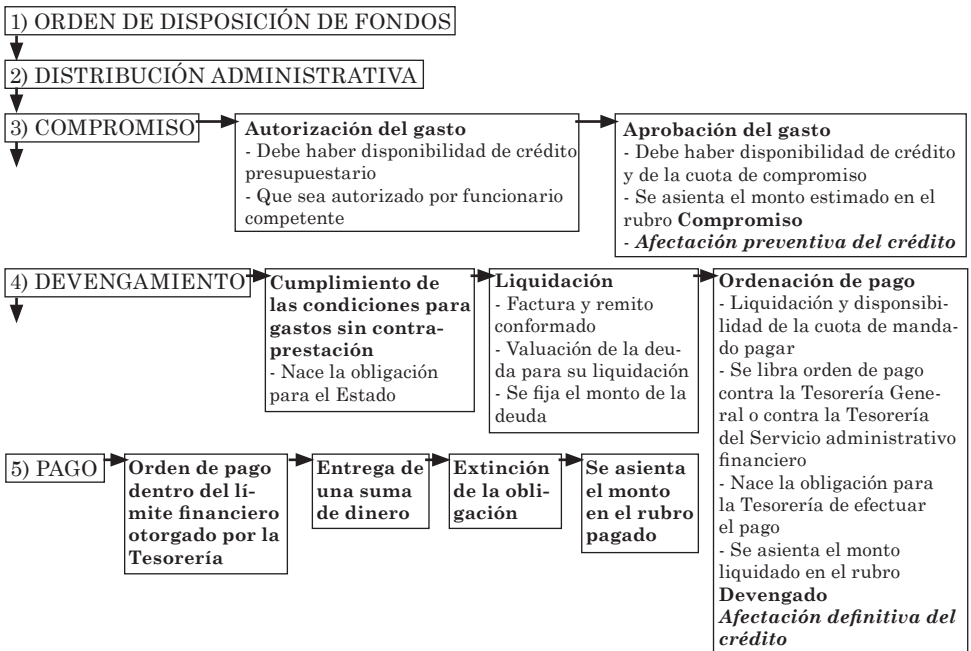
<sup>72</sup> Es lo que surge de los arts. 30 y 37 de la Ley 24.156, y de los arts. 30 y 37 del Reglamento de la Ley 24.156 aprobado por Decreto 1344/2007. Sólo quedan “reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto.” (art. 37 Ley 24. 156).

pública— es irrazonable e inconstitucional, ya que cuando una sentencia es notificada al órgano administrativo se inserta entre el paso [2] y [3], con lo cual, si no existen partidas suficientes para comprometer el crédito, el Estado debería notificarlo al magistrado y éste decidir en base a las constancias de autos.

Es decir, en un régimen con embargabilidad como principio, tal como planteamos, el magistrado dictaría sentencia condenatoria, la notificaría al Estado otorgándole un plazo de tres meses, por ejemplo. Si el crédito en cuestión afectase las finanzas públicas o si no existiesen partidas suficientes para comprometer dicho crédito, el Estado debería acreditarlo fehacientemente en el expediente, a fin de recalcular la fecha posible de pago.

Las arcas públicas y el buen funcionamiento de la Nación nunca se verían en peligro, ya que si el crédito se compromete contablemente, significa que existía la partida presupuestaria para hacer frente al mismo. Si en cambio, ellas no existen, nunca se procederá a comprometer el crédito respectivo.<sup>73</sup>

A mayor abundamiento, con la actual regulación del régimen (art. 37 Ley 24.156) el propio PEN puede modificar la finalidad de las partidas presupuestarias, con lo cual, siempre podría reorganizar las erogaciones a fin de mantener el



<sup>73</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ han criticado la excepción referida al grave trastorno de la hacienda pública prevista por el art. 106.4 L.J., GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, p. 648. En todo caso intentamos demostrar que el régimen actual resulta irrazonable porque administrándolo correctamente nunca se debería llegar a una situación de trastorno grave por cumplimentar una sentencia.

buen funcionamiento de la administración y cumplir a la vez con las sentencias y con el ordenamiento jurídico todo.

### 8. *Los dogmas y el orden constitucional: La gaya ciencia*

La situación actual evidencia una confusión sobre el eje de la discusión. Como dijimos en otra oportunidad<sup>74</sup> el eje del constitucionalismo moderno es el ámbito de libertad, de derechos; y la excepción es el poder estatal.<sup>75</sup> Somos nosotros mismos quienes debemos decidir por un derecho administrativo como técnica de gestión de la desigualdad o por un derecho administrativo como técnica de gestión de la igualdad y la libertad, con miras en coadyuvar la realización y autoafirmación de los hombres en comunidad. Todo lo demás será mero palabrerío, mera retórica que sólo constituye excusa y argumento para mantener el *statu quo inaequalitas*.

Por ello, la ejecución de sentencias debe concebirse como un mecanismo para la efectivización y materialización de esta realización y autodeterminación humana en libertad. Debe convertirse en un *mecanismo de garantía*. De allí que mal puede la administración pretender limitar *prima facie* la ejecutoriedad de las sentencias en su contra con argumentos dogmáticos, fundamentos genéricos, etc. Cambiar el eje de la discusión es fundamental para entender la finalidad de este régimen que, reiteramos, debe ser la garantía de los derechos.

Esta garantía tiene raigambre constitucional y supranacional. A más de la tutela judicial efectiva que desarrollamos *supra*, cabe señalar que el art. 17 de nuestra Constitución asegura la inviolabilidad de la propiedad privada que, según la interpretación de nuestro Máximo Tribunal está integrada por “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad.”<sup>76</sup>

De esta manera, cuando una sentencia condenatoria de dar sumas de dinero contra el Estado pasa en autoridad de cosa juzgada,<sup>77</sup> “constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario del pronunciamiento, y del cual no

<sup>74</sup> BONINA, NICOLÁS, “Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen. A modo de juego metodológico,” *LL*, 2005-B, 842, “el constitucionalismo nace con la idea de someter el gobierno a la ley. Esta génesis evoluciona hasta nuestros días modificando el paradigma: antes los derechos eran *otorgados* por el monarca, hoy los derechos *preexisten* a la constitución del Estado moderno. De esto se concluye que en el constitucionalismo actual los derechos constituyen el eje principal y la organización política sirve para la garantía y protección de estos derechos.”

<sup>75</sup> “El derecho administrativo es derecho constitucional y política, es lucha contra el poder — cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar,” GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1., Cap. I, p. 6.

<sup>76</sup> CSJN, *Fallos*, 145:307, *Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal*, 16-XII-1925.

<sup>77</sup> El concepto de cosa juzgada ha sido definido como “*la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla*,” y así “Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia” que comprende la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la *coercibilidad*, ampliar en COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. (póstuma), 1997, p. 399 y ss.

puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad.”<sup>78</sup> Y ello es así pues dicho crédito constituye un *derecho adquirido* del particular.

### 9. *El criterio a seguir*

Resulta paradigmática la facilidad con que importamos a nuestro país las enfermedades del derecho comparado, pero no así los remedios. La tendencia en este tema persigue asegurar la tutela judicial efectiva, establecer trámites más rápidos y enfatizar los poderes de los magistrados para lograr el cabal cumplimiento de la sentencia ante una administración recalcitrante.

En “[e]l derecho norteamericano no parece plantearse el tema del cumplimiento de la sentencia” ya que, superada la barrera de la inmunidad soberana, “se da por sentado que el juez al sentenciar puede dirigir órdenes a la Administración.”<sup>79</sup>

Tanto el derecho francés como el español han tenido problemas en este tema. En ambos países se ha efectuado una profunda reforma de sus regímenes contenciosos-administrativos.<sup>80</sup> En Francia se incrementaron los poderes de los magistrados otorgándole la facultad de imponer *astreintes* y emitir *injonctions d'exécution*.<sup>81</sup> España se enrola en esta misma postura —luego de la Constitución de 1978, la Ley de Jurisdicción (LJ) de 1998 y una intensa actividad del Tribunal Constitucional (TC)—, con un sistema de créditos presupuestarios ampliables y modificaciones presupuestarias de carácter administrativo similar al nuestro (art. 106 LJ).<sup>82</sup>

<sup>78</sup> PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 508.

<sup>79</sup> MAIRAL, “La evolución...,” *op. cit.*; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 470-71.

<sup>80</sup> Ver para Francia, de LAUBADÈRE, ANDRÉ / VENEZIA, JEAN CLAUDE / GAUDEME YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 15ª ed., 1999, p. 482 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma;” del mismo autor, “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas,” y “La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias,” todos en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, pp. 79-103, pp. 163-174 y pp. 201-235, respectivamente; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “La reforma del contencioso administrativo francés,” *LL*, 1988-C, 852. Para España ver GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los postulados...,” *op. cit.*; “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración,” en *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, pp. 105-148, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 6ª ed., 1999, p. 639 y ss.

<sup>81</sup> Ampliar en LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 486. Para las reformas de 1980 y 1987; ver TAWIL, “La reforma del contencioso administrativo francés,” *op. cit.*; y también GARCÍA DE ENTERRÍA en los trabajos citados en nota 64.

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso...*, *op. cit.*, p. 646 y ss.

En Alemania<sup>83</sup> el régimen es rápido<sup>84</sup> y existe una clara conciencia por parte de la administración en lo referente a cumplir sólo mediante coerción.<sup>85</sup> En este ordenamiento “se parte de la base de que los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y realización.”<sup>86</sup> Esta regla tiene dos excepciones: a) Aquellos bienes que sean imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas y b) aquellos respecto de los cuales su realización contraría un interés público. Como se ha señalado, “en todo caso, la inembargabilidad de un determinado bien corresponde pronunciarla al Tribunal, quien ha de conocer de ella a través de un incidente de ejecución en el que necesariamente ha de oír previamente al funcionario o, en su caso, al Ministro competente, sin que las alegaciones de la Administración puedan vincular la resolución del Tribunal.”<sup>87</sup>

A pesar de esta tendencia internacional hacia el incremento de los poderes de los magistrados para ejecutar la sentencia, para lograr que este proceso sea más rápido y efectivo, en nuestro medio, seguimos haciendo las cosas al revés. No sólo no seguimos los modelos de las legislaciones más avanzadas sobre el punto, sino que además reafirmamos infatigablemente los dogmas del pasado. Y esto no es todo, con la sanción de la Ley 25.973<sup>88</sup> se extendió el régimen de inembargabilidad genérica de los fondos y valores públicos a todas las provincias.<sup>89</sup>

#### 10. *La voluntad de poder: Algunas opciones para el proceso de ejecución de sentencias*<sup>90</sup>

De conformidad con el *background* teórico desarrollado en este trabajo, consideramos como una alternativa adecuada la siguiente:

<sup>83</sup> Ver GIMENO SENDRA, “Alternativas a la disfuncionalidad...” *op. cit.*; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993; BLANKE, HERMANN-JOSEPH, “El patrimonio financiero como bien público ejecutable en el derecho alemán,” en *Série Cadernos do CEJ*, 23, p. 434, gratuitamente en [www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo19.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo19.pdf).

<sup>84</sup> Desde que se anuncia la ejecución a la administración, se le ofrece un plazo de dos semanas a un mes para que cumpla voluntariamente, vencido el cual el tribunal decide el modo de hacerla efectiva.

<sup>85</sup> “...lo [sic] hace daño a la reputación del Estado y a la confianza de la publicidad en la Administración, si una autoridad satisface una sentencia judicial sólo por coerción,” argumentación del gobierno alemán en BT-Drs. III/55, p. 49, citado por BLANKE, *op. cit.*, p. 439.

<sup>86</sup> GIMENO SENDRA, “Alternativas a la disfuncionalidad...” *op. cit.*

<sup>87</sup> GIMENO SENDRA, *op. loc. cit.*

<sup>88</sup> B.O., 31-XII-04, ADLA 2005 - A, 42, cuyo art. 1º establece: “Declárase aplicable en beneficio de las provincias, los municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a los fondos públicos que le pertenecen, el régimen de inembargabilidad establecido por los artículos 19 y 20 de la ley 24.624 y sus normas complementarias, o las que en el futuro las sustituyan.”

<sup>89</sup> A la fecha, según información de [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), se han adherido: Chubut: Ley 5354 (LXV-D, 4235) - Chaco: Ley 5590 (B.O. 05/09/2005) - Córdoba: Ley 9504 (LXVIII-D, 3486) - San Luis: Ley VIII-0674-2009 (B.O. 30/09/2009) - Misiones: Ley 4315 (LXVI-D, 4303).

<sup>90</sup> Entre otras propuestas que se han ofrecido, MAIRAL sostiene que el privilegio del art. 7º de la Ley 3952 no debe mantenerse en términos tan absolutos, y que “sería más compatible con las garantías constitucionales disponer, sencillamente, que la sentencia condenatoria contra la Nación



El magistrado, al dictar sentencia contra la Nación, deberá fijar el plazo para su cumplimiento, el que no debería ser superior a tres meses.<sup>91</sup> Además, debería establecer un plazo no mayor a un mes, para que en caso de imposibilidad de pago el órgano administrativo acreditara tal circunstancia.

Si, vencido el plazo, el Estado no cumpliera con la sentencia abonando lo debido y tampoco acreditara la imposibilidad de cumplimiento, quedará expedita la vía ejecutiva, con la sola excepción del embargo de bienes que se utilicen para el mantenimiento o cumplimiento de las funciones públicas esenciales<sup>92</sup> o aquellos cuya realización contradiga un interés público.<sup>93</sup>

Si el Estado alegara imposibilidad de pago durante el primer mes, debería acreditarla mediante un informe detallado (no genérico), en base a *i*) las partidas presupuestarias asignadas al órgano demandado y la afectación de las mismas (con lo que el magistrado podrá decidir si están afectadas a servicios públicos o fines esenciales); *ii*) el destino que se les dio hasta ese momento; *iii*) si ese destino fue el previsto originariamente o no; *iv*) el destino que se les dará a las partidas pendientes de ejecución; *v*) cuentas bancarias<sup>94</sup> y bienes muebles y *vi*) un listado de prelación de los acreedores de dicho órgano, con mención de nombre y apellido o razón social, monto y causa del crédito.<sup>95</sup> A su vez, debería efectuar una estimación de cuándo podrá abonar la sentencia en cuestión.<sup>96</sup>

El magistrado, en base a este informe, decidirá si hace lugar a la excepción y prorroga el plazo de cumplimiento, o si, en cambio, confirma el término originario, vencido el cual, quedará expedita la vía ejecutiva. Adviértase que el magistrado no podrá juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del destino de las partidas presupuestarias pero en cambio sí podrá—y deberá— decidir si el destino otorgado o a otorgar está en relación a un servicio público o finalidad esencial del Estado. Si no fuere así, podrá embargar esos bienes.

fijara el plazo en que ella debe cumplirse en atención a las circunstancias del caso,” MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 913.

<sup>91</sup> Este plazo es un disparador que resulta del análisis efectuado en este trabajo, pero que no deja de ser arbitrario.

<sup>92</sup> Es decir, aquellos bienes que “de subastarse pusieran en peligro el suministro de la población o el funcionamiento de la Administración,” GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 317. Se incluirían en este ítem los bienes que se afecten a servicios públicos y remuneraciones estatales. Obviamente, el Estado deberá probarlo concretamente.

<sup>93</sup> Como colecciones u objetos de arte, archivos, instalaciones deportivas, parques, etc., ampliar en GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 317.

<sup>94</sup> Según el art. 78, inciso V, apartado 5.1. del Reglamento de la Ley 24.156 aprobado por Decreto 1344/2007, titulado “Registro de Cuentas Oficiales”, “La TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN mantendrá una base de datos denominada Registro de Cuentas Oficiales, que contendrá la información indicada en el punto 7.2. incisos a) hasta g) **en la que se incluirán las cuentas bancarias autorizadas y/o informadas por los organismos del Sector Público Nacional.**” (el énfasis nos pertenece).

<sup>95</sup> Este listado de prelación debería ser publicado y actualizado, al menos trimestralmente, por cada órgano administrativo, para que los particulares conozcan cuál es su situación.

<sup>96</sup> Propuesta que no será vinculante para el juez si de las constancias del informe y del caso surge que el Estado puede cumplir.

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

En todo caso, es hora de decir, junto a ZARATUSTRA, que *el paradigma vigente ha muerto*. O en otros términos: el paradigma vigente debe ser suplantado por otro que garantice la tutela judicial *efectiva, rápida y sencilla*.

Es hora de declamar que ha llegado el tiempo en el que derrotemos al paradigma de la desigualdad y transformemos al derecho administrativo –y a nuestras instituciones jurídicas y políticas– en una técnica de gestión de la igualdad, cuya finalidad sea la realización, autodeterminación y libertad de los hombres en comunidad.

Se trata de transformar todos los valores<sup>97</sup> que subyacen en nuestras concepciones e ideologías más arraigadas.

No es fácil. Lo sabemos. Es un proceso lento y progresivo, un proceso *humano, demasiado humano*, pero vale la pena intentarlo...

<sup>97</sup> Es uno de los conceptos clave de la filosofía de NIETZSCHE, junto con el nihilismo y la muerte de Dios, la voluntad de poder, el eterno retorno y el superhombre.