

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN URUGUAYO

Por Augusto Durán Martínez

PALABRAS CLAVE. Dignidad de la persona humana. Derechos humanos. Derecho a la tutela judicial efectiva. Medidas cautelares. Suspensión de los efectos del acto administrativo.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. III. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. Introducción

1. *La batalla por las medidas cautelares*, según expresión ya impuesta gracias a GARCÍA DE ENTERRÍA, ha sido ardua en todo el mundo. El modelo autoritario derivado de la Revolución Francesa significó un escollo duro de remontar.

2. No obstante, a medida que fueron imponiéndose las ideas del *neoconstitucionalismo*, movimiento europeo originado luego de la Segunda Guerra Mundial, la cosa fue cambiando.

3. La primera y principal medida cautelar admitida fue la suspensión de los efectos del acto administrativo. En un comienzo, los requisitos para disponer tal medida en vía jurisdiccional fueron muy estrictos, en vir-

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

tud de su carácter excepcional. Luego esos requisitos se flexibilizaron. Posteriormente las medidas se ampliaron, para finalmente admitirse todas aquellas que el juez considere necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia. En efecto, de fórmulas taxativas se pasó a fórmulas abiertas, tanto en cuanto al tipo de medidas como al momento procesal para su solicitud, y se flexibilizaron los requisitos para su adopción.

4. El Estado Constitucional de Derecho se basa en la dignidad de la persona humana. Así lo reconocen expresamente varias constituciones de la posguerra como la italiana, la alemana y la española.¹ Los derechos humanos pasan a ocupar así el centro del ordenamiento jurídico.

5. Entre esos derechos humanos interesa el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido genéricamente en forma implícita a veces y otras veces expresamente, como en el artículo 24 de la Constitución española, y en diversos instrumentos internacionales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47) o el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 25).

6. El artículo 24 de la Constitución española ya citado provocó una importantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha precisado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Y al hacerlo abordó el tema de las medidas cautelares. En tal sentido consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativos (sentencia 115/1987, de 7 de julio) y consideró que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo

¹ Los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana dicen: “Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social. Artículo 3. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.- Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.” El artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn dice: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.” El artículo 10 de la Constitución española dice: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.- 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia 238/1992, de 17 de setiembre).²

Esa adecuada jurisprudencia provocó el pertinente cambio legislativo. En efecto, el artículo 129.1, de la ley N° 29/1998, de 13 de julio de 1998 (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), estableció: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”

En la Exposición de Motivos de esta ley el capítulo sobre medidas cautelares se funda de la siguiente manera: “De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años han llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce

² Martín Rebollo, L., *Leyes Administrativas*. 14ª edición. Thomson-aranzadi. Pamplona, septiembre 2008, p. 128 y pp. 1313 y 1314.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas ‘inaudita parte debitoris’ –con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada–, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho.”³

7. Hoy, la más moderna y prestigiosa doctrina –y no solo la española– no pone en duda que la tutela judicial efectiva es un derecho humano y que las medidas cautelares forman parte de él.⁴

De ahí la tan positiva evolución que han tenido las medidas cautelares en el contencioso administrativo en aquellos países que pretenden un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Lamentablemente esa evolución no ha llegado en los hechos a nuestro país, pese a que el marco jurídico lo permite o, por lo menos, permite soluciones mucho más garantistas que las que se aplican.

2, Suspensión de los efectos del acto administrativo

1. Salvo algún amparo concedido en el período inmediatamente previo

³ Martín Rebollo, L., *Leyes Administrativas ...*, p. 1247.

⁴ González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Cuadernos Civitas. Madrid, 1989, pp. 256 y ss.; García De Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. CIVITAS. Madrid, 2000, pp. 285 y ss.; Galera Rodrigo, S., *Sistema europeo de Justicia Administrativa*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Dykinson S. L. Madrid, 2005, pp. 131 y ss.; Cassagne, J.C./ Perrino, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 322 y ss.; García Pullés, F.R., *Tratado de lo contencioso administrativo*. Hamurabi. Buenos Aires, 2004, t. 2, pp. 797 y ss.; Aberastury, P., *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, pp. 329 y ss.; Sacristán, E.B., *Medidas cautelares y recurso extraordinario*, en Cassagne J.C., (Director) *Amparo, Medidas Cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa*. Lexis Nexis./UCA Buenos Aires, 2007, p. 385; Hernández-mendible, V.R., “Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U., Montevideo, 2007, N° 30, pp. 155 y ss.; Cajarville Peluffo, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, pp. 665 y ss.; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares frente a la Administración”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 63.

a su regulación legal por parte de la ley N° 16.011, de 19 de diciembre de 1989, la única medida cautelar aceptada por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado con la acción de nulidad.

2. La doctrina, en lo que refiere a la posibilidad de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo suspenda los efectos de un acto administrativo, fue variando con el tiempo. En efecto, de una posición negativa se pasó gradualmente a una positiva.

Sayagués Laso se planteó la posibilidad de la suspensión de la ejecución del acto durante la tramitación de una acción de nulidad. Su opinión fue categórica: “Ante la ausencia de texto legal, no cabe duda sobre la respuesta negativa.” Y agregó: “Es discutible si la ley puede establecer esa facultad para los casos graves y susceptibles de ocasionar perjuicios irreparables, tal como se permite en otros países.” Basó sus afirmaciones en el texto del artículo 310 de la Constitución en cuanto dice que el Tribunal “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.”⁵

Real se inclinó por la posibilidad de otorgar por ley, al Tribunal, la facultad de suspender la ejecución del acto administrativo.⁶ Estimó que el legislador, en ejercicio de la competencia interpretativa que le asigna el numeral 20 del artículo 85 de la Constitución, podía decidir si la facultad de suspender, provisionalmente, como medida cautelar, el acto administrativo recurrido, era compatible con la competencia constitucional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Consideró que estrictamente esta es una cuestión no prevista por el constituyente porque el artículo 310, en cuanto dispone que el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo sin reformarlo, regula solamente el contenido de la sentencia definitiva.⁷ La suspensión de la ejecución del acto administrativo se dispone por una sentencia interlocutoria, por lo que no estaría comprendida en el citado artículo 310 de la Constitución.

⁵ Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo Martins, F.C.U., Montevideo, 1998, t. II, p. 498..

⁶ Real, A.r., “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, 1963, N° 1, p. 140

⁷ Real, A.r., “La acción de amparo ...”, loc. cit., pp. 141 y ss.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Giorgi adhirió expresamente a esta opinión de REAL.⁸ Y a mayor abundamiento expresó: “La suspensión de la ejecución de los actos administrativos por los órganos de la justicia, es un instituto de amparo, de carácter preventivo, contra la actuación arbitraria o antijurídica de la Administración. Se funda en la necesidad de hacer realmente efectivos los derechos de los particulares, muchas veces lesionados de manera irreparable cuando llega tardíamente el pronunciamiento jurisdiccional. Tocqueville señalaba el hecho: en Francia, el reino de la Ley está proclamado, pero la arbitrariedad se refugia en su aplicación.”⁹

También Biasco consideró que la suspensión de la ejecución del acto administrativo es una especie del género amparo¹⁰ y se preocupó, además, por encontrar fundamentos supralegales a este instituto, tanto en instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos), como de Derecho interno (artículos 7, 10, 72 y 332 de la Constitución).¹¹

3. El artículo 347 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, introdujo la posibilidad de la suspensión de la ejecución del acto administrativo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Este artículo expresó: “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 esta fuere susceptible de causar un perjuicio grave o irreparable en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.”

La jurisprudencia fue excesivamente restringida.¹² El Tribunal rechazó

⁸ Giorgi, H., “La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos” en Giorgi, H. *Escritos jurídicos*, F.C.U., Montevideo, 1976, pp. 162 y ss.

⁹ Giorgi, H., “La competencia ...”, loc. cit., p. 164.

¹⁰ Biasco Marino, E., *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 1997, p.55.

¹¹ Biasco Marino, E., *La suspensión ...*, pp. 49 y ss.

¹² Ver Frugone Schiavone, H., “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, octubre-noviembre 1987, N° 21, pp. 181 y ss.

la gran mayoría de las solicitudes al entender que todo daño puede ser reparado en dinero y que el Estado siempre es solvente.

El Tribunal ha incurrido en un doble error. No todo daño es reparable en dinero y no es verdad que el Estado siempre sea solvente. Respecto a esto último cabe decir que ello es un mito que ya ha caído.

Con acierto FATA ha expresado:

“Es necesario señalar que no compartimos el criterio invocado por el Tribunal respecto a que el Estado tiene aptitud bastante para cubrir cualquier eventual reparatoria patrimonial y por ello no hace lugar a la suspensión de la ejecución.

De acuerdo a una noción de lo que es y debe ser la Justicia, la protección jurisdiccional debe hacerse preventivamente y a ello tiende la suspensión de la ejecución del acto.

Si ha de esperarse que el daño se verifique y que la lesión al orden jurídico se perfeccione para que recién proceda la función tuitiva del órgano jurisdiccional, entonces se habría alcanzado un muy pobre resultado.

Rechazamos por tanto la consideración referida a que los perjuicios de orden patrimonial como son siempre susceptibles de ser reparados, no constituyen base adecuada para obtener la suspensión del acto, ya que por aplicación de este principio rarísimas veces habría perjuicios irreparables cuando el demandado fuere el Estado, como ha sucedido con nuestra jurisprudencia.”¹³

Por eso, como bien dijo Frugone Schiavone, el sistema previsto por la ley, que había despertado tantas esperanzas, defraudó.¹⁴

4. El artículo 347 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, fue derogado expresamente por el artículo 109 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984. El instituto en estudio pasó entonces a ser regulado por el artículo 30 del decreto-ley citado.

¹³ Fata Moreira, R., “Suspensión de la ejecución del acto administrativo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, abril-mayo, 1988, N° 24, p. 371.

¹⁴ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., p. 185.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

El nuevo texto expresó: “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 esta fuera susceptible de causar un perjuicio grave, o de difícil reparación, o irreparable, en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.”

Como se percibe, este artículo 30 siguió los lineamientos de la ley derogada y prácticamente se limitó a agregar la expresión “o de difícil reparación”. El legislador no pretendió al respecto innovaciones del sistema aunque sí ampliar los casos de las suspensiones.¹⁵

El agregado legislativo no produjo los efectos esperados. La jurisprudencia siguió siendo muy rígida.

Ante esto, Frugone Schiavone comentó:

“Torello formuló uno de los primeros comentarios al nuevo texto.

Llevado por su formulación técnica, radicalizó la dimensión cautelar del instituto, concibiéndolo exclusivamente como *medida cautelar específica* con relación a las genéricamente previstas en nuestra legislación (art. 62 de la ley 13.355; arts. 253, 828 y ss. del C.P.C., etc.), lo que si bien es instrumentalmente cierto, materialmente lo desgaja de su eminente origen.

Interpretación que luego seguirá fielmente el Tribunal actual, marcando con exclusivo tinte procesal la diferencia entre este instituto y el recurso de amparo.

En cuanto a los requisitos de fondo, señala Torello que ‘las expresiones legales refieren a hipótesis en que la modificación de la situación por otra de la ejecución del acto reclamado es de *imposible repriminación e irresarcible*, o, en grado menor, de *difícil reparación o respriminable 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.*’

¹⁵ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., pp. 187 y ss.

Verdadera *interpretación ‘cerrojo’*, que endurecía aún más la aplicación del texto, quitándole toda flexibilidad.”¹⁶

5. La ley N° 15.869, por su artículo 13, derogó expresamente el artículo 30 del decreto-ley N° 15.524 y da nueva regulación al tema por sus artículos 2 y 3.¹⁷

Estos artículos establecen:

“Artículo 2.- 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 pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.

Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.

Artículo 3.- Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla.

¹⁶ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., p. 188.

¹⁷ Debe tenerse en cuenta además la incidencia en el tema del artículo 10 de la ley N° 15.869. Por tratarse de una cuestión estrictamente procesal, no trato ahora el tema y me remito a lo expresado en mi trabajo “Modificaciones a la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Durán Martínez, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*, Montevideo, 1999, pp. 181 y ss.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Si la parte demandada no evacua el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto-ley N° 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos.

En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer.”

6. De los artículos 2 y 3 de la ley N° 15.869 transcritos se desprende que la suspensión jurisdiccional de la ejecución o de los efectos de un acto administrativo puede disponerse a petición de parte o de oficio.

Del régimen vigente, lo que nos interesa ahora resaltar es que:

- a) la suspensión, cuando es a petición de parte, debe solicitarse en la demanda;
- b) puede disponerse la suspensión:
 - b') siempre que la ejecución del acto fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiese ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado. Y se aclara expresamente que la posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión;
 - b'') si a juicio del Tribunal el acto impugnado aparece inicialmente como manifiestamente ilegal. Se aclara expresamente que la decisión del Tribunal no importará prejuzgamiento.¹⁸

Hay pues dos posibilidades previstas para la suspensión: la señalada en el literal b' o la indicada en el b''). La ley, pues, acoge dos criterios pa-

¹⁸ Durán Martínez, A., *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, pp. 317 y ss.

ra la suspensión. “Ambos criterios pueden aplicarse simultáneamente o de manera independiente, pues no son excluyentes entre sí.”¹⁹

7. La fórmula legal indicada en el literal b) b’) introduce la llamada teoría del balance. En realidad, estaba ya en ciernes en el pensamiento de GIORGI,²⁰ y fue recogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en, por lo menos, dos sentencias, la N° 432, de 3 de diciembre de 1986 y la N° 3, de 4 de febrero de 1987 con anterioridad a la ley vigente.²¹

Esta solución fue doctrinariamente cuestionada en cuanto legalizaba la teoría del balance entre el daño del particular y el de la Administración.²² Muy gráficamente Esteva Gallicchio comentó: “no se requiere ser muy zahorí para intuir que excepcionalmente el platillo de la balanza en que se coloquen los daños graves del administrado pesará más que el restante, dada la redacción del art. 2.”²³

La redacción de la ley no es afortunada. Cajarville Peluffo procuró, con acierto, una interpretación acorde con los principios que rigen la actuación administrativa. En tal sentido expresó: “Cuando alude al ‘funcionamiento del órgano involucrado’, debe entenderse que se está refiriendo a la *actividad* de la Administración, y por ende que el daño que ese ‘funcionamiento’ sufriría con la ‘suspensión de la ejecución’ del acto consistiría en la imposibilidad en que por esa suspensión se encontraría de tutelar los intereses en atención a los cuales le fue conferida la concreta potestad ejercida al dictar el acto de que se trate. Lo que el Tribunal debe ‘balancear’ con los daños que sufriría el actor por los efectos del acto, son los daños que los intereses que la Administración debió tener en cuenta al dictarlo sufrirían con su suspensión, y por ende el daño que se causaría a la actividad –‘funcionamiento’– administrativa al impedirle tutelar esos intereses en atención a los cuales se confirió el poder ejercido.”²⁴

¹⁹ Giorgi, H., “Sobre la suspensión de ejecución de acto impugnado ante el TCA”, en *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, año 1995, N° 7, p. 158.

²⁰ Giorgi, H., “La competencia ...”, loc. cit., pp. 167 y ss.

²¹ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 697.

²² Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma del Contencioso Administrativo por la ley 15.869 ¿subsiste el instituto de la suspensión de la ejecución del acto impugnado?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, octubre-noviembre 1987, N° 21, pp. 188 y ss.

²³ Esteva Gallicchio, E., “Modificaciones al Decreto-Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, junio-setiembre 1987, N° 19-20, p. 137.

²⁴ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 698.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Torello, por su parte, tuvo una visión más positiva sobre estos textos e indicó que fueron proyectados con la idea de aumentar las facultades del Tribunal posibilitando la suspensión fuera de la mera hipótesis de daño de imposible reparación y se previó incluso la posibilidad de suspender la ejecución de actos en caso de ilegalidad manifiesta. Opinó que el nuevo texto posibilita al Tribunal a acceder a solicitudes que con la anterior regulación no hubiera sido posible admitir.²⁵

Las críticas efectuadas por Esteva Gallicchio y Frugone Schiavone fueron correctas. Debemos reconocer que luego de la ley N° 15.869 la jurisprudencia administrativa en la materia fue algo más amplia y se suspendió la ejecución de actos administrativos con mayor frecuencia que antes, aunque siguió primando un criterio excesivamente restringido.

8. La otra causal de suspensión prevista en la ley vigente es la de la llamada *ilegalidad manifiesta*

Para que opere esta causal se requiere: a) que el acto sea *ilegal*; b) que esa ilegalidad sea *manifiesta*; c) que ello aparezca *inicialmente*.

Corresponde en primer término, entonces, determinar el sentido del término *ilegal* empleado en esta norma.

Cajarville Peluffo ha entendido que el término ilegal debe tomarse en su sentido literal, es decir como contrario a la ley²⁶

Por mi parte, he tomado el término *ilegal* en un sentido más amplio, comprendiendo a toda hipótesis de ilegitimidad. He sostenido que las causales para disponer la suspensión por razones de legalidad son las mismas que para anular el acto.²⁷ En el mismo sentido se expidió Delpiazzo, quien expresó que la expresión *ilegal* que emplea el artículo 2 de la ley en análisis “no debe interpretarse restrictivamente como contrario a la ley únicamente, sino en sentido amplio, como equivalente a ilegítimo”.²⁸

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal

²⁵ Torello, L.a. “Contralor jurisdiccional de la Administración” en V.V.A.A., *Evolución Constitucional del Uruguay*, Ucdal, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, p. 206.

²⁶ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 704 y ss.

²⁷ Durán Martínez, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2007, vol. V, pp. 383 y ss.

²⁸ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales del control*, F.C.U., Montevideo, 2001, p. 68.

de lo Contencioso Administrativo utiliza el término *legalidad*, derivado de *ley* (artículo 95 del decreto-ley N° 15.594) no en su sentido literal sino en el amplio, como sinónimo de ilegitimidad, incluyendo cualquiera de las causales de nulidad. No veo entonces la razón para asignar un sentido restringido al término *ilegal* cuando se trata de disponer una suspensión. El contexto legislativo me hace tomar los términos derivados de *ley* en su sentido amplio.

Eso nos lleva al estudio de las causales de nulidad.

Como es notorio, nuestro contencioso administrativo de anulación se inspiró en el francés.

Tradicionalmente se han clasificado en Francia las causales de nulidad en:

- a) incompetencia;
- b) vicio de forma o de procedimiento;
- c) violación de la regla de derecho, dentro de la cual se incluye no solamente la violación directa –negativa o positiva– de la ley sino también la violación del espíritu de la ley, la falsa interpretación o errónea aplicación de la regla de derecho, así como ausencia de motivos o error de hecho o de derecho en los motivos;
- d) desviación de poder.²⁹

Nuestra Constitución menciona las causales de nulidad en el artículo 309 y en el 311. En el 309 refiere a la violación de la regla de derecho y a la desviación de poder. En el 311 alude a los actos contrarios a la buena administración.

El literal a) del artículo 23 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, define la regla de derecho como “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. Con este concepto tan amplio de regla de derecho resultan de recibo plenamente

²⁹ Odent, R., *Contentieux Administratif*. Institut d'Études Politiques de Paris, Paris, 1970-1971, fascicule 5, pp. 1274 y ss.; Durán Martínez, A., *Contencioso ...*, pp. 547 y ss.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

todas las causales de nulidad desarrolladas en el contencioso administrativo francés.³⁰ Es más, en virtud de esa amplitud, he entendido que la desviación de poder y los actos contrarios a la buena administración están comprendidos en la violación de la regla de derecho.³¹

La expresión *ilegal* que figura en el artículo 2 de la ley N° 15.869 a los efectos de la suspensión de la ejecución del acto administrativo comprende así cualquiera de las causales de nulidad indicadas, es decir, incluye la incompetencia, vicios de forma o procedimiento, violación de la regla de derecho de fondo, desviación de poder y actos contrarios a la buena administración.

Como se ha dicho, a los efectos de la suspensión no basta la mera ilegalidad sino que esa ilegalidad debe ser manifiesta. “*Manifestamente ilegal*”, dice la norma.

El diccionario de la Real Academia Española define *manifestamente* como “con claridad y evidencia, descubiertamente”.³²

Delpiazzo entendió que la ilegitimidad es manifiesta “cuando resulta clara, evidente, inequívoca, grosera”.³³ Y al respecto cita la sentencia N° 291 de 26 de diciembre de 1984 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en cuanto entiende que el giro *manifestamente ilegal* “alude conceptualmente a lo patente, descubierto, claro, vale decir, que la ilegalidad del acto... debe extraerse fuera de toda duda razonable, imponerse de modo transparente, evidente, neto”.³⁴ También en la sentencia N° 620/99, el Tribunal se expidió en términos parecidos. Allí se alude para referirse a la ilegalidad manifiesta a la ostensible, patente, equivalente e incuestionable ilegalidad del acto.³⁵

Como se percibe, el sentido natural y obvio del término y el sentido técnico coinciden. Esa ilegitimidad se descubre a veces con la sola lectura del acto: es el caso de ausencia de motivación o de motivación

³⁰ Durán Martínez, A., *Contencioso ...*, pp. 285 y ss.

³¹ Durán Martínez, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2005, vol. IV, pp. 80 y ss.

³² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 2002, tomo II, p. 1437.

³³ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 68.

³⁴ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 68.

³⁵ Gutiérrez, A., “Diez años de Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre suspensión de la ejecución

insuficiente. Otras veces no basta para descubrir la ilegitimidad la sola lectura del acto, es preciso cotejarlo con la norma presuntamente violada o reparar en la secuencia del procedimiento o en la observación de la realidad. Pero aun en estos casos la ilegalidad puede ser manifiesta como, por ejemplo, si el acto administrativo viola groseramente una regla de derecho, o se advierte claramente que no se dio vista de las actuaciones. O no se produjo un informe preceptivo, o es notorio que los hechos que sirvieron de fundamento al acto no existieron o son ilegítimos. En todos estos casos hay que hacer una operación intelectual aparte de la mera lectura del acto, pero en todos estos casos, entre gente entendida en Derecho, se puede admitir sin esfuerzo que la ilegitimidad es manifiesta.

Naturalmente que esa ilegitimidad debe ser manifiesta no a los ojos de un hombre común sino a los ojos de un juzgador, es decir de una persona que tenga la formación que debe tener un Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Resta por último precisar el sentido del término “*inicialmente*” que figura en el tercer inciso del artículo 2 de la ley N° 15.869.

Dicho inciso dice textualmente así: “Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifestamente ilegal”.

La expresión *inicialmente*, a mi entender, refiere al comienzo mismo del juicio. “*In limine litis*”, dice acertadamente Gutiérrez.³⁶ El Tribunal debe apreciar esa manifiesta ilegalidad con la sola lectura de la demanda y contestación con los documentos de prueba aportados en esa oportunidad, sin requerir otras instancias probatorias.

Conforme a lo expuesto, para que proceda la suspensión de los efectos del acto en virtud de la causal indicada en el tercer inciso del artículo 2 de la ley N° 15.869, es preciso que:

- a) exista alguna de las causales de nulidad recogidas por nuestra Constitución;

³⁶ Gutiérrez, A., “Diez años ...”, loc. cit., p.171.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

- b) esa causal de nulidad aparezca en forma clara, patente o evidente;
- c) la claridad de esa ilegitimidad se aprecie al comienzo mismo del juicio con la sola lectura de la demanda y contestación y documentos agregados con estos escritos.

Esta nueva causal significó un avance en nuestra legislación. Lamentablemente ha sido solo un progreso en la letra, puesto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se muestra muy reticente para disponer una suspensión por esta causal.

9. Como se ha dicho, la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto debe solicitarse en la demanda. Cabe plantearse así la posibilidad de su planteamiento en la demanda anticipada conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 9 de la ley N° 15.869.

Desde hace años he sostenido que por esta vía se puede plantear la solicitud de suspensión jurisdiccional de un acto administrativo.

En este caso no se puede dar trámite a la acción de nulidad porque la Constitución no lo permite, pero ni la Constitución ni la ley impide que se tramite el incidente de suspensión de ejecución del acto impugnado. La ley, desde este punto de vista (art. 2 de la ley N° 15.869), exige que tal solicitud se plantee en la demanda de nulidad, cosa que en el caso se da.

El artículo 319 de la Constitución impide la acción de nulidad si previamente no se agotó la vía administrativa. En consecuencia, es lógico que ante una demanda anticipada la ley prevea la suspensión de los procedimientos hasta que se cumpla con el indicado requisito. Pero la Constitución nada dice con relación al incidente de suspensión de la ejecución del acto; por tanto, sin perjuicio de la paralización transitoria del juicio principal, procede la tramitación del incidente planteado, por cuerda separada, *cumpliendo* lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la ley N° 15.869.

En el mismo sentido opinó Delpiazzo. Analizando el punto escribió:

“... sería muy buena cosa que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitiera -ya que la suspensión debe pedirse conjun-

tamente 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, pero sí podrá tramitar la suspensión de la ejecución jurisdiccional.³⁷

Esta posibilidad de solicitar la suspensión con la demanda anticipada, que fue admitida en alguna sentencia en el ámbito del Poder Judicial,³⁸ no ha sido admitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.³⁹ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reiterado esta jurisprudencia en reciente sentencia, la N° 100, de 8 de abril de 2008.⁴⁰

Esta jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo lleva en los hechos a una denegatoria de justicia. Véase que si se plantea la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto por vía de una acción de amparo ante el Poder Judicial, es muy probable que el Juez la rechace —como ha ocurrido—⁴¹ alegando que existe la posibilidad de plantear la suspensión de la ejecución del acto en la vía jurisdiccional ante el TCA por la vía de una demanda anticipada; pero como el TCA no le da trámite a la solicitud de suspensión hasta que se agote la vía administrativa, el acto se ejecutará mucho antes de que el Tribunal analice la posibilidad de su suspensión.

10. Cabe plantearse la posibilidad de solicitar la suspensión de un acto cuyos efectos se encuentran ya suspendidos. Esto puede ocurrir

³⁷ Delpiazzi C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 62.

³⁸ Viera, L. A., y otros, *Ley de amparo*, Ediciones IDEA, Montevideo, 1993, p. 145.

³⁹ Durán Martínez, A., *Casos ...*, vol. IV, pp. 252 y ss.

⁴⁰ Revista de Derecho Público, F.C.U., Montevideo, 2008, N° 34, pp. 275. Esta sentencia es particularmente infeliz, no solo en lo que refiere al tema específicamente tratado sino, porque no ha advertido que las citas doctrinarias a que alude son anteriores al momento en que se tomó conciencia acerca del neoconstitucionalismo y del significado de la tutela judicial efectiva y porque parece ignorar todos los esfuerzos efectuados por Cajarville Peluffo, expresamente citado, precisamente en el tema de las medidas cautelares en el contencioso anulatorio.

⁴¹ Viera, L.A. y otros, ob. cit., pp. 145 y ss.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

porque a veces la ley establece el efecto suspensivo de los recursos; otras veces, aunque esto no sea impuesto por la ley, la Administración puede disponer la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto impugnado.

Cajarville Peluffo, al estudiar la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo, dijo que “aquí la suspensión refiere a un acto que estaba produciendo sus efectos, era ejecutable y pudo ser ejecutado, total o parcialmente.”⁴² Y enseguida, en una nota al pie de página aclaró “salvo hipótesis excepcionales en que la suspensión de la ejecución, dispuesta en tal caso por la propia Administración, fuera contemporánea con el perfeccionamiento del acto, o que la posterior suspensión de la ejecución, administrativa o jurisdiccional, ocurriera con anterioridad al cumplimiento del plazo o la condición a que los efectos del acto estuvieran sometidos.”⁴³

Lo expresado por Cajarville Peluffo es correctísimo. En principio, esa suspensión jurisdiccional se dispone respecto de un acto que está produciendo efectos, pero en casos excepcionales se dispone sobre un acto que tiene sus efectos suspendidos.

El sentido de la suspensión jurisdiccional de los efectos de un acto cuyos efectos se encuentran suspendidos radica en que la Administración, en algunos casos, en cualquier momento puede levantar el efecto suspensivo y ejecutar el acto. La suspensión jurisdiccional en estos casos impide que la Administración efectúe ese levantamiento del efecto suspensivo.

Véase que, si luego de presentada la demanda, la Administración levanta el efecto suspensivo, el actor queda sin posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto en vía jurisdiccional. De este modo no queda otra alternativa que plantearla en la demanda, aunque el acto impugnado tenga sus efectos suspendidos, a fin de salvaguardar enteramente sus derechos.⁴⁴

11. La sentencia que dispone la suspensión es de naturaleza constituti-

⁴² Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 708.

⁴³ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 708, nota 143.

⁴⁴ Durán Martínez, A., *Casos ...*, vol. III, pp. 363 y ss.

va, ya que modifica la situación jurídica preexistente aunque en forma provisoria y sujeta al contenido de la sentencia definitiva que recaiga en la acción de nulidad.⁴⁵

La eficacia temporal de esta sentencia difiere según la causal en que se haya fundado. Si se dispone en aplicación de la *teoría del balance*, estima Cajarville Peluffo que sus efectos en principio son solo para el futuro.⁴⁶ No obstante, considero que si así se pide en la demanda y si lo permiten las condiciones de fondo, puede asignarse a esa sentencia efecto retroactivo. Si la sentencia se funda por aparecer el acto impugnado como manifiestamente ilegal, su contenido declarativo es similar al de la sentencia definitiva anulatoria, con la única diferencia de que la primera es transitoria o provisional y la segunda es definitiva.⁴⁷ De manera que en este último caso la suspensión dispuesta tiene efecto retroactivo.

3. Otras medidas cautelares

1. Por cierto que la suspensión de los efectos del acto es una medida a menudo insuficiente para asegurar la eficacia de la sentencia. Y más insuficiente lo es debido a la injustificada jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al excesivo tiempo que insume el procedimiento de suspensión. Por eso, la más moderna doctrina ha impulsado la adopción de otras medidas cautelares, como existen en los países más avanzados.⁴⁸

Es más, los Profesores Cajarville Peluffo y Delpiazzo redactaron un proyecto de ley en junio del año 2000, a solicitud del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por el que además de la suspensión de los efectos del acto se le facultaba para “disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los artículos 311 a 317 del Código General del Proceso.”⁴⁹ El Tribunal aceptó la propuesta pero nunca fue considerada por el Poder Legislativo.

⁴⁵ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 709 y ss.

⁴⁶ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 711 y ss.

⁴⁷ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 714 y ss.

⁴⁸ Cajarville Peluffo, J.P., “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en *Cajarville Peluffo, J.P., Sobre Derecho ...*, t. II, pp. 629 y ss; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 74 y ss.

⁴⁹ Cajarville Peluffo, J.P., “Visión actual ...”, en *Cajarville Peluffo, J.P., Sobre Derecho ...*, t. II, pp. 629 y 630; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 75.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

También los citados Profesores redactaron un proyecto de reforma constitucional a pedido del Colegio de Abogados del Uruguay, por el que se adicionaba al artículo 310 de la Constitución un párrafo por el que se facultaba “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.”⁵⁰ El Colegio de Abogados hizo suyo el proyecto pero la cosa no pasó de ahí.

2. Los esfuerzos de Cajarville Peluffo y Delpiazzo son plenamente compartibles y las soluciones propuestas por ellos plenamente adecuadas. Pero estimo que básicamente esas soluciones pueden perfectamente aplicarse en la actualidad, aunque los proyectos de los ilustres colegas no hayan tenido andamio.

3. A mi juicio esas medidas proceden aun sin texto expreso que las contemple.

Adviértase que, como se ha visto, nadie discute hoy en día la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Nadie discute tampoco que ese derecho es un derecho inherente a la personalidad humana, por lo que es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.⁵¹ Ese derecho a la tutela judicial efectiva es recogido expresamente por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley de la República, por lo que es derecho positivo vigente en nuestro país. Y véase que hoy, pacíficamente, se admite que las medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de las sentencias, derivan del derecho a la tutela judicial efectiva. Esas medidas cautelares, pues, son potestades implícitas que todo juez tiene para asegurar el contenido esencial de la tutela judicial efectiva. El artículo 310 de la Constitución refiere al contenido de la sentencia definitiva pero no impide al Tribunal la adopción de todas las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias o las cautelares destinadas a asegurar su cumplimiento.

Naturalmente que esas medidas tienen que estar relacionadas con el

⁵⁰ Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 75

⁵¹ El artículo 72 dice: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”

contenido posible de la sentencia, pues están finalizadas a asegurar la eficacia de la sentencia.

Así como al Tribunal Constitucional español le bastó el artículo 24 de su Constitución para admitir con gran amplitud las medidas cautelares en el ámbito del contencioso administrativo, a nosotros nos basta con el artículo 72 de nuestra Constitución, lo que se refuerza con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Es más, nos basta con la sola consideración de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, por lo que es anterior y superior a la propia Constitución.

No existe así ningún obstáculo para que en el estado actual de nuestro Derecho, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga medidas cautelares con la amplitud con que son recibidas en el Derecho Procesal contemporáneo.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reconocer que existen textos legislativos vigentes aplicables al contencioso administrativo anulatorio seguido ante el TCA, en la línea de los propuestos por Cajarville Peluffo y Delpiazzo.

El proceso administrativo anulatorio se rige en principio por el decreto-ley N° 15.524 y modificativas, entre las que destaco ahora las leyes N° 15.869 y N° 17.292.

El decreto-ley N° 15.524, en su PARTE SEGUNDA denominada “Ordenamiento procesal”, Título II, denominado “Del Procedimiento Jurisdiccional en materia anulatoria”, tiene un Capítulo III, cuyo *nomen juris* es “El Desarrollo del procedimiento anulatorio”.

Ese Capítulo III comienza con un artículo 58 que establece: “El procedimiento será escrito y se observarán las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario.”

Luego, en los artículos 59 y siguientes, el decreto-ley regula determinados aspectos del proceso de manera diversa del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en lo que a este tema interesa, corresponde tener en cuenta el artículo 104 del citado decreto-ley que establece: “En todos los

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

puntos no regulados expresamente por esta ley, se estará a lo dispuesto en la Ley de Organización de los Tribunales, Código de Procedimiento Civil y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas.”

Conforme a lo expuesto, al momento de la vigencia del decreto-ley N° 15.524, el proceso anulatorio se rige por el C.P.C., salvo lo dispuesto expresamente por ese decreto-ley en los artículos 59 y ss.

Por otro lado, el art. 104, que no refiere solo al proceso anulatorio sino a todos los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, torna aplicable la Ley de Organización de los Tribunales, el C.P.C. y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas (Ley de Abreviación de Juicios, por ejemplo), en aquellos puntos no regulados expresamente por el decreto-ley N° 15.524.

Hasta ese momento no existieron dudas. Las dudas aparecieron con la vigencia del Código General del Proceso.

El C.G.P. en su artículo 544.1 establece:

“Derógase el Código de Procedimiento Civil, sus modificaciones y todas las disposiciones legales que establecen procedimientos diversos a los previstos en este Código.”

Ese artículo es el primero del Título XI, cuyo *nomen juris* es “derogaciones y observancias de este código.”

Pero el artículo 545, cuyo *nomen juris* es “excepciones”, dice: “Tramitarán por los procedimientos establecidos en las leyes especiales pertinentes: ...a)

...b) ...c) Los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Decreto-ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984)...”

Con la vigencia del nuevo código, la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo sostuvo la derogación del C.P.C. aun para el proceso administrativo. Sostuvo que la referencia que el artículo 104 del decreto-ley N° 15.524 efectúa a las normas concordantes, com-

plementarias y modificativas del C.P.C. torna aplicable el C.G.P. a los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por ser el nuevo código derogatorio y, por tanto, modificativo del C.P.C. O sea, para la Procuraduría del Estado el proceso anulatorio se rige por el decreto-ley N° 15.524 y, en lo no previsto por este, por el C.G.P.

A mi juicio, si bien el artículo 544 del C.G.P. deroga el C.P.C., el artículo 545, literal c, del C.G.P. lo torna aplicable para los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si bien ese artículo 545, literal c, entre paréntesis refiere al decreto-ley N° 15.524 y no al C.P.C., el artículo 58 de ese decreto-ley – como se ha visto– hace aplicables al proceso anulatorio las normas del C.P.C. previstas para el juicio ordinario. Eso hace que la mención que el literal c del artículo 545 del C.G.P. efectúa al decreto-ley N° 15.524 no solo signifique la aplicación del propio decreto-ley sino también del C.P.C., que es la norma a la cual el CPC se remite. La referencia que el artículo 104 efectúa a las leyes concordantes, complementarias y modificativas comprende leyes como la de abreviación de juicios pero no el C.G.P., pues significa alterar totalmente la estructura del proceso.

El C.G.P. prevé un juicio por audiencias; el C.P.C., un proceso escrito. El C.G.P., con el literal c del artículo 545, pretendió que los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo continuaran en régimen escrito y no por audiencias.

Se da pues en este caso, y con relación al C.P.C., el fenómeno que TARIGO denomina de supervivencia de normas genéricamente derogadas pero que subsisten para determinados procesos en particular.⁵²

Las normas del C.G.P. podrían tener aplicación en la acción de nulidad, en subsidio del C.P.C. y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del proceso anulatorio.

Dicho de otra manera, el proceso administrativo de anulación se rige por el decreto-ley N° 15.524 y sus modificativas y por el C.P.C. y sus mo-

⁵² Tarigo, E.E., *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 36.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

dificativas en lo que no fueren incompatibles con las primeras. En los puntos no regulados por las normas antedichas, podría tener aplicación en subsidio el C.G.P. “en lo que sea conciliable con las características propias del proceso contencioso administrativo”, como dijo el Tribunal en la sentencia N° 183, de 16 de julio de 1991.

Si sostenemos para estos procesos la vigencia del Código de Procedimiento Civil, corresponde la aplicación de su Título VIII (artículos 828 y siguientes) que refiere a los secuestros y embargos preventivos. Pero también corresponde la aplicación del artículo 62 de la ley N° 13.355, de 17 de agosto de 1965 (Ley de Abreviación de Juicios) que establece:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VIII, Parte Segunda, del Código de Procedimiento Civil, 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.

La existencia del derecho y el peligro de su lesión o frustración se justificarán sumariamente.

El Juez fijará la extensión de la medida y exigirá la previa prestación de garantía real o personal, salvo que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

La resolución que recaiga será apelable en relación y con solo efecto devolutivo cuando hiciera lugar a la medida solicitada.

Cuando estas medidas se adopten antes de la iniciación del juicio, quedarán sujetas al régimen establecido en el artículo 841 del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas previstas en este artículo no serán aplicables contra el Estado o personas jurídicas de Derecho Público.”

Como se percibe, este artículo habilita a adoptar genéricamente todas las medidas cautelares que sea necesario para la protección de un derecho y fija como requisitos los clásicos *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* además de la contracautela, a menudo también exigida en la normativa procesal contemporánea.

Es cierto que este artículo, por su inciso final, vedaba la aplicación de esas medidas cautelares contra el Estado o en general contra las personas jurídicas de Derecho Público.

Pero, como se ha visto, esa disposición es incompatible con la tutela judicial efectiva, derecho humano de los comprendidos genéricamente en el artículo 72 de la Constitución.

Por tanto, así como el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucionales las leyes que prohibían la adopción de medidas cautelares contra la Administración por ser incompatibles con la tutela judicial efectiva,⁵³ debe considerarse inconstitucional este inciso final del artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios en análisis, dictada durante la vigencia de la Constitución de 1952.

Y como la Constitución de 1967 reprodujo textualmente y con el mismo número el artículo 72 de la Constitución de 1952, la nueva Carta derogó el inciso final del citado artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios. Se trata de una derogación por oposición superveniente.

A mayor abundamiento, se puede decir que ese inciso final del aludido artículo 62 resulta también incompatible con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que recoge expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que también corresponde sostener su derogación por ese motivo.

Si, por el contrario, si se sostiene —como lo ha sostenido la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo— que procede la aplicación del Código General del Proceso, pues a su juicio este derogó al C.P.C. y por ende a la L.A.J., y el C.G.P. es así una de las normas *modificativas* a que refiere el artículo 104 del decreto-ley N° 15.524, corresponde la aplicación de los artículos 311 a 317 de este último Código.⁵⁴

⁵³ Martín Rebollo, L., *Leyes administrativas ...*, p. 128.

⁵⁴ TÍTULO II. PROCESO CAUTELAR. Capítulo I. Disposiciones generales.- Artículo 311. Universalidad de la aplicación.- 311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario.- 311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.- 311.3 Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Art. 312 Procedencia.- Podrán adoptarse las medidas cautelares 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.- La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.

Art. 313.- Facultades del Tribunal.- En todo caso corresponde al Tribunal: 1) Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; 2) Establecer su alcance; 3) Establecer el término de su duración; 4) Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes; 5) Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.

Capítulo II. Procedimiento.- Artículo 314. Requisitos de la petición.- 314.1 Será competente para entender en la medida cautelar, si la misma fuere solicitada como diligencia preliminar, el tribunal que lo es para entender en el proceso posterior.- Si el tribunal se considerare incompetente, deberá rechazar de plano su intervención. Sin embargo, la medida ordenada por un tribunal incompetente será válida si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se prorrogará la competencia, debiendo remitirse las actuaciones, no bien sea requerido o no bien se ponga de manifiesto la incompetencia no prorrogable, al tribunal que sea competente.- 314.2. La petición deberá contener: 1) La precisa determinación de la medida y de su alcance. 2) El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos. 3) La contracautela que se ofrece.- 314.3 Realizado el diligenciamiento de la información sumaria o, si lo considera necesario, en su primera providencia, el tribunal resolverá el rechazo o la admisión de la medida, con expresión de su alcance y demás características a que refiere el artículo 313.

Art. 315.- Recursos.- 315.1 La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.- 315.2 Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplidas. En todos los casos, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste al cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el tribunal estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta.- 315.3 La providencia que admita o deniegue una medida cautelar será recurrible mediante reposición y apelación; también lo será toda otra providencia modificativa de la medida.- La providencia que decrete una medida o disponga su sustitución por otra será apelable sin efecto suspensivo.

Art. 316. Medidas específicas.- 316.1 El tribunal podrá 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 312).- 316.2 La resolución que disponga una intervención necesariamente fijará su plazo, el que podrá ser prorrogado mediante la justificación sumaria de su necesidad y las facultades del interventor, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiéndose, en lo posible, procurar la continuación de la explotación intervenida. El tribunal fijará, así mismo, la retribución del interventor, la cual, si fuere mensual, no podrá exceder de la que percibiere, en su caso, un gerente con funciones de administrador en la empresa intervenida; se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por el patrimonio intervenido y se imputará a la que se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto a la parte que deba soportar su pago.

Art. 317.- Medidas provisionales y anticipadas.- 317.1 Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.- 317.2 Como medida provisional o anticipada podrá disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, se encontraren sometidos a cualquier me-

O sea, en este caso procede aplicar las mismas medidas y el mismo régimen que Cajarville Peluffo y Delpiazzo pretendieron aplicar a texto expreso con su proyecto.

Como, según opinión ya emitida en cuanto a la ley procesal aplicable para la acción de nulidad,⁵⁵ procede aplicar la solución del C.P.C. y de la L.A.J., salvo el último inciso del artículo 62 en virtud de la derogación ya señalada, solo en subsidio de esta normativa se aplica el C.G.P.

De todas maneras, como no existen diferencias esenciales entre un régimen y otro, no analizo las diferencias. En efecto, sin perjuicio del mayor rigor técnico del C.G.P., debe reconocerse que ambos sistemas son amplios en cuanto a las medidas, las potestades del juez para fijar la extensión de la medida y la oportunidad procesal para solicitarla, y son similares los requisitos exigidos.

4. En virtud de lo expuesto cabe señalar que si no se adoptan otras medidas cautelares en el marco del contencioso administrativo de anulación no es porque no se pueda, sino porque no se quiere. Es preciso, pues, abrir la mente y pensar más en los derechos humanos que en las prerrogativas de la Administración.

didca cautelar, cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.- En estos casos, el tribunal podrá, a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.- 317.3 Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316.

⁵⁵ Durán Martínez, A., *Contencioso* ..., pp. 307 y ss.