

Capítulo XV

FRENTE A VÍAS DE HECHO, UNA NUEVA CATEGORÍA DE SENTENCIAS: “ENUNCIATIVAS Y TESTIMONIALES”¹

Por ORLANDO D. PULVIRENTI

Hace unas décadas GORDILLO sorprendía con su libro *La Administración Paralela*² y NINO sacudía las conciencias con *Un País al Margen de la Ley*.³ En ambos casos manifestaban de qué manera se las ingenian tanto las autoridades en particular, como la sociedad en general, para crear y transitar por conductas que se apartan de las normas. La anomia vista como la simple ignorancia de lo estatuido en el orden jurídico formal, es la nota distintiva de este fenómeno sociológico. Sea por una histórica evolución de ese mal⁴ o por una lógica incorporación de la tecnología en la sociedad, hemos desembocado en actos virtuales y sentencias de la misma naturaleza, a las que ya ni siquiera pueden llamarse como declarativas, sino como enunciativas o mediante una ligera extrapolación semántica de la terminología utilizada en las últimas elecciones legislativas, como testimoniales. La resolución de Arias se convierte así, en parte de esta nueva categoría de sentencias no previstas en ningún Código Procesal, pero no por ello menos existente—al menos en los papeles—, que es la de los fallos enunciativos o testimoniales.

En efecto, la decisión del Juez platense es jurídicamente inobjetable, y resolver de otro modo sería motivo de aplazo a cualquier estudiante de derecho. Es

¹ Publicado originalmente en *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto de 2012.

² Puede leerse en novísima reedición en AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 6, *El método en derecho - La administración paralela*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012.

³ NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emece, 1992. (Reedición: Ariel, Barcelona, 2005.)

⁴ Disculpe el lector que aún conserve una categoría ética para referirme a la cuestión, por cuanto según parece no solo hemos arrasado con el derecho, sino también en forma previa o concomitantemente con cualquier análisis que incluya definiciones morales.

que lisa y llanamente el Poder Ejecutivo provincial procedió a anunciar⁵ —y de hecho no abonó de la manera que correspondía— el fraccionamiento del sueldo anual complementario, sin ley o acto administrativo que le sirviese de sustento. Al hacerlo, no hizo sino disponer sobre el derecho de propiedad de naturaleza alimentaria de los trabajadores, en evidente violación a las normas que disponen el pago en tiempo y forma de dicha remuneración.

Allanado el único obstáculo formal que se podía oponer a su decisión, que no resultaba sino del eventual dictado de una medida cautelar cuyo objeto se identificase con la solicitud de fondo, de una manera solvente a través de la cita de propios precedentes provinciales; el Magistrado ordena el pago en su totalidad en el plazo de cinco días. Medida que por cierto, a la fecha no fue cumplimentada con algunas particularidades ulteriores que hacen al caso más bizarro.⁶

Ahora bien, las razones expresadas y que han sido objeto de todo tipo de debate mediático, tal como si los foros periodísticos hubiesen reemplazado cualquier requisito, no están escritas. No se hallan en ningún instrumento legal. No hay ley, acto administrativo, ni siquiera mísera resolución ministerial que lo avale.⁷ Simplemente quien gobierna no pudo o decidió no pagar los aguinaldos tal como está previsto, y por la prensa nos hemos enterado —entre otras cosas— que lo haría por carecer de disponibilidad de dinero para ejecutar lo que mínimamente debe preverse en cualquier presupuesto anual, que es la atención de las obligaciones corrientes.

En ese marco, resulta aun más increíble el postulado provincial. Fue la negativa del Estado Nacional de girarle esos fondos la que motivó su actuar.⁸ Ahora bien, ¿Estaba respaldado tal supuesto) óbito en algún instrumento legal? ¿Se previó esa transferencia sobre bases ciertas? O, ¿Simplemente consistió en una especulación política? Tan básico en materia de finanzas públicas es el tema, que

⁵“Scioli anunció que pagará en cuatro cuotas el aguinaldo,” *La Capital*, Mar del Plata, 29-VI-2012.

⁶Por un lado quién es el número dos del Ejecutivo Bonaerense, Gabriel Mariotto, decidió el pago del aguinaldo en un solo acto conforme a la ley 10.163, aunque excluyendo a los legisladores (ver “Por orden de Mariotto, la Legislatura de la Provincia también pagará el aguinaldo completo,” *Clarín*, 11-VII-2012, http://www.clarin.com/politica/Mariotto-Legislatura-Provincia-aguinaldo-completo_0_734926758.html; y por otro la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, siguió idéntico criterio, resoluciones 1807 y 1808/2012 SCJBA, <http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expres=Pago%20del%20aguinaldo%20de%20agentes,%20funcionarios%20y%20magistrados%20del%20Poder%20Judicial>.

⁷Con varios días de posterioridad al fallo, se publicó el Decreto N° 588/12 que dispuso el pago escalonado del aguinaldo. No se estableció una entrada en vigencia distinta a la prevista por la publicación normal de los actos administrativos.

⁸Más allá de las especulaciones mediáticas respecto de las razones políticas que pudiesen existir para la negativa nacional a brindar auxilio, su mera enunciación en esos términos, implica que la misma era voluntaria y no una obligación estadual. Ver entre otras noticias *Tiempo Argentino*, 29-VI-2012, “En los próximos días, ingresos extraordinarios para la provincia.” “La Nación enviará a Scioli 1000 millones para pagar aguinaldos;” “El aguinaldo en un solo pago,” página oficial UCR, <http://www.ucrbuenosaires.org.ar/?q=node/13994>; un buen análisis puede leerse en la revista política bonaerense *La Tecla*, edición digital: “La incómoda pregunta y lo que no se dijo,” http://www.latecla.info/3/nota_1.php?noticia_id=53661

no puede extrañar que Arias exija cuanto menos el esfuerzo del administrador por explicar la naturaleza, alcance y razones de la imposibilidad que aduce para no obrar como debía.

Dicho esto, si el único caso en el que la autoridad no dicta el acto correspondiente para ejecutar una decisión, cuyos fundamentos son previamente explicitados, como exige cualquier ordenamiento procedimental administrativo del País, con base en los propios principios republicanos de nuestra organización nacional, fuese éste, no dejaría de ser preocupante pero no tan gravoso. Sin embargo, la actualidad marca que tanto desde las restricciones a la adquisiciones de bienes en el extranjero, como hasta las de monedas foráneas, quedan sujetas a prohibiciones confusas, no escritas e inclusive resueltas en oficinas de bancos comerciales,⁹ mediante respuestas —o ausencia de ellas— por parte de sistemas de computación u operadores telefónicos que no se identifican siquiera por sus nombres. Es decir, hechos producidos en forma virtual, por la Administración, pero con efectos bien reales sobre la gente.

En ese contexto, a cualquier hombre que haya jurado hacer cumplir la Constitución y las leyes, no le quedaría por aplicación de las normas vigentes, fallar sino como lo hace Arias.¹⁰ Hechas estas consideraciones jurídicas, no se puede dejar de pensar fácticamente. La posibilidad de cumplimiento de la sentencia por parte del poder político o que se vea tentado a desconocer la autoridad de los magistrados, es una circunstancia que ha sido sopesada por los Jueces desde el ciñero caso resuelto por el Juez Marshall hacia delante.¹¹ En autos, frente al alegato de no disponerse del dinero ¿Cómo se hará para que la sentencia se cumpla? La respuesta, a pesar de ser en términos jurídicos clara (la sentencia debe ser ejecutada), se anticipa por lo contrario, negativa.¹² Nadie lo hará. El Ejecutivo sostendrá no poder hacerlo, salvo que se produjese el hecho de un tercero (la Nación), el Judicial en sus distintas competencias materiales —y en este caso en particular, en su fuero penal— se mostrara inerme frente a aquel rechazo. ¿O acaso podríamos seriamente esperar que se investigue o más aún, que se condene al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires por

⁹ Ver Resoluciones 3210, 3212 y 3333 de la AFIP y Comunicaciones correlativas del BCRA.

¹⁰ De hecho declaró: “Muchos medios ayudan a construir esa realidad, Y bueno Scioli no tiene plata, señaló, Parece que se lo justifica de esta manera y yo creo que es una cuestión muy grave, es casi una apología del delito,” *El País*, domingo 15 de julio 2012, p. 16.

¹¹ Caso *Marbury contra Madison*. (5 U.S. 137, 1803.)

¹² Lo acompañan en el derrotero, cientos de casos previsionales, ver por ejemplo: *Fargosi, Horacio Pedro c/ANSeS s/reajustes (Procedentes los recursos ordinarios, Arrúes (Fallos, 329: 2146) y Paillás (13-II-2007) - Tasa de interés - Caso Spitale. (Fallos, 327: 3721.)* En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparos y sumarísimos* intimó el 24 de mayo de 2012, a la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) para que informe en un plazo de 30 días cuántos jubilados están reclamando ante el organismo por un ajuste del haber inicial, por movilidad o por cualquier otro motivo; el grado de demora en pagar los fallos judiciales, y cuál es el presupuesto que destinará para cancelar esas deudas.

desobediencia?¹³ Siendo así, la resolución será, ni siquiera una declaración de derechos, no más que una enunciación, o lo que es más gráfico, un testimonio de cómo deberían hacerse las cosas en un País que respetase las instituciones. El juez podrá conservar su conciencia limpia de haber hecho lo que debía. Los empleados bonaerenses, sabrán por sus bolsillos, de las reglas que impone la política y la economía de estos días.

¹³No podemos dejar de recordar respecto de la visión política que con relación a ello prima, que ha sido la propia Presidenta de la Nación quien desafió a los Jueces al definir la anticipada desobediencia a cualquier orden que los últimos impartieron respecto de la movilización de fuerzas de la Gendarmería, luego del lamentable accidente que cobrara la vida de efectivos de la misma, en su regreso de Cerró Dragón en la provincia del Chubut.