

JURISPRUDENCIA COMENTADA

SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL

Notas a propósito de dos casos concretos

*Rodrigo Díaz Inverso**

1. INTRODUCCIÓN

Es tradicionalmente aceptado que los actos administrativos son ejecutorios, esto es, que una vez que han sido dictados por la Administración, devienen obligatorios para los administrados, reconociéndoseles eficacia jurídica inmediata.

En consecuencia, es importante que el ordenamiento jurídico provea a las personas herramientas eficaces para defender sus derechos en caso que la actividad del Estado que se manifieste a través de actos administrativos, les cause perjuicios.

Es también sabido que, en nuestro derecho, la solución de principio es que los recursos administrativos no suspenden la ejecución del acto impugnado.

Sin perjuicio de ello, y para intentar conciliar los intereses de la Administración con las debidas garantías de los administrados, el régimen vigente ha consagrado la posibilidad de suspender la ejecución del acto administrativo tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional. A continuación, realizaremos comentarios sobre ambos institutos a partir de dos casos concretos—que poco tienen en común en cuanto al fondo del asunto—en los cuales la propia Administración y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) hicieron lugar a la petición de suspender la ejecución de actos administrativos.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Correo electrónico: rodrigodiazinverso@hotmail.com

** Abreviaciones: Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU), Autorización Ambiental Previa (AAP).

2. SUSPENSIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA

2.1. Caso

El 10 de mayo de 2011 la Comisión para la Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante la “CPDC”) dictó la resolución N° 44/011¹ en virtud de la cual instruyó con carácter obligatorio al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay a derogar sus respectivos aranceles profesionales, por considerar que los mismos constituían actos ilegítimos bajo la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia N° 18.159. La resolución fue oportunamente recurrida por las tres gremiales de profesionales.

La vía administrativa se agotó en forma ficta, ya que el jerarca correspondiente no resolvió expresamente los recursos interpuestos. A posteriori, la Asociación de Escribanos del Uruguay (en adelante “AEU”) dedujo pretensión anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a efectos de obtener la declaración de nulidad de la resolución de la CPDC.²

Una vez que el TCA confirió traslado de la demanda al Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante el “MEF”), actuando en ejercicio de atribuciones delegadas por el Poder Ejecutivo, dictó una resolución³ en virtud de la cual dispuso —en aplicación del artículo 150 del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991— la suspensión del acto administrativo dictado por la CPDC.

2.2. Notas a la resolución del MEF

En primer lugar, sorprende la escueta motivación del acto administrativo que dispuso la suspensión en la ejecución del acto.

A favor de la Administración podría argumentarse que probablemente los fundamentos de esta resolución que suspende los efectos del acto anterior se encuentran en el expediente (por ejemplo, el informe de la Asesoría Jurídica que expresamente se cita en la resolución). En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el TCA admite que la fundamentación del acto administrativo no necesariamente debe surgir del propio acto sino que puede emerger del procedimiento previo que llevó a su dictado.⁴

Sin embargo, si nos atenemos a nuestro derecho positivo, nos parece que la fundamentación debe surgir del propio acto y no de las actuaciones previas⁵.

¹ Disponible en:

http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/20110517_Resolucion_49_Servicios_Profesionales.pdf
Fecha de consulta: 18/10/2012.

² Según información recabada de los sitios web de las otras dos gremiales, éstas habrían seguido el mismo camino. Sin perjuicio de ello, tomamos el caso concreto de la Asociación de Escribanos por ser respecto a la cual se dictó la suspensión en vía administrativa que aquí se analizará.

³ Disponible en:

<http://www2.ccea.com.uy/Colegio/LinkClick.aspx?fileticket=tjOIKg6IVRs%3D&tabid=65>. Fecha de consulta: 18/10/2011

⁴ Esa ha sido su jurisprudencia constante. A modo de ejemplo, y para citar un caso reciente, sentencia N° 164/012 de 08 de mayo de 2012 y jurisprudencia allí citada. Base de datos CADE.

⁵ Artículo 123 y 124 del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991: “*Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan*” y “*Todo acto administrativo debe constar de una parte expositiva y una dispositiva. La parte dispositiva debe*

Pasando específicamente al instituto de la suspensión en sede administrativa, conviene recordar que la misma está regulada en el artículo 150 del Decreto N° 500/991 en los siguientes términos:

“Fuera de los casos preceptivamente fijados por la ley, en los recursos administrativos interpuestos ante la Administración, ésta podrá, a petición de parte interesada o de oficio, disponer la suspensión transitoria, total o parcial, del acto impugnado, siempre que la misma fuera susceptible de irrogar a la parte recurrente daños graves y que de la mencionada suspensión no se siga perturbación grave a los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero.”

Con respecto a este artículo calificada doctrina⁶ ha dicho que presenta una diferencia importante con el artículo 2 de la Ley N° 15.869 (suspensión en sede jurisdiccional) y que está dada por el hecho de que la ejecución debe causar daño grave al recurrente, y la eventual suspensión no debe perturbar gravemente los intereses generales o los derechos fundamentales de terceros. Es decir que deben darse los tres requisitos en forma conjunta⁷: (a) daño grave al recurrente; (b) no perturbación grave de los intereses generales y (c) no perturbación grave de los derechos de terceros. No hay entonces un balance entre intereses o derechos contrapuestos que deba ponderar la Administración, a diferencia de lo que veremos más adelante al analizar la suspensión en sede jurisdiccional.

Pues bien, a pesar de la ausencia de fundamentación que surja del propio acto dictado por el MEF, intentaremos determinar si se dieron los requisitos que exige la norma para que la Administración suspenda los efectos de un acto administrativo, a saber:

a) en el caso concreto, ¿la ejecución del acto le provocaría un daño grave a la AEU?;

b) y si se suspendiera la ejecución del acto administrativo que instruyó a las asociaciones profesionales a derogar sus aranceles, ¿se verían afectados los intereses generales de forma grave o se provocaría un daño al derecho fundamental de un tercero?

Pues bien, para contestar estas preguntas (en especial las del literal b) debemos partir del derecho de fondo, es decir la Ley N° 18.159, cuyo artículo 1 declara que tiene por objeto *“fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”*. En el caso concreto, los sujetos tutelados son entonces los consumidores de servicios profesionales.

Entonces, ¿con la suspensión se provoca lesión al derecho de los consumidores a acceder al mercado de servicios profesionales sin un arancel gremial que fije mínimos de honorarios? Si es así, aun cuando existieran daños para la AEU, la suspensión le estaría vedada a la Administración ya que no se cumpliría con uno de los requisitos (no dañar el derecho de terceros).

Y bien, la respuesta parecería ser afirmativa; si los consumidores son el objeto de la tutela legal, y los aranceles profesionales resultan restrictivos de la competencia (según

contener: (...) 2) Uno o varios “Considerandos” en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida.”

⁶ Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Recursos Administrativos*. 4ª Ed. Montevideo. FCU. 2008, p. 207. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Montevideo. FCU. 2007, p. 195.

⁷ Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, id. *ibid.*

surge de los estudios técnicos realizados por la CPDC y que constituyen los antecedentes y fundamentos de la misma)⁸, y por tanto perjudican a los consumidores, parecería que éstos sufrirían un daño grave en caso que el acto fuera suspendido en su ejecución, en tanto no podrían gozar de los beneficios de un mercado competitivo como les garantiza la Ley N° 18.159 en términos amplios. Y entonces, aun cuando la asociación gremial en cuestión pudiera también sufrir un daño grave por la ejecución del acto, la Administración no estaría facultada por el artículo 150 a suspender la misma porque:

a) se perturba gravemente el interés general, ya que de conformidad con la Ley N° 18.159 la existencia de competencia en los mercados de bienes y servicios es de interés general. Cabe recordar con DURÁN MARTÍNEZ⁹ que la perturbación grave al interés general se presenta como un concepto jurídico indeterminado, escapando del ámbito de discrecionalidad de la Administración. Por tanto, siendo la competencia efectiva en los mercados una cuestión trascendente para el legislador, al punto de aprobar una extensa regulación y prever duras sanciones administrativas para quienes restrinjan la competencia injustificadamente, suspender el acto administrativo pudo provocar un perjuicio grave a dicho interés general, declarado tal por el legislador, amparando una práctica anticompetitiva de la asociación gremial de los escribanos. Por otro lado, el acto que dispuso la suspensión estaría otorgando una dispensa temporal a la recurrente, en cuanto al cumplimiento de la legislación en cuestión, perjudicando el interés general consagrado por la ley;

b) se podría entender que se dañó un derecho fundamental de terceros, ya que los consumidores siguen sujetos a la existencia de aranceles profesionales que restringen la competencia en el mercado de servicios notariales, sin que se traslade a ellos ninguna ganancia de eficiencia. Como enseña CAJARVILLE PELUFFO, la Ley N° 18.159 admite restricciones en la competencia sólo en tanto se traslade un beneficio a los consumidores y cuando, a su vez, ello no pueda lograrse por otros medios.¹⁰ Sin embargo, los consumidores son olímpicamente ignorados en la resolución del MEF¹¹, a pesar de ser los sujetos tutelados por la norma legal. Por tanto, si la libre competencia es un derecho de todos los consumidores, en todos los mercados, excepto las excepciones legalmente previstas, la suspensión de la instrucción dictada por la CPDC a la AEU a efectos de derogar su arancel estaría vulnerado ese derecho de todos los consumidores a la libre competencia.

Por lo anterior, entendemos que la suspensión dispuesta por la Administración fue contraria al artículo 150 del Decreto N° 500/991, por violentar el interés general y por violar el derecho de los consumidores a acceder a un mercado de servicios profesionales competitivo, sin que se traslade a los mismos por las prácticas anticompetitivas ningún beneficio.

Finalmente, y sin perjuicio de lo antedicho en cuanto a que no se acreditaron los requisitos del artículo 150, entendemos que se puede llevar un paso más el análisis y

⁸ Disponibles en http://www.mef.gub.uy/competencia_informes.php. Fecha de consulta: 18/10/2012.

⁹ *Op. cit.* p. 195-196

¹⁰ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. "Defensa de la competencia y régimen jurídico de Derecho Público. Reflexiones sobre monopolios, exclusividades, inembargabilidad y prerrogativas exorbitantes". En DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Nuevos Aspectos de las Relaciones Administrativas*. Montevideo. FCU. 2011. p. 176.

¹¹ Quizá esto se vincula al problema que plantea la legitimación de los usuarios y consumidores en la Ley N° 18.159. Ver sobre este punto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. "Defensa de la competencia...". *op. cit.* p. 178.

determinar si verdaderamente el MEF tenía la potestad de suspender la ejecución del acto administrativo. Pasamos a explicar este punto.

Siguiendo nuevamente al Prof. CAJARVILLE PELUFFO¹², es posible sostener que el artículo 150 del Decreto N° 500/991 debe ser interpretado bajo ciertos condicionamientos, a saber:

- a) si existe otra disposición legal o reglamentaria que autoriza a la Administración a otorgar efecto suspensivo al recurso, el artículo 150 deviene en esos casos, irrelevante;
- b) si, por disposición constitucional o legal la situación creada por el acto administrativo no tolera ser suspendida, entonces el artículo 150 no puede otorgarle la potestad suspensiva a la Administración pues lo vedan normas de superior rango;
- c) si normas reglamentarias vedaban la suspensión, entonces el artículo 150 crea a favor de la Administración la potestad de suspender la ejecución del acto.

La Ley N° 18.159 no otorga a la Administración la potestad de suspender la ejecución del acto ante la interposición de recursos administrativos, por lo que no nos encontramos en la hipótesis *a* (previsión legal o constitucional expresa).

Entendemos en cambio, que la Resolución de la CPDC podría ser clasificada en la hipótesis *b*. En efecto, la Ley N° 18.159 mandata a la Comisión a impedir todos los actos que pudieren resultar contrarios a la competencia efectiva en los mercados, salvo excepción legal expresa. En consecuencia, dicho órgano no tenía discrecionalidad al resolver el punto; constatada la práctica anticompetitiva (fijación de aranceles a los servicios profesionales por entidades gremiales), y no habiéndose constatado ganancias de eficiencia que se trasladen a los consumidores, debía adoptar una resolución (sí tenía discrecionalidad en cuanto al contenido de la misma; por ejemplo, pudo haber sancionado a pesar que no lo hizo). Y adoptada dicha resolución, creó en favor de los sujetos tutelados (los consumidores de servicios profesionales) un derecho a no ser sometidos a aranceles fijados por las asociaciones gremiales para la prestación de los servicios; en realidad ese derecho ya les estaba consagrado por la ley, y en todo caso, lo que la CPDC hizo mediante el dictado del acto fue garantizar su aplicación en los hechos¹³.

En síntesis, habiéndose garantizado un derecho en favor de los consumidores en función de la norma de fondo (Ley N° 18.159, creadora de ese derecho) y ante la inexistencia de norma legal habilitante, se podría sostener que la Administración no se encontraba legalmente facultada para disponer la suspensión en sede administrativa del acto impugnado, independientemente de que se dieran o no los requisitos del artículo 150.

¹² *Recursos Administrativos. op. cit.* p. 206-207.

¹³ Conviene aquí tener en cuenta las siguientes reflexiones: “Desde el punto de vista dogmático, el acto administrativo responde a la necesidad de concretar la norma a uno de los supuestos de hecho previstos por ella ya que, como observó Aristóteles, la Ley no puede cubrir la infinitud de los supuestos singulares. (...) Entre la norma y sus destinatarios se interpone la Administración. (...) lo normal es que los derechos y deberes, que encuentran sus fundamentos en una norma, exijan una concreción de ésta, “una modalización singular” respecto a circunstancias singulares”. MEILÁN GIL, José Luis. “El acto administrativo como categoría jurídica”. En VAZQUEZ PEDROUZO, María Cristina (Coordinadora), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo*. Montevideo. FCU. 2011. P. 332

3. SUSPENSIÓN EN VÍA JURISDICCIONAL

3.1. Caso

En el año 2008, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA) otorgó a los propietarios de un solar en el Balneario de Santa Teresa de la Coronilla, autorización ambiental previa (en adelante la “Autorización” o la “AAP”) para la construcción de una vivienda en dicho solar.

La resolución fue recurrida y posteriormente fue objeto de acción de nulidad por los propietarios del terreno lindante, argumentando que la construcción de la vivienda generaría una grave afectación al médano móvil que se encontraba en dicho terreno (esto es, en el terreno de quienes solicitaron la AAP), amén de producir impactos en el sistema costero así como otros daños (pérdida de vista del paisaje, encajonamiento y desvalorización monetaria de su terreno). Conjuntamente con la demanda anulatoria se solicitó la suspensión de la ejecución del acto administrativo.

Según sentencia N° 364/011 de 28 de abril de 2011¹⁴ el Tribunal¹⁵ acogió la demanda incidental y dispuso la suspensión de la ejecución del acto administrativo, de conformidad con los fundamentos que a continuación resumiremos.

En primer lugar, el Tribunal procedió a descartar en forma expresa que estuviéramos ante un acto “*manifiestamente ilegal*”¹⁶. En consecuencia, pasó directamente a analizar la segunda causal que la ley prevé para suspender la ejecución del acto.

El Tribunal procedió entonces a aplicar la llamada “*teoría del balance*”¹⁷ que consiste en cotejar los daños irrogados (o a ser irrogados) a la parte actora con los que la suspensión generaría en la organización y funcionamiento del órgano involucrado. Cotejados los mismos, la balanza se inclinó en favor de los actores.

Por último, el TCA le dedicó un párrafo a la naturaleza jurídica de la medida, y sin perjuicio de no utilizar el calificativo de “cautelar” es claro que hacia allí apunta al sostener que “*no acceder a la medida incidental plantea la eventual ineficacia de uno de los posibles contenidos del fallo. Es quitarle ab initio eficacia práctica a uno de los contenidos que el sistema jurídico prevé respecto de la Sentencia.*” (Considerando III; el destacado nos pertenece).

Seguidamente, la sentencia hace copio de la normativa ambiental así como de doctrina especializada, poniendo énfasis en la importancia de los principios de precaución y precautorio que rigen en esa rama del Derecho.

¹⁴ Disponible en www.tca.gub.uy/fallos. Fecha de consulta: 18/10/2012.

¹⁵ Ministros: Dr. Monserrat (r), Dr. Lombardi, Dr. Preza.

¹⁶ “...tras un análisis sumario, adyacente de los autos y agregados, no surge de modo cierto, inequívoco, evidente la inadecuación con la regla de derecho, sin que ello implique naturalmente prejuzgamiento”. (Considerando II)

¹⁷ Utilizando expresamente esta denominación en el Considerando II).

3.2. Notas a la sentencia

En primer, y a partir de los desarrollos del Prof. CAJARVILLE y el Prof. ABAL OLIÚ, nos interesa determinar la naturaleza jurídica de la sentencia que resuelve suspender los efectos del acto administrativo¹⁸.

El TCA interpreta que, la no adopción de la medida suspensiva podría aparejar una frustración de los intereses del demandante, aun cuando la sentencia definitiva le diera la razón¹⁹. De esta forma, el Tribunal parecería considerar que el instituto que utiliza (la suspensión de los efectos del acto) es una medida cautelar. Sin embargo, y por lo que se expondrá, la medida adoptada no es de naturaleza cautelar, sino provisional.

En tal sentido, enseña ABAL OLIÚ que *“las medidas cautelares son todas aquellas medidas (...) dispuestas por el tribunal en el curso de un proceso jurisdiccional, que se encuentran dirigidas a garantizar la ejecución forzada de una eventual sentencia de condena”*, mientras que las medidas provisionales son todas aquellas *“que consisten en hacer lugar (acoger) provisoriamente la pretensión, a fin de evitar que se produzca a la parte un daño particularmente grave por la demora en satisfacerla que conlleva el trámite del proceso”*²⁰.

Partiendo de esas definiciones, es claro que disponer la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo implica hacer lugar (en forma anticipada y provisional) a la pretensión anulatoria del actor, con la finalidad de evitar el daño que se le produciría a éste en caso que el acto se ejecutara. Por eso compartimos la calificación que realiza el referido procesalista, en tanto la sentencia interlocutoria lo que hace es “adelantar” el contenido de la sentencia definitiva, en el entendido de que el acogimiento de la pretensión no puede demorarse (y sin perjuicio de que luego la sentencia definitiva pueda resultar denegatoria de la pretensión).

Realizada dicha precisión conceptual, creemos que la sentencia consagra un buen uso del instrumento legal, ya que en el caso se habían configurado los elementos necesarios para decretar la medida provisional, esto es:

- a) existía el peligro en la demora, ya que si el titular de la Autorización realizaba las construcciones en su terreno, el daño alegado por los actores podía materializarse;
- b) el balance hecho por el Tribunal colocó en la balanza por un lado los daños que se provocarían a la parte actora (pérdida de vista, encajonamiento, daños ambientales) y los que se provocarían a la Administración.

Téngase presente que por tratarse de una medida provisional, **no se requiere el *fumus bonis juris***.²¹

¹⁸ Seguimos en esta terminología a CAJARVILLE PELUFFO, quien sostiene que no se suspende el acto administrativo sino la ejecución de sus efectos. Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, T II, 2ª Edición. Montevideo. FCU. 2008. p. 670 y ss.

¹⁹ “...no acceder a la medida incidental plantea la eventual ineficacia de uno de los posibles contenidos del fallo.” (Considerando III).

²⁰ ABAL OLIÚ, Alejandro. “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo*, op. cit., p. 667.

²¹ Cfr. ABAL OLIÚ, Alejandro. op. cit. p. 667. Sí requiere el *fumus bonis juris* la causal “ilegitimidad manifiesta” que, como vimos, el TCA descartó expresamente en este caso.

Por su parte, y con respecto al balance que el órgano jurisdiccional debe hacer, se ha dicho que consiste en realizar una “*valoración comparativa de los daños que los efectos del acto podrían ocasionar al demandante, con los intereses que la Administración debió tener en cuenta al dictarlo sufrirían con su suspensión*”²². Ahora bien, continuando con este razonamiento, en forma previa a realizar tal ponderación, el Tribunal debe determinar si el daño alegado por el particular es “grave”; sólo si dicha interrogante se resuelve en forma positiva, el TCA hará el “balance” antes referido.

La sentencia en análisis parece cumplir parcialmente con estos postulados. En primer lugar, analiza el daño que alega la parte actora y lo califica como “grave”, apelando allí a los especiales valores tutelados por la normativa ambiental, y que comentaremos más adelante.

En segundo lugar hace el balance propiamente dicho. En un platillo de la balanza coloca los daños de la parte actora (que previamente han sido calificados de “graves”); en el otro, los intereses que debió tener en cuenta la Administración al dictar el acto (aunque no utiliza esta expresión sino que se apega estrictamente al vocabulario legal). Ahora bien, el TCA no ingresa en el análisis específico de esos intereses, entendiendo por nuestra parte que debió formularse las siguientes preguntas, y luego de responderlas, tendría la respuesta a sí se cumplían o no los requisitos legales:

- a) de conformidad con las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que otorgan al Poder Ejecutivo - Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente las potestades para conceder o rechazar autorizaciones ambientales previas, ¿cuáles son los intereses que deben ser tenidos en cuenta por dicho órgano al dictar el acto administrativo?
- b) en el caso concreto, y si se suspendiera la ejecución del acto administrativo que otorgó la AAP, ¿se verían afectados esos intereses de forma más grave que el daño que se le provocaría al actor por la ejecución de aquel?

En cierta forma el razonamiento anterior subyace a la sentencia, aunque no surja explícitamente de él.

Igualmente, consideramos que en el caso concreto el TCA hizo una acertada aplicación no sólo de la norma contencioso-administrativo, sino que logró una acabada combinación de dicha norma con las reglas y principios del Derecho Ambiental. Es que la sentencia comentada no se queda en una mera lectura del artículo 2 de la Ley N° 15.869, sino que realiza su interpretación dentro del contexto -y a la luz- del Derecho Ambiental. En tal sentido, cita el artículo 47 de la Constitución (el cual declara de interés general la protección del medio ambiente), la Ley N° 17.283 (Ley General del Ambiente), la Ley N° 16.466 (de Impacto Ambiental) y el Protocolo de San Salvador, de forma tal de dar sustento constitucional, internacional y legal a los principios de precaución y precautorio, propios del Derecho Ambiental. Todo esto pesará en el fallo tanto al calificar la gravedad del daño alegado por el actor, como al realizar el balance.

Analizando la existencia del “daño grave” CARJAVILLE PELUFFO expresa, citando jurisprudencia del Tribunal, que aquel no debe ser meramente hipotético o indeterminado

²² CAJARVILLE, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo. op. cit.* p. 699.

sino que debe ser consecuencia directa del acto impugnado²³. En la misma línea, el TCA ha exigido que el actor demuestre la existencia del perjuicio e indique claramente las bases para efectuar la evaluación de los daños, así como su alcance y entidad.²⁴

Si el TCA hubiere en el caso concreto aplicado esas mismas consideraciones en forma rígida y apartándose del derecho de fondo, quizá no hubiera accedido a la medida provisional; y por eso, es en ese punto en que destacamos el fallo, en especial la aplicación del principio precautorio que rige en materia ambiental.

¿En dónde radica la importancia de este principio? Pues bien, mientras que el Derecho Penal y el Derecho Civil de daños requieren certeza y previsibilidad, el Derecho Ambiental debe buscar herramientas que sorteen esas dos características, que en muchos casos se presentan como obstáculos para la protección efectiva del ambiente.

En tal sentido, el principio precautorio exige “*que se adopten las medidas (acción o abstención) que sean necesarias para conjurar los peligros de un daño grave e irreversible, incluso a falta de certeza jurídica.*”²⁵ Es esa falta de certidumbre científica lo que justamente caracteriza a este principio.

El TCA entendió que –en función de la prueba obrante en el propio expediente administrativo– existía **incertidumbre** en cuanto a si la construcción aprobada podía o no provocar daños en el ambiente, y en función de ello suspendió los efectos del acto. Concretamente, expresó que el acto administrativo “(...) *autoriza el desarrollo de actividades sin certeza técnica de su repercusión positiva, negativa o neutra en el Medio Ambiente (...)*” (Considerando III).

Entendemos plenamente trasladable al caso concreto las consideraciones vertidas por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (República Argentina), al sostener que “*en materia ambiental es frecuente que sólo una vez que el daño se produce puede establecerse el nexo causal entre aquel y la actividad que lo causa, razón por la cual el principio precautorio sirve de fundamento legal para la adopción de medidas, aún cuando dicho nexo causal no esté debidamente acreditado, es decir, pretende operar en los casos e incertidumbre donde no haya relación de causalidad alguna acreditada y, por consiguiente, cuando la arbitrariedad o ilegalidad del acto no es todavía manifiesta.*”²⁶

Es fácil de advertir que el razonamiento del tribunal rionegrino es muy parecido al de nuestro TCA, y que bien puede resumirse en los siguientes términos: existe un bien jurídico a protegerse, que es el medio ambiente, y que en el caso concreto se manifiesta en una duna móvil ubicada en el terreno sobre el cual se otorgó la AAP y el sistema costero circundante; la construcción en dicho solar de una casa puede provocar daños en el médano y en el sistema costero, ya que no existe evidencia científica que sostenga lo contrario, constituyendo dicha

²³ *Sobre Derecho Administrativo. op. cit.* p. 700.

²⁴ Cfr. GUTIÉRREZ, Adrián A. “Jurisprudencia del TCA sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo”. En DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador) *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo..* Montevideo, FCU, 2010.

²⁵ MULLER, Enrique C. “Los principios rectores del Derecho Ambiental. El principio precautorio y su relación con el principio de prevención” en *Revista Crítica de Derecho Privado*. N° 6 (2009). Editorial La Ley. Montevideo. p. 644.

²⁶ Sentencia de 16/08/2005 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en autos “CODECI de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo” citada por Muller, Enrique C. *op. cit.* p. 649.

circunstancia un “daño grave”; ante esa situación de incertidumbre, en lugar de optarse por negar la solicitud de suspensión y permitir la ejecución del acto administrativo que otorgó la AAP, se resuelve precaver la posibilidad de acaecimiento el daño, y por ende, hasta tanto no se resuelva el fondo del asunto (con un mayor aporte probatorio) el acto no podrá desplegar sus efectos normales. Es fácil constatar entonces cómo el principio precautorio del Derecho Ambiental llevó al TCA a acoger la medida provisional, aun cuando la relación causal entre el daño probable y la ejecución del acto no estuviere del todo probada; por el contrario, había incertidumbre a su respecto.

4. CONCLUSIONES

No hay dudas que la Administración suele tener interés en que los actos administrativos que dicta desplieguen sus efectos lo antes posible. Sin embargo, esa premura de la Administración (a veces fundada, otras veces no) no puede suponer el desamparo de los derechos del administrado.

Por eso, en principio es positivo encontrarnos con que la propia Administración admite el amparo administrativo solicitado por los particulares, y suspende la ejecución del acto. Es que, si bien en materia administrativa no es posible acceder a cifras, la intuición indica que en la mayoría de los casos no se hace lugar a las solicitudes de suspensión de los particulares.

Sin embargo, en el caso que anotáramos en primer término, entendemos que se realizó un uso incorrecto del instrumento, ya que con la intención de no dañar al recurrente (la AEU), terminó perjudicando al conjunto de consumidores y al interés general tutelado por la normativa sobre defensa de la competencia.

Distinta es valoración que hacemos de la sentencia del TCA, por considerar que realizó un buen uso del instrumento, combinando efectivamente el derecho adjetivo y sustancial. Por su parte, en materia jurisdiccional sí se cuenta con datos, y los mismos son claramente desalentadores²⁷, por lo que siempre es bienvenida la existencia de medidas provisionales dispuestas por el Tribunal, máxime en una materia como la ambiental en donde los intereses a tutelar suelen no admitir postergaciones.

²⁷ Ver al respecto el excelente estudio de GUTIÉRREZ, Adrián A. *op. cit.* p. 385-403.