

# DOCTRINA

## EFFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO\*

Juan Pablo Cajarville Peluffo\*\*

**RESUMEN.** *Apartándose fundadamente de las diversas posiciones sostenidas hasta ahora por la doctrina, y coincidiendo sólo parcialmente con la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se sostiene que la sentencia anulatoria produce efectos “en el proceso en que se dicte” si se anula “por lesión de un derecho subjetivo”, bastando para ello tres votos; en cambio, produce efectos generales y absolutos siempre que la legitimación del actor consista en un interés legítimo, además personal y directo, y cuando, consistiendo en un derecho subjetivo, la propia sentencia proclame su alcance general y absoluto, requiriéndose en ambos casos cuatro votos conformes. Por su contenido, la sentencia anulatoria será siempre declarativa y constitutiva, y eventualmente de condena.*

**PALABRAS CLAVE.** *Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Acción de nulidad. Acto administrativo-anulación. Sentencia-efectos.*

**ABSTRACT.** *Foundly withdrawing from the diverse doctrinarian positions sustained so far, and agreeing only partially with the Administrative Court’s jurisprudence, it is affirmed that the annulment judgment produces its effects “in the process in which it is dictated” if the annulment is caused by “damage to a subjective right”, being enough for it with three votes. Meanwhile, it produces general and absolute effects when the plaintiff’s legitimation consists of a legitimate, personal and direct interest, or when being a subjective right, the judgment itself proclaims its general and absolute scope. These two cases require four*

\* Colaboración del autor a una obra colectiva sobre “Procesos constitucionales”, promovida por la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. En su carácter de inédito, se publica ahora con el acuerdo de la coordinación de dicha obra, sin perjuicio de su destino originario.

\*\* Ex-Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

*favorable votes. The annulment judgment's content will be always declaratory and constitutive and, eventually, condemnatory.*

**KEY WORDS.** *Administrative Court. Annulment Action. Administrative Acts-Annulment. Judgment-Effects.*

Los efectos de la sentencia anulatoria dictada en la acción de nulidad por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, regulados por disposiciones constitucionales expresas, es uno de los temas que más diferencias han suscitado en la doctrina administrativista, al punto que en algún aspecto no es exagerado afirmar que se han sostenido tantas opiniones como comentaristas lo han abordado.

La cuestión no puede exponerse y menos dilucidarse sin sentar, aunque sea brevemente, algunos de sus presupuestos.

## I. EL TRIBUNAL, JUEZ EXCLUSIVAMENTE DE LEGITIMIDAD

El Tribunal es exclusivamente juez de legitimidad y nunca de mérito. Su pronunciamiento es un acto jurídico emitido en ejercicio de función jurisdiccional, por ende una sentencia que produce cosa juzgada<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En buena medida, los autores suelen dar por supuesta la naturaleza jurisdiccional de la función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que subyace en todas sus exposiciones. Como afirmaciones explícitas, puede verse: SAYAGUÉS LASO, Enrique, **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, 8ª ed. puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 2010, parág. 941, pág. 416, parág. 1036, págs. 503/504, y parág. 1050, págs. 528/529; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, **La Constitución de 1952**, 2ª ed., Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, págs. 592/593 y 602; MÉNDEZ, Aparicio, **Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo**, Montevideo, 1952, págs. 26 a 29; GIORGI, Héctor, **El Contencioso Administrativo de Anulación**, Montevideo, 1958, pág. 67; DÍAZ PELUFFO, Zola, **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, Montevideo, 1960, en esp. pág. 18; LANDONI SOSA, Ángel, **El proceso administrativo de anulación**, Montevideo, 1977, pág. 68; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, **Derecho Público**, Montevideo, 1999, págs. 324/325; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *Contralor jurisdiccional de la Administración. Reseña de la evolución constitucional y principales notas del régimen vigente*, en "Rev. Urug. de Der. Const. y Político", N° 26, Montevideo, 1988, en esp. pág. 150 (publicado también en **Evolución constitucional del Uruguay**, UCUDAL, Montevideo, 1989, pág. 187), y *Notas para un estudio acerca de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en "Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.", N° 27, Montevideo, 1988, págs. 219 a 221; TARIGO, Enrique E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, Montevideo, 1999, pág. 9; DELPIAZZO, Carlos E., **Derecho Administrativo Uruguayo**, México, 2005, pág. 445, y **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, Montevideo, 2013, págs. 337/338; CAGNONI, José A., **El Derecho Constitucional uruguayo**, 2ª ed., Montevideo, 2006, pág. 415; DURAN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso Administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, págs. 7 a 20; CASTRO RIVERA, Alicia, *Pretensiones contra personas estatales y justicia ordinaria*, en "Rev. de Der. Pco.", N° 17, Montevideo, 2000, pág. 49; CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 808 a 810. En contra: BERRO ORIBE, Guido, *Las Anulaciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en "Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.", Año XV, N° 1/2, Montevideo, 1964, pág. 61, 84 y 138, entiende que sólo en la hipótesis de pretensión fundada en un derecho subjetivo, en el llamado "contencioso subjetivo", existe actividad jurisdiccional, a la que se agrega, aun en ese caso, función administrativa implícita. Sobre la distinción de las funciones en nuestro derecho positivo, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre "funciones" y "cometidos" del Estado*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 127 a 150.

La anulación es pertinente cuando el acto es contrario a derecho<sup>2</sup> y el vicio tiene relevancia suficiente para ameritar su extinción<sup>3</sup>. La Constitución y también la norma legal reglamentaria parecen incluir la ilegitimidad del acto como uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción<sup>4</sup>, pero obviamente se trata de un requisito para que el fallo sea anulatorio, que se aprecia al dictar la sentencia definitiva<sup>5</sup>.

La Constitución y la norma legal reglamentaria enumeran como causales de nulidad la desviación, el abuso o el exceso de poder, y la violación de una “regla de derecho”. Por ende, el Tribunal podrá anular el acto cuando entienda que se ha incurrido en alguno de los vicios siguientes<sup>6</sup>:

- “*desviación de poder*”, que existirá siempre que el “fin querido” por la voluntad de la Administración, apreciado *subjetivamente*, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto;
- “*abuso o exceso de poder*”, que existirá toda vez que el acto, apreciado *objetivamente*, no sea adecuado a los motivos por los que se dictó, o no sea idóneo para lograr el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto, valorando la adecuación y la idoneidad tanto cualitativa como cuantitativamente con criterios técnicos y de razonabilidad. El Tribunal ha aplicado frecuentemente estos conceptos al juzgar la legitimidad de sanciones disciplinarias, pero ha sido reticente para extenderlos a actos con otros contenidos<sup>7</sup>;
- “*violación de una regla de derecho*”, que existirá siempre que cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto objeto de la acción sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual, según enumeración del Decreto-ley N°

<sup>2</sup> SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1048, págs. 525/526; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 195 a 216; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 277 a 296.

<sup>3</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, **Tratado de Derecho Administrativo**, T. I, 9ª ed. puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 2010, parág. 328, págs. 509/510; MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 69/70 y 204; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 12 a 21, 33 a 39 y 42.

<sup>4</sup> Constitución, art. 309; Decreto-ley N° 15.524, art. 23.

<sup>5</sup> GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 139/140.

<sup>6</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 7 y sgts., en esp. págs. 80/81. Otras interpretaciones en: CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Desviación, abuso y exceso de poder como causas de nulidad de los actos administrativos*, en **Tercer coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción**, Montevideo, 1997, pág. 58; también en **Derecho Público**, Montevideo, 1999, parág. 332, pág. 372; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Desviación, abuso y exceso de poder*, en **Estudios de Derecho Administrativo. Parte general**, Montevideo, 1999, págs. 131 a 134, y también en **Contencioso administrativo**, cit., págs. 280 a 286; CAGNONI, José A., *Desviación, abuso y exceso de poder como causas de nulidad de los actos administrativos*, en **Tercer coloquio...**, cit., págs. 45 y sgts., en especial págs. 53/54 y 56; una síntesis de esas otras interpretaciones y las consideraciones que me merecen, en *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 78/79, notas 156 y 158.

<sup>7</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 60 a 65 y doct. y jurisp. cit.

15.524, que reitera a la letra la definición de “regla de derecho” contenida en la Ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, art. 345<sup>8</sup>.

## II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La sentencia definitiva sólo puede desechar la pretensión del actor y “confirmar” el acto impugnado, o de lo contrario anularlo<sup>9</sup>. En ningún caso puede reformarlo, aunque se admite la anulación parcial en tanto no signifique una reforma de la sustancia del acto<sup>10</sup>.

La “confirmación” del acto administrativo por el Tribunal no modifica por supuesto su naturaleza jurídica, transformándolo en un acto jurisdiccional, pero sí hace cosa juzgada sobre su legitimidad; de manera que en el futuro la Administración no podrá revocarlo por ilegítimo, pero sí por mérito si fuera posible conforme a derecho<sup>11</sup>.

## III. INTERESES EN ATENCIÓN A LOS CUALES SE LEGITIMA LA SENTENCIA ANULATORIA

Los intereses atendiendo a los cuales la Carta prevé que el Tribunal “declare la nulidad del acto administrativo impugnado”, en cuanto concluya que es “contrario a una regla de

<sup>8</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ sostiene que “el constituyente, al regular los efectos de la sentencia en el artículo 311, mencionó una de las especies de las causales de nulidad existentes [...] para determinar el alcance de la sentencia en los casos en que se anula por esa causal”, agregando en otro estudio que ese artículo “habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a anular un acto administrativo por ser contrario a la buena administración” (**Contencioso administrativo**, cit., en esp. págs. 277 y 293, y *Eficacia y eficiencia ¿mérito o legalidad?*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 2012, págs. 181 a 201, en esp. pág. 193; también en esa misma obra: *La buena administración*, págs. 157 a 179, en esp. pág. 158). Si “buena administración”, como a mi entender parece inferirse del desarrollo del tema por el autor y alguna doctrina que cita, no significa otra cosa que “sometimiento pleno al Derecho”, es obvio que se trata de una cuestión de legitimidad y no de mérito; pero ese no puede ser el sentido de la expresión en el art. 311 inc. 2º, porque si así fuera todas las anulaciones del TCA producirían “efectos generales y absolutos”. Mi opinión sobre el concepto de “buena administración” de DURÁN MARTÍNEZ, en *Sobre actos administrativos*, cit., pág. 65, nota 121; resumo mi salvedad: naturalmente la opción por un medio inapto para lograr el fin debido causa ilegitimidad de la actuación, pero la opción, entre varios medios idóneos para el fin, por aquél que se entienda lo es *en mayor grado*, es cuestión de mérito y no de legitimidad. Mi opinión sobre el concepto de “buena administración” y su relación con la legitimidad y el mérito del acto, puede verse *infra*, nota 56.

<sup>9</sup> Constitución, art. 310 inc. 1º (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, inc. 1º). Sobre la interpretación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de esta disposición, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 643/644, *Visión actual del contencioso administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 682 a 685, y *Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 805 a 826. Véase *infra*, nota 84.

<sup>10</sup> SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 552; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., pág. 613; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 58 a 60 y 283/284; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 126. En contra: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., pág. 75, excluye “la anulación y/o revocación parcial”.

<sup>11</sup> Sobre el tema, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 133 a 138, y doct. cit.

derecho o con desviación de poder”, así como el alcance subjetivo de esa sentencia anulatoria, han merecido conjuntamente una de las disposiciones más confusas de la Constitución<sup>12</sup>.

Aquellos intereses en atención a los cuales se puede declarar legítimamente la nulidad se definen así en el art. 311<sup>13</sup>: a) “por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante”, es decir en interés del promotor configurado por el derecho positivo como una situación de derecho subjetivo, cuya satisfacción por ende está jurídicamente asegurada; y b) “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”.

Esta última expresión es palmariamente muy confusa. La “regla de derecho” no es una entidad subjetiva portadora de intereses<sup>14</sup>; la locución sólo puede interpretarse como una referencia a los intereses en atención a los cuales se dictó la regla de derecho de cuya violación se trate. Cuando el actor está legitimado por la titularidad de un derecho subjetivo, es precisamente su interés el tutelado por la norma de que se trata; el efecto “únicamente en el proceso en que se dicte” satisface su pretensión en la causa. Pero puede ocurrir que esa satisfacción afecte el interés de terceros que se beneficiaron con el acto cuestionado; o bien, que el interés del actor coincida con el de terceros, beneficiarios de la misma norma que consagró el derecho en favor de una categoría de sujetos, en la que el actor está incluido.

Por otra parte, existe acuerdo en que la mención de “la buena administración” no significa que el Tribunal pueda declarar la nulidad por razones de mérito<sup>15</sup>; tampoco puede

<sup>12</sup> La doctrina no suele destacar el primero de los significados del art. 311 de la Carta señalados en el texto; sólo se le considera en relación con el segundo de ellos. Adolfo GELSI BIDART (*Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, en Fac. de Der. y C. Soc., “Cuaderno de Derecho Procesal”, Instituto de Derecho Procesal, N° 1, Montevideo, 1973, pág. 74) expone que el “Interés garantido”, “interés de la justicia” que fundamenta la sentencia, en relación a la “causa final” de los actos procesales de parte, puede coincidir: a) con el interés de obtener que desaparezca la lesión de un derecho subjetivo; b) con el interés directo, personal y legítimo lesionado; c) con alguna de las anteriores “causas finales” de la demanda, y además, el “interés de la regla de derecho”; o d) con alguna de las dos primeras “causas finales” de la demanda y además “en interés de la buena administración”. En el texto se sostendrá que el art. 311 de la Carta sólo reconoce, como “interés garantido” o “interés de la justicia” que puede fundar la sentencia anulatoria, el que coincida con los señalados con las letras a), c) y d) por el ilustre ex-Decano; el interés legítimo, personal y directo aparece en el art. 309 inc. 3° como situación jurídica legitimante para promover la acción, pero no figura en el art. 311 como interés fundante por sí de una anulación. Recuérdese que el maestro JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo que el inc. 2° del art. 310 y el 1° del art. 311 debían leerse como si allí estuviera escrito además “un interés directo, personal y legítimo” (op. cit., págs. 621 y 624/625, véase *infra*, nota 66); pero el hecho es que no lo está, y esa omisión se justifica por la propia índole del “interés legítimo”, cuya satisfacción el ordenamiento jurídico no garantiza.

<sup>13</sup> Constitución, art. 311 (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, incs. 2° y 3°).

<sup>14</sup> Conf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., págs. 622; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*, cit., pág. 335.

<sup>15</sup> SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, cit., parág. 1039, pág. 508; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, Estudios jurídicos en memoria de Enrique Sayagués Laso, T. III, Madrid, 1969, pág. 299, y también en *Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*, Montevideo, 2010, pág. 339; FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., en esp. págs. 286 a 290; DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, las Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989, pág. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*, cit., pág. 296. →

suponerse que la locución “buena administración” se utilice en sentido subjetivo, aludiendo a una entidad portadora de un interés, porque con toda evidencia aquí se está mentando una actividad y no un sujeto. La previsión constitucional significa que, aun cuando la satisfacción del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada no lo requiera, el acto impugnado, por supuesto ilegítimo, puede anularse “en interés de la buena administración”, vale decir de la posibilidad de administrar en forma “útil y a propósito” para cumplir los cometidos de la entidad demandada, adecuada y oportunamente para el logro de sus fines. El concepto de “buena administración” no se utiliza por la Constitución como causal o motivo de ilegitimidad y consiguiente anulación del acto cuestionado, tema regulado en el art. 309, sino como razón para ampliar el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria, tema a que atañe el art. 311 inc. 2º, para facilitar o hacer posible la “buena administración”.

Dicho negativamente, la disposición significa que el Tribunal, que no puede anular el acto impugnado por razones de mérito sino por contrariedad con una regla de derecho, tampoco puede hacerlo simplemente para satisfacer el interés del actor<sup>16</sup>, salvo cuando el derecho positivo lo configure como un derecho subjetivo; es necesario que la satisfacción de la pretensión anulatoria promovida por el actor en su propio interés coincida con la satisfacción del interés que la regla de derecho violada pretende tutelar, o dicho de otra manera, con el interés público en que el acto se anule; o bien, que la anulación sea conducente a una buena administración. Postulado coherente con el concepto constitucional de “interés legítimo” que en este caso legitima al actor, que es aquel cuya satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad de dictar el acto en cuestión<sup>17</sup>. Si el interés general directamente tutelado por la norma ha sido satisfecho, pese a la ilegitimidad del acto impugnado, la mera insatisfac-

---

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., pág. 622, piensa que la “opción” del art. 311 inc. 2º “hace perder al Tribunal el carácter de órgano típica y puramente jurisdiccional”, porque “es evidente que serían razones de conveniencia o de oportunidad las que decidirían al Tribunal a mantener en el mundo de las normas un acto que la mayoría del Tribunal declara que es ilegal, porque ello convenga al interés de la regla de derecho o de la buena administración”. GIORGI, H., *El Contencioso Administrativo de Anulación*, cit., pág. 47, si bien afirma que el control del mérito escapa a la competencia del Tribunal, señala que el art. 311 inc. 2º implica una valoración “que va más allá de la simple juridicidad” y que abre “un gran campo a la creación jurisprudencial”.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en este sentido se orienta la jurisprudencia, que el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo califica como “constante e invariable”, que señala que “la licitación no es un procedimiento instituido para proteger los intereses del licitante o proveedor, sino primordialmente para proteger el superior interés público en materia de contrataciones, procurando condiciones óptimas o, cuando menos, las mejores que posibiliten el negocio de que se trate” (“Anuario de Derecho Administrativo”, T. X, Montevideo, 2003: sent. N° 73, de 13.III.2000, N° 423, pág. 475; sent. N° 500, de 14.VI.2000, N° 432, pág. 483; sent. N° 23, 1.II.2001, N° 434, págs. 484/485; sent. N° 853, de 15.XI.2000, N° 438, pág. 487; “Anuario de Derecho Administrativo”, T. XI, Montevideo, 2004: sent. N° 490, de 17.IX.2003, N° 622, pág. 515; “Anuario de Derecho Administrativo”, T. XII, Montevideo, 2006, sent. N° 519, de 6.IX.2004, N° 329, pág. 294).

<sup>17</sup> Sobre los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo”: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., págs. 876 a 887, en esp. págs. 880 a 885. Sobre el pretendido concepto derivado de “derecho adquirido”: *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionales*, en “Rev. de Der. Público”, N° 46, Montevideo, 2014, págs. 11 a 16.

ción del interés subjetivo del actor, aunque legítimo<sup>18</sup>, no da lugar a la anulación<sup>19</sup>; si la mayoría simple del Tribunal declara que efectivamente el acto es ilegítimo, porque está “suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”, quedará abierta al lesionado la acción de reparación patrimonial (art. 310 inc. 3º, *infra*, ap. VI), pero el acto no se anula<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En otros casos, puede suceder que, instruida la causa, resulte que el interés del actor sólo pudo ser satisfecho con el dictado de un acto ilegítimo; en tales casos, siendo su interés ilegítimo, no corresponderá que se rechace la acción en cuanto al fondo, sino que se declare que no pudo ser válidamente instaurada por falta de legitimación del promotor. En algunos casos, esta carencia puede ser decidida *in limine* (por ej., falta notoria de un requisito legal expreso para ser beneficiario de una designación, o de la adjudicación de una licitación), pero a veces puede requerirse la sustanciación de toda la causa para dilucidarlo.

<sup>19</sup> Véase que, no por casualidad, este criterio es el que CASSINELLI MUÑOZ, seguido por valiosa doctrina (véase: *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., págs. 129/130, nota 20), sostiene para la revocación por ilegalidad de un acto firme: es discrecional, y ello significa que corresponde “siempre que se inspire en razones de interés público para ello”, “atendiendo al interés público; no al mero hecho de que el acto sea contrario o no a derecho”; no puede fundarse en el solo interés o derecho de quien la pretende, el acto ilegítimo sólo podrá ser revocado legítimamente si para ello existen razones de interés general que lo justifiquen; si se hiciera meramente en atención a aquel interés personal, se incurriría en desviación de poder (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, participación en debate en *Jornadas de derecho comparado chileno-uruguayas*, “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año X, N° 1/2, Montevideo, 1959, pág. 334/335; también en *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en *Derecho Constitucional y Administrativo*, cit., págs. 1233/1234). No se trata de un criterio de mérito el que debe aplicar en este caso el Tribunal para anular, como no lo es el que debe aplicar la Administración para revocar, porque la idoneidad del medio para el fin debido es cuestión de legitimidad y no de mérito. Destaco que la posición de tan ilustre maestro implica la afirmación de que pueden existir actos ilegítimos que sin embargo no lesionen el interés de la norma violada, cuando ella tutela el interés público.

En mi estudio sobre *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 130 nota 21, señalé que habiendo adherido con anterioridad a la posición de CASSINELLI MUÑOZ evocada, “en lo que sigue, rectifico mi opinión”. Distinguida doctrina ha atribuido a esa rectificación una trascendencia que no tiene. “En lo que sigue”, no hice entonces más que señalar diversos factores a considerar al valorar la estabilidad de la situación creada por el acto ilegítimo, entre ellas las modificaciones de las reglas de derecho vigentes al crearse el acto ocurridas con posterioridad (incluyendo -al escribir aquello- nada menos que la del art. 312 Const.), y el principio de seguridad jurídica invocado para el caso por doctrina y jurisprudencia. Sobre tales bases, creí concluir (y si no fui claro, concluyo ahora) que, siendo discrecional la revocación del acto ilegítimo, no será legítima, en ejercicio de esa discrecionalidad, la opción de la Administración por mantenerse en la ilegitimidad si no existieran para ello fundadas razones de interés público atinentes al fin debido impuesto por la norma violada por el acto ilegítimo; y señalé que la modificación del art. 312 de la Carta permitirá al lesionado invocar esa ilegitimidad en el reparatorio de daños. Tal vez fue excesivo calificar esa aclaración como rectificación; pienso ahora que esa era la conclusión, acaso no tan explícita, a que conducía la tesis del ilustre maestro. Si insisto ahora en este punto, es porque, como queda dicho, se trata del mismo criterio que debe aplicar el Tribunal para anular o “confirmar” el acto; si el acto encausado, por ejemplo, hubiera creado un supuesto “derecho adquirido”, no será el interés del beneficiario, sino el interés público que pueda estar en juego, el que justifique su mantenimiento en vía administrativa y su “confirmación” por la jurisdicción; esta es la solución que conciliaría tal “confirmación” con el principio de que no existen derechos adquiridos contra la legalidad, sostenido por nuestros máximos órganos jurisdiccionales (véase: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Recursos administrativos*, 4ª ed., Montevideo, 2008, pág. 128 y jurisprud. cit. en nota 37).

<sup>20</sup> Lo cual suele ocurrir, aunque no necesariamente ni sólo en tales casos, cuando se trata de las llamadas “normas instrumentales” de organización o de procedimiento, dictadas para tutelar exclusivamente el interés general. Sobre la distinción de normas “instrumentales” y “de acción o de relación” y su relevancia, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Constitucionalidad de la admisión de la casación en todo juicio contra entidades estatales*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, cit., págs. 660/661, y doct. cit.; y *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 870 a 876 y págs. 882 a 884, y doct. cit.

El acto ilegítimo se mantiene, no porque el Tribunal ampare la ilegitimidad por razones de interés público<sup>21</sup> -Jiménez de Aréchaga<sup>22</sup> y también Sayagués Laso<sup>23</sup> lo rechazaron, se diría que con indignación- sino porque los intereses en tutela de los cuales puede anularse no lo requieren; el resultado puede ser el mismo, pero el razonamiento fundante y por consiguiente su aplicación en la práctica puede ser muy diferente.

#### IV. EFICACIA SUBJETIVA DE LA SENTENCIA

También este tema, como el anterior, está regulado en el art. 311 Const.

a) La disposición no prevé expresamente la eficacia de la sentencia confirmatoria, que por ende sigue la regla de principio de la cosa juzgada: sólo alcanza a quienes han sido partes en el juicio<sup>24</sup>.

El artículo regula la eficacia de la sentencia anulatoria, a la que atribuye “efecto únicamente en el proceso en que se dicte”, que se interpreta como *inter partes*, cuando se declare la nulidad “por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante”, y en cambio “producirá efectos generales y absolutos” cuando la nulidad se declare “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”.

b) Se ha sostenido en la doctrina que los efectos generales y absolutos sólo son posibles cuando a su vez el acto impugnado tenga ese alcance, vale decir sea un acto reglamentario<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 68, 88 y 205; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196.

<sup>22</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 622/623

<sup>23</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año III, N° 1, Montevideo, 1952, págs. 110 a 112, parcialmente transcripto por Jiménez de Aréchaga en loc. cit. sobre el punto.

<sup>24</sup> SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1068, pág. 554; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 291; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 332; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., pág. 353. Sin embargo, FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., pág. 294, sostiene que “en la modalidad del contencioso administrativo objetivo [legitimación del actor por titularidad de un interés legítimo] hay elementos de lógica jurídica para sostener los efectos generales y absolutos de aquella [la sentencia confirmatoria] [...] porque el objeto directo del juicio es la legitimidad de un acto administrativo, más allá de la situación jurídica subjetiva del actor [...]”. En su particular concepción, BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., págs. 90/91, sostiene que “la [resolución] que confirma tiene alcances generales y absolutos”.

<sup>25</sup> En tal sentido: VIERA, Luis Alberto, *Los procesos contencioso-administrativos*, en “Rev. Urug. de Der. Proc.” N° 3, Montevideo, 1975, pág. 45; CAGNONI, J. A., **El Derecho Constitucional uruguayo**, cit., pág. 419. REAL, Alberto Ramón, *Efectos de la sentencia anulatoria*, “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año XXI, Nos. 1-4, Montevideo, 1971, pág. 390, sostiene que “el efecto general del fallo anulatorio de un decreto reglamentario es automáticamente inherente a la naturaleza del objeto del juicio (que es el decreto mismo) y no depende de una discrecional decisión del Tribunal”; pero de su informe, referido a un caso concreto, no se infiere que en su opinión la anulación de un acto subjetivo produzca necesariamente efectos sólo en el caso concreto; más bien del “riguroso paralelismo” que encuentra entre las tres disposiciones constitucionales (loc. cit., pág. 382) se inferiría que el efecto resultaría en su opinión de la legitimación del actor. DÍAZ PELUFFO, después de concluir que los efectos subjetivos de la sentencia, en la Constitución, dependen de la legitimación del actor (citas *infra*, este parág., ap. c), como crítica a esa solución y en mi opinión como solución para la “reestructuración básica” del régimen que anuncia desde el título de su obra, postula que ellos dependan “de la naturaleza del acto cuya licitud se cuestiona” (op. cit., pág. 338). DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334, recogiendo de FRUGONE SCHIAVONE la calificación de la sentencia como “acto



Sin embargo, es claro que también un acto subjetivo o su anulación pueden afectar los derechos o intereses de varios terceros, v. gr. cuando se trata de varios postulantes a un mismo beneficio, y en tales casos los efectos generales del fallo anulatorio pueden concebirse. Es claro asimismo que la Constitución no utiliza el criterio de la naturaleza general o subjetiva del acto impugnado cuando atribuye a la sentencia tales efectos.

c) Descartado ese criterio, se discute si la dicotomía con que la Carta discrimina los efectos “en el proceso” o “generales y absolutos” en el art. 311 es o no la misma que utiliza al enunciar las posibles legitimaciones del actor en el art. 309 inc. 3º, que se extiende a la determinación de las mayorías requeridas para anular por el art. 310: por un lado “derecho subjetivo”, y por otro “interés directo, personal y legítimo”.

Algunos autores sostienen que ambas dicotomías no se superponen, y que si bien el alcance “en el proceso” obedece a la legitimación del actor por un derecho subjetivo, el efecto “general y absoluto” es ajeno a la legitimación y responde a otro criterio. Otros autores, en cambio, sostienen que la frase “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” es una descripción de la concepción sobre el “interés legítimo” del constituyente<sup>26</sup>, como aquel cuya satisfacción coincide con la del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada y con la actuación administrativa sin desviación de poder, y por lo tanto que ambas dicotomías son coincidentes.

A partir de esas bases, las discrepancias doctrinarias recaen sobre dos aspectos:

- si los efectos generales y absolutos requieren una declaración expresa del Tribunal (Sayagués Laso<sup>27</sup>, Jiménez de Aréchaga<sup>28</sup>, Gelsi Bidart<sup>29</sup>, Cagnoni<sup>30</sup>), o resultan de pleno derecho de la situación subjetiva del actor (Giorgi<sup>31</sup>, Díaz Peluffo<sup>32</sup>, Cassinelli Muñoz<sup>33</sup>, Real<sup>34</sup>, Viera<sup>35</sup>, Tarigo<sup>36</sup>, Frugone Schiavone<sup>37</sup>, Delpiazzo<sup>38</sup>, Durán

---

derivado”, sostiene que si el acto anulado es subjetivo, su anulación sólo podrá tener efectos particulares “por razones ónticas”, de manera que el inc. 2º del art. 311 sólo rige para los actos generales. En cambio, FRUGONE SCHIAVONE, manteniendo esa calificación de la sentencia, afirma que “nada tiene que ver con los efectos de la sentencia anulatoria la *naturaleza del acto impugnado*. Sea este general o particular, los efectos de su anulación están regulados por la Constitución únicamente en función de la situación jurídica lesionada o vulnerada” (*Notas para un estudio...*, cit., págs. 294/295).

<sup>26</sup> En contra: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., pág. 65, sostiene que la expresión del art. 311 alude al “Interés General”.

<sup>27</sup> SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, cit., parág. 1068, pág. 553.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., pág. 621.

<sup>29</sup> GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74;

<sup>30</sup> CAGNONI, José A., *Impugnación del reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, cit., pág. 130; y *El Derecho Constitucional uruguayo*, cit., pág. 419.

<sup>31</sup> GIORGI, H., *El Contencioso Administrativo de Anulación*, cit., págs. 288/289.

<sup>32</sup> DÍAZ PELUFFO, Z., *El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica*, cit., págs. 328/329 y 334 a 337.

<sup>33</sup> CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298/299 y págs. 338/339 en una y otra ed.; y *Derecho Público*, cit., págs. 378 a 381.

<sup>34</sup> REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382.

<sup>35</sup> VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45.

<sup>36</sup> TARIGO, E. E., *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, cit., pág. 62.

<sup>37</sup> FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 285 a 296.

<sup>38</sup> DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, cit., pág. 143, y *Derecho Administrativo General*, Vol. 2, cit., pág. 354.

Martínez<sup>39</sup>); esta última posición la postulan, naturalmente, quienes sustentan la identidad de las dos dicotomías antes referidas<sup>40</sup>;

- si los efectos generales y absolutos (resulten automáticamente de la legitimación del actor o de una resolución expresa del Tribunal) sólo pueden existir cuando la situación del actor es de interés legítimo (Sayagués Laso<sup>41</sup>, Giorgi<sup>42</sup>, Díaz Peluffo<sup>43</sup>, Cassinelli Muñoz<sup>44</sup>, Viera<sup>45</sup>, Tarigo<sup>46</sup>, Frugone Schiavone<sup>47</sup>, Delpiazzo<sup>48</sup>, Durán Martínez<sup>49</sup>)<sup>50</sup>, o también cuando es titular de un derecho subjetivo mediando una resolución expresa del Tribunal en ese sentido (Jiménez de Aréchaga<sup>51</sup>, Gelsi Bidart<sup>52</sup>, Cagnoni<sup>53</sup>).

d) En verdad, en tres artículos la Carta regula cuatro cuestiones que, aunque obviamente relacionadas, son distintas: en el art. 309 inc. 3º consagra los requisitos de legitimación del actor, en el art. 310 las mayorías necesarias para anular el acto, y en el

<sup>39</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 334 a 337, teniendo presente que para el autor el art. 311 inc. 2º sólo se aplica a los actos generales. El autor extiende a esta hipótesis la solución del art. 166 del Dec. N° 500/991, obviamente no por la eficacia normativa directa de esa disposición reglamentaria, sino por “recoger una solución de principio”; así, excluye de la nulidad con “efecto general y absoluto” los actos de ejecución creadores de derechos, y los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en la norma anulada. Mi opinión sobre la ilegitimidad de tales soluciones, precisamente por contrariedad con los principios aplicables, puede verse en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 127/128, con opinión conforme de FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., pág. 295 nota 118.

<sup>40</sup> MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., pág. 206, señala que “la latitud que para la apreciación en lo anulatorio se reconoce al órgano jurisdicente está extendida en nuestro derecho positivo al máximo”, incluyendo en ella expresamente “examinar los efectos que pueda producir la nulidad”, pero parecería limitar ese examen a la opción entre la anulación o el mantenimiento del acto viciado (op. cit., págs. 204 a 207). Por otra parte, no analiza la relación entre el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” y la legitimación del actor por la titularidad de un interés legítimo.

<sup>41</sup> SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1068, pág. 553.

<sup>42</sup> GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 287.

<sup>43</sup> DÍAZ PELUFFO, Z., **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, cit., págs. 328/329 y 334 a 337.

<sup>44</sup> CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298/299, y págs. 338/339, en una y otra ed.; y **Derecho Público**, cit., págs. 380/381.

<sup>45</sup> VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45.

<sup>46</sup> TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 62.

<sup>47</sup> FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 285 a 296, en esp. págs. 292/293 y 295.

<sup>48</sup> DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143, y **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., pág. 354.

<sup>49</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. cit., págs. 335/336.

<sup>50</sup> MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., pág. 206, vincula la “cosa juzgada específica” a “la anulación en defensa del derecho subjetivo” y “la sentencia *erga omnes*” con la anulación en interés de la regla de derecho o de la buena administración (destacados del autor); pero como se señaló, no analiza la relación entre “el interés de la regla de derecho o de la buena administración” y la legitimación del actor.

<sup>51</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., pág. 621.

<sup>52</sup> GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74.

<sup>53</sup> CAGNONI, J. A., *Impugnación del reglamento*, cit., pág. 130, y **El Derecho Constitucional uruguayo**, cit., pág. 419.

art. 311 establece los dos casos en que el Tribunal puede anular el acto impugnado en atención a los intereses afectados (*supra*, ap. III), y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso, que ahora se considera.

Si la expresión “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” se identificara con el concepto constitucional de “interés legítimo”, entonces las tres dicotomías de los arts. 309 a 311 coincidirían, y el efecto *inter partes* o general y absoluto dependería de la legitimación del actor y quedaría automáticamente definido por ella.

Sin embargo, la expresión “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” no puede ser una descripción, una alusión ni una referencia a la concepción constitucional del “interés legítimo”, porque mientras este último es en ella, nítidamente, una situación jurídica subjetiva del actor<sup>54</sup>, aquellos intereses son con igual nitidez, en tal concepción, ajenos a él y por ende diferentes a su interés, que es además “personal”.

Por otra parte, el necesario “paralelismo” entre los arts. 309 inc. 3º, 310 inc. 3º y 311 inc. 2º, que se da por supuesto de la interpretación de esas tres disposiciones<sup>55</sup>, no es admisible como tal<sup>56</sup>. Las dos primeras disposiciones mentadas plantean términos, a sus efectos, necesariamente excluyentes. Si la situación del actor pretendidamente lesionada no configura un derecho subjetivo y sin embargo está legitimado para promover la acción, necesariamente consistirá en un “interés legítimo”, además personal y directo; asimismo, la locución “en los demás casos” del art. 310 inc. 3º solo deja fuera, a los efectos de la mayoría requerida para anular el acto, “la lesión de un derecho subjetivo” aludido inmediatamente antes. En cambio, la alternativa de los dos incisos del art. 311 no se plantea en términos necesariamente excluyentes, porque si el actor fue lesionado en un derecho subjetivo, ese es precisamente el interés directamente tutelado por la norma, en la expresión constitucional el “interés de la regla de derecho” contrariada en el caso, con lo cual la locución constitucional tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo. Cuando la norma violada por el acto impugnado confiera derechos subjetivos no solo al actor sino también a otros sujetos en similares situaciones, el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” puede justificar la anulación con “efectos generales

<sup>54</sup> Lo afirma CASSINELLI MUÑOZ en el primer párrafo de su célebre estudio: *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., pág. 283; conf: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 880/881.

<sup>55</sup> CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., pág. 298 y pág. 338, en una y otra ed.; REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382; FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., en esp. pág. 286; DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143/144; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334/335.

<sup>56</sup> Tampoco parece de recibo la equiparación o limitación, ni siquiera el paralelismo, entre la desatención del “interés de la buena administración” y la actuación con desviación de poder, que sugiere CASSINELLI MUÑOZ (*El interés legítimo...*, cit., págs. 298/299 y pág. 339 en una y otra ed.; conf. DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143/144). El concepto de “buena administración” requiere por supuesto la actuación sin desviación de poder, como excluye cualquier otra actuación contraria a derecho; pero requiere además la utilización de los medios más adecuados a los motivos y más idóneos para lograr el fin debido. Incluye por consiguiente aspectos de legitimidad y de mérito de la actuación (véase *supra*, nota 8). El concepto limitativo del ilustre maestro parece impuesto por el propósito de lograr el postulado “paralelismo” entre los tres artículos constitucionales de que se trata.

y absolutos”. Entonces, las dos hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente, no coinciden por ende necesariamente con las del art. 309 inc. 3° ni con las del art. 310 inc. 3°, y el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria no depende exclusivamente de la legitimación del actor.

Tampoco parece de recibo “la vinculación o conexión necesaria (dependencia recíproca) entre la especie o clase de norma vulnerada (norma de relación o norma instrumental), el vicio que se deriva de ello (ilicitud o ilegalidad) y la consiguiente titularidad de la situación jurídica subjetiva violada o lesionada (derecho subjetivo o interés legítimo), por constituir un todo inescindible”, que construyó en su notable estudio el recordado Frugone Schiavone<sup>57</sup>. Ello por la imposibilidad de configurar la situación de interés legítimo, en la concepción constitucional uruguaya, a partir de la dicotomía “normas de relación” o “normas instrumentales” (o “de acción”), que está en la base de tal construcción<sup>58</sup>; con frecuencia el derecho positivo tutela el interés público por la vía de consagrar derechos subjetivos en favor de los habitantes o categorías de ellos<sup>59</sup>.

e) Entonces, si la legitimación del actor resultó de la violación de un derecho subjetivo, la sentencia anulatoria tendrá en principio alcance entre las partes (art. 311, inc. 1°), sin requerir declaración alguna del Tribunal al respecto<sup>60</sup>. En cambio, requerirá una declaración expresa en ese caso la anulación “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”, y producirá entonces “efectos generales y absolutos”<sup>61</sup>; así lo ha hecho

<sup>57</sup> FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 286 y sgts.

<sup>58</sup> Véase la fundamentación de lo afirmado en el texto en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 882 a 884, y doct. cit. Sobre la configuración de la situación de interés legítimo a partir de la dicotomía “normas de relación” o “normas instrumentales” (o “de acción”), véase la crítica, en general compartible, de Zola DÍAZ PELUFFO, en **El Recurso Contencioso Administrativo**, cit., págs. 111 a 135; mi opinión sobre la concepción de este último autor en *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo”...*, recién cit., pág. 877 nota 21.

<sup>59</sup> La consagración constitucional de la carrera administrativa, la inamovilidad y el derecho al ascenso, para categorías de funcionarios públicos, son ejemplos flagrantes, entre tantos, de lo dicho en el texto. Véase CASSINELLI MUÑOZ, H., *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, cit., págs. 1230/1231.

<sup>60</sup> En contra, ignorando sencillamente lo dispuesto por el art. 311 inc. 1° sin fundamentación alguna, véase la sentencia del T.C.A. comentada por NESSAR de LENOBLE, Silvana, *Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria*, en **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo**, Montevideo, 2011, págs. 883 a 890.

<sup>61</sup> Por supuesto desde una posición distinta a la aquí sustentada, FRUGONE SCHIAVONE destaca que en “la hipótesis de ilicitud de un acto administrativo”, “la jurisdicción anulatoria está dirigida a la defensa de los derechos subjetivos consagrados y garantizados por la Constitución; *lo que no impide que también esté dirigida a la defensa del ordenamiento jurídico*” (*Notas para un estudio...*, cit., pág. 292, destacado mío). Más terminantemente, criticando la solución constitucional desde su interpretación, SAYAGUÉS LASO había señalado que “se concibe perfectamente que en un recurso planteado por quien invoca la lesión de un derecho subjetivo, la nulidad del acto pueda también justificarse en el interés de la regla de derecho o de la buena administración, ya que dichos conceptos no son incompatibles con el de lesión de derecho” (SAYAGUÉS LASO, E., *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 102); y coincidentemente, GIORGI expuso: “Si bien es frecuente que en los litigios en los que se plantea la violación de un derecho subjetivo perfecto, la decisión administrativa impugnada afecte únicamente una situación jurídica particular -la del accionante-, puede darse el caso de que dicha decisión lesione derechos subjetivos de más de una persona” (**El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 289).

mediante declaración expresa en pronunciamientos anulatorios en que el Tribunal afirmó o dio por supuesta la existencia de violación de derechos subjetivos<sup>62</sup>.

Si la situación lesionada no era de derecho subjetivo, la sentencia anulatoria supondrá necesariamente que el Tribunal entendió, expresa o implícitamente, que el actor estaba legitimado por un interés legítimo, personal y directo y que el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” justificaba la anulación; si así no hubiera sido, habría correspondido la confirmación del acto impugnado (*supra*, ap. III), con reserva de la acción de reparación si se admitiera su ilegitimidad (*infra*, ap. VI). Por ende, la anulación tendrá “efectos generales y absolutos”, sin necesidad de declaración expresa y por directo imperio constitucional (art. 311, inc. 2º)<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal declarando expresamente los efectos generales y absolutos de la anulación, no siempre coherente consigo misma, en casos de ambas legitimaciones posibles del actor: FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *Una sentencia histórica: por primera vez el T.C.A. expresa que su decisión anulatoria tiene efectos generales y absolutos*, en “Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.”, N° 49, Montevideo, 1992, en esp. págs. 94 a 98, sobre sent. publicada en págs. 71 a 77; SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *Anulación del acto administrativo con efectos erga omnes*, en **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo**, cit., págs. 921 a 943. En la jurisprudencia posterior a la relevada por SÁNCHEZ CARNELLI (búsqueda en la base de datos de jurisprudencia CADE por la “frase exacta”: “generales y absolutos”; última sent. N° 753, de 15.10.15), se ubican cuarenta sentencias; en veinte de ellas, se anuló con ese alcance subjetivo, teniendo por objeto en todas ellas actos reglamentarios; y si bien en la mayoría no es sencillo esclarecer cuál fue en concepto del Tribunal la legitimación del actor, existen casos claros de legitimación por ambas titularidades posibles. (Se incluyen además en el total de cuarenta, casos en que la demanda fue desestimada, en que se declaró la cesación de la materia de la contienda por anulación previa con esos efectos, en que se anuló sin declaración sobre su alcance, y en que se anuló por ser acto de aplicación de otro que lo había sido con efectos generales y absolutos). Los fundamentos invocados en la mayoría de las declaraciones expresas consisten en el carácter general del acto y la desigualdad que provocaría la anulación con efecto en la causa; en algunos casos se fundó en la “clara y grave” violación de la regla de derecho, y en alguno se dijo que se lo hacía “por tratarse de un acto reglamentario”. En sentencias publicadas en “L.J.U.”, T. 152, Montevideo, 2015, el Tribunal afirmó que el art. 311 inc. 2º le confiere la “facultad” de ampliar el alcance de la anulación fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada: sent. N° 271, de 7.4.15, caso 17036, págs. J43 a J49 y sent. N° 586/2015, de 11.8.15, caso 17074, págs. J231 a J238; más recientemente: Sent. N° 324/2016, de 14.6.2016, T. 154, Montevideo, 2016, caso 17285, págs. J-127 a J-131. Esa jurisprudencia puede resumirse diciendo que el Tribunal entiende que es competente para atribuir al fallo anulatorio “efectos generales y absolutos” cuando a su criterio existan razones que lo justifiquen, cualquiera sea la naturaleza del acto de que se trate o la legitimación del actor para promover la acción, y que ese alcance sólo ocurrirá cuando así lo declare expresamente; solución que si bien puede sustentarse en una lectura aislada del inc. 2º del art. 311, es difícilmente compatible con la ostensible pretensión del contexto de la disposición de predeterminar los casos en que ocurrirá uno u otro efecto, sin dejarlo librado al criterio del Tribunal.

<sup>63</sup> Dejo para la consideración de los procesalistas, porque es exquisitamente de su especialización, la forma en que corresponde dar participación en la causa a los terceros que, conforme a las normas constitucionales, serán alcanzados por la sentencia definitiva a dictarse, así como la oponibilidad de esa sentencia, si es anulatoria, a los terceros alcanzados por ella que no hayan tenido oportunidad de ejercer su defensa. Pero no puedo dejar de afirmar que la oponibilidad a esos terceros indefensos de una sentencia dictada en causa en que no han podido participar, que he visto sostener jurisdiccional y administrativamente, es la más grosera violación del principio del debido proceso que pueda concebirse. Véase la excelente sent. N° 88, de 5.II.15 (Sassón -r.-, Harriague, Gómez Tedeschi, Tobía, Echeveste), en que se exponen las dos posiciones sostenidas con anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal sobre el tema, y se pronuncia por la que considero arreglada a derecho, concluyendo en la inoponibilidad de esa sentencia al tercero ajeno a la causa; conf. sent. N° 499 de 16.VIII.12 (fuente: banco de datos de jurisprudencia CADE).

## V. MAYORÍA REQUERIDA PARA FALLAR

Para dictar la sentencia definitiva deben concurrir los cinco miembros del Tribunal, pero el número de votos requeridos para acordarla varía según el Tribunal se pronuncie sobre el acto “confirmándolo o anulándolo”<sup>64</sup>.

En todo caso bastará la simple mayoría para “confirmar” el acto, así como para declarar su nulidad cuando la legitimación del actor consiste en la violación de su derecho subjetivo (art. 310, inc. 2º), en principio con “efecto únicamente en el proceso en que se dicte”.

“En los demás casos”, dice la Constitución, se requerirán cuatro votos conformes para pronunciar la nulidad<sup>65</sup>. Puesto que el art. 310, en sus incs. 2º y 3º, se está refiriendo a sentencias anulatorias, las dos hipótesis que se discriminan deben en principio coincidir con las dos en que, conforme al art. 311, el acto puede ser anulado (*supra*, ap. III). “Los demás casos” en que se requerirán cuatro votos conformes son necesariamente todos aquellos en que se anula “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”, cualquiera haya sido la legitimación del actor: en todos los casos si lo fue un interés legítimo, personal y directo, o mediante declaración expresa del Tribunal si consistió en un derecho<sup>66</sup>.

## VI. RESERVA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN

La Constitución agrega que en los casos en que se requieren cuatro votos conformes para la anulación y no se logran, y por ende el acto subsiste, el Tribunal “reservará a la parte demandante la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente

<sup>64</sup> Constitución, art. 310, incs. 2º y 3º. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 615 a 617; CASSINELLI MUÑOZ, H., **Derecho Público**, cit., págs. 378 a 380.

<sup>65</sup> Contra lo que se sostendrá de inmediato en el texto, la mayoría de la doctrina entiende que “los demás casos” son aquellos en que la legitimación del actor consistió en un interés directo, personal y legítimo: SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 551; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 280; DÍAZ PELUFFO, Z., **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, cit., pág. 328; CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298 y págs. 338 en una y otra ed., y **Derecho Público**, cit., pág. 379; REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 73; VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 133; TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 60; DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334.

<sup>66</sup> En contra: GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74, entiende que la mayoría necesaria para conferir efectos generales y absolutos es la misma requerida para anular según la legitimación del actor. La sostenida en el texto es la conclusión a que llega Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (op. cit., pág. 624), aunque partiendo de otra interpretación del inc. 2º del art. 310 y del inc. 1º del art. 311, en los cuales incluye el caso de legitimación por un interés directo, personal y legítimo (op. cit., págs. 616/617 y 620 a 625). La crítica de DÍAZ PELUFFO a la posición del maestro JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (op. cit., págs. 329 a 332) se basa en la afirmación por el primero de la “coordinación lógica” entre los arts. 309 inc. 3º, 310 inc. 3º y 311 inc. 2º, que hasta donde tengo presente fue el primero en sostener (op. cit., pág. 328) y he desechado en el texto (*supra*, parág. IV, ap. d); además, afirmar que la interpretación del maestro “hace totalmente inútil” la distinción constitucional del derecho y el interés legítimo, olvida que ésta opera en ámbito de legitimación, y la cuestión que se analiza en el de los efectos de la sentencia; además es especialmente sorprendente viniendo de quien tan fundadamente ha sostenido la identidad de ambas situaciones jurídicas.

justificada la causal de nulidad invocada”. Están excluidas las hipótesis en que existió violación de un derecho subjetivo del actor, en que tres votos conformes anulan el acto y la acción de reparación queda expedita conforme al art. 312, actual inc. 3°.

La doctrina ha discutido el significado de esta reparación sin anulación, que ocurre cuando la mayoría de los miembros del Tribunal considera que el acto es ilegítimo y sin embargo no se anula. Se ha sostenido que en estos casos, los miembros del Tribunal deberían proceder a una doble votación; en una primera, se votaría por la “confirmación” o la anulación del acto, y podrían optar por confirmar los miembros que estimen no justificada la causal de nulidad y también quienes entendiéndola justificada, consideren que razones de interés público imponen mantener el acto; si no se lograran los cuatro votos para anular quedaría confirmado el acto, y se procedería a una segunda votación por la reserva de la acción de reparación, que ocurriría cuando tres de los miembros consideren justificada la causal de nulidad<sup>67</sup>.

Otra interpretación sostiene que los miembros del Tribunal sólo deben pronunciarse sobre si existe “causal de nulidad” justificada, y el contenido de la sentencia será producto de esa única votación: cuatro votos producirán la anulación, tres la confirmación con reserva de la acción de reparación, y menos de tres sólo la confirmación<sup>68</sup>. Esta interpreta-

<sup>67</sup> En este sentido, en su particular concepción: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., págs. 85, 87, 89, 95 y 138. MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 204 a 206, sostiene que el Tribunal debe hacer un “pronunciamiento en lo anulatorio” declarando “la procedencia de la nulidad”, sin la cual “no podría mantener el acto por razones de interés público sustituyendo la reparación”, optando con ello de oficio “por una fórmula de interés público”; en cambio, si a juicio del Tribunal el vicio no merece la sanción anulatoria, no corresponde en opinión del autor la reserva de la acción reparatoria, sino el rechazo de la demanda. Pero de su exposición no resulta claramente si en su opinión aquel doble (o tal vez triple) pronunciamiento conceptualmente discernible debe formalizarse en sendas votaciones, o si puede estar implícito en una única votación (o eventualmente dos, porque en pág. 207 dice que la reserva de la reparación puede resultar “del mantenimiento del acto agravante”). Contra la opinión generalmente admitida, MÉNDEZ también sostiene que la “sentencia anómala debe llevar una condenación de daños y perjuicios”, y que a la jurisdicción común debe acudirse “a fin de liquidar los daños y perjuicios cuya paga ha sido impuesta” (op. cit., pág. 207).

<sup>68</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 617/618; CASSINELLI MUÑOZ, H., **Derecho Público**, cit., págs. 378 a 380; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 73/74; VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45. TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 60, entiende que la reserva de la acción resulta de la legitimación del actor y del número de votos, pero entre éstos distingue los votos por la anulación y los que “declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”; y afirma que se reservará al actor la acción de reparación por tres votos en cualquiera de esos sentidos. Por su desarrollo, parecería que el autor entendería que en tal caso deberá aplicarse el art. 90 del Decreto-ley N° 15.524, “Ley orgánica del T.C.A.”, cuyo inc. 2° dispone: “Cuando en una misma sentencia deban resolverse distintas cuestiones y se suscitaren discordias parciales, se considerará alcanzado el número de votos para dictarla si sobre cada una de ellas se obtienen los votos necesarios establecidos en el artículo precedente”. Conforme a esta disposición legal reglamentaria de la norma constitucional, deberá procederse en el caso a una votación por cada una de las “distintas cuestiones” a resolver en la sentencia; pero la discrepancia sobre la solución constitucional subsiste, porque ella recae sobre si la reserva de la acción de reparación prevista en el art. 310 inc. 3° es una de las “distintas cuestiones” a resolverse en la misma sentencia previstas en el art. 90 legal, o si por el contrario es un resultado impuesto por la Carta si existen tres votos por la anulación porque quienes los emiten entienden y por lo tanto “declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”.

ción es la ajustada al tenor constitucional, que no prevé ni admite el desdoblamiento del pronunciamiento de los miembros del Tribunal, quienes sólo deben hacerlo por la “confirmación” o la anulación del acto; pero teniendo presente asimismo que la “causal de nulidad justificada” no requiere sólo la ilegitimidad del acto impugnado, sino también la circunstancia de que el “interés de la regla de derecho” en cuya tutela se dictó la norma violada, o el “interés de la buena administración”, justifiquen la anulación del acto contrario a la regla de derecho (*supra*, ap. III). No se trata de que un acto ilegítimo se confirme por razones de interés general<sup>69</sup>; sino que dos miembros del Tribunal entienden que el acto es legítimo, o que siendo ilegítimo no existen razones atinentes al “interés de la regla de derecho o de la buena administración” para anularlo, y por ende no votan por declarar “suficientemente justificada la causal de nulidad invocada” y lo hacen contra la anulación.

La relevancia de que exista o no reserva de la acción de reparación resulta de la relación que la Constitución establece entre las acciones anulatoria y reparatoria en el art. 312, tanto en su redacción original según la interpretación que predominó, como en su texto reformado.

## VII. EFICACIA SUSTANCIAL DE LA SENTENCIA ANULATORIA

La calificación de la sentencia que dispone la anulación de un acto administrativo ilegítimo es compleja<sup>70</sup>.

Por supuesto, tiene un contenido declarativo de la situación jurídica preexistente, en cuanto -sobre el presupuesto de determinadas circunstancias de hecho que se dan por verdaderamente ocurridas- constata la contrariedad del acto con la regla de derecho y la violación o lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (Constitución, art. 309)<sup>71</sup>. La doctrina procesalista señala que toda sentencia contiene una declaración, en cuanto establece como verdad una determinada situación de hecho y de derecho, como antecedente lógico de la decisión<sup>72</sup>, y la sentencia anulatoria no es en ese sentido una excepción.

Pero la eficacia de la sentencia anulatoria no se agota ciertamente en esa declaración. Salvo en aquellos casos en que la ley declare la nulidad de pleno derecho de ciertos actos administrativos<sup>73</sup>, los actos ilegítimos y por tales inválidos no son nulos sino anulables<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Así lo interpreta GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196, basándose en el Informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma de la Cámara de Representantes.

<sup>70</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 736 a 742.

<sup>71</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, en La Valle, Francesco y Cassinelli Muñoz, Horacio, *Acción de impugnación y acción de cumplimiento en lo contencioso administrativo para la tutela de intereses legítimos*, “Rev. D.J.A.”, T. 70, Montevideo, 1971, págs. 121/122; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 77; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 129; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 331.

<sup>72</sup> COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, 1964, págs. 315/316; BARRIOS DE ANGELIS, Dante, **Teoría del proceso**, Buenos Aires, 1979, págs. 203, 204, 249/250.

<sup>73</sup> Por ejemplo, el art. 7° de la Ley N° 16.127, de 7 de agosto de 1990, dispone que “serán nullos de pleno derecho” las designaciones de funcionarios efectuadas en contravención a las disposiciones que contiene la propia Ley. En tal caso, la nulidad puede ser constatada en cualquier tiempo por la



La anulación de un acto, descripta por sus consecuencias jurídicas, consiste en la supresión definitiva de sus efectos con retroactividad al momento de su perfeccionamiento. Para ello, corresponde restituir en el presente una situación idéntica a la que habría existido si el acto anulado nunca se hubiera dictado. La retroactividad de los efectos de la anulación sólo puede consistir en el restablecimiento en el presente de la situación existente antes de la emanación del acto anulado, de manera que la situación venga a ser, jurídica y materialmente, al presente, a partir de la anulación, tal como si aquel acto no hubiera existido<sup>75</sup>. Como el acto administrativo inválido, pese a su ilegitimidad, estaba produciendo sus efectos jurídicos, el restablecimiento de la situación anterior a su dictado importa una modificación de la situación existente antes de la anulación. La sentencia que la dispone ingresa entonces en la categoría de las constitutivas<sup>76</sup>, mediante las cuales el juez consume, por acto propio, una modificación en la situación existente previamente, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas<sup>77</sup>.

---

Administración o por cualquier juez: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág.16.

<sup>74</sup> SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. I, cit., parágs. 327 a 332, págs. 508 a 515; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., parág. 7, págs. 15 a 22. CARNELUTTI distingue detenidamente la nulidad relativa de la anulabilidad: **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. III, Buenos Aires, 1944, pág. 567.

<sup>75</sup> ALESSI, Renato, **La revoca degli atti amministrativi**, Milano, 1956, pág. 9; BALDI PAPINI, Ubaldo, **L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi**, Firenze, 1939, pág. 105; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 147/148.

<sup>76</sup> Conformes en cuanto a la naturaleza constitutiva de la sentencia anulatoria: KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**, UNAM, México, 1979, pág. 283; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria*, "Rev. D.J.A.", T. 65, Montevideo, 1967, pág. 222.; GIORGI, H., **El contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 286; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, **Derecho procesal administrativo**, T. II, Madrid, 1966, pág. 895; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 552; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 77; VÁZQUEZ, María Cristina, *Ejecución de la sentencia anulatoria*, en **Cuarto coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción**, Montevideo, 1998, págs. 51 a 55; TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 61; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 328 y 331; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.1.990, "L.J.U.", T. 102, Montevideo, caso 11711, pág. 345; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, sent. 25.3.992 (Bermúdez -red.-, Mercant, Olagüe García), "L.J.U.", T. 106, Montevideo, caso 12.256, pág. 283/284, y sent. 6.3.96 (Olagüe, Bermúdez -red.-, Bossio), "L.J.U.", T. 113, Montevideo, caso 13.058, pág. 356, citando opinión conforme de Luis TORELLO. En contra, negando naturaleza constitutiva a la sentencia anulatoria, por considerar que la modificación de la situación preexistente operará por el acto revocatorio que la Administración deberá dictar en cumplimiento del fallo: LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., págs. 129/130.

<sup>77</sup> COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., pág. 319; BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 204 y 252, y **El proceso civil**, T. I, Montevideo, 1989, pág. 241; TARIGO, Enrique E., *Sentencia*, en Inst. Urug. de Der. Proc., **Curso de Derecho Procesal**, T. II, Montevideo, 1974, pág. 300. En la categorización de CARNELUTTI, se trata de la sentencia de un proceso de "acertamiento constitutivo", tipo de proceso declarativo de accertamento que se da cuando las normas materiales, para excluir toda incertidumbre en torno a la modificación de una situación jurídica, incluye entre los presupuestos de esa modificación la verificación por el juez de la efectiva existencia de tales presupuestos; en tal caso, la declaración del juez no se limita a constatar una situación existente, sino que la modifica o concurre a modificarla (CARNELUTTI, Francisco, **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. I, Buenos Aires, 1944, págs. 157/158, 160/161, 169 a 171 y 173).

No se ha agotado con lo dicho la eficacia de la sentencia anulatoria. Dictada esa sentencia, la Administración queda vinculada por su eficacia de cosa juzgada, no sólo por el fallo que “declara” la nulidad, sino también por los fundamentos que -aquí sí, estrictamente- declaran cual es -o era- el derecho vigente aplicable a los hechos que se dan por ciertos, porque esos fundamentos constituyen un antecedente lógico inseparable de lo dispositivo, que no puede concebirse sino en necesaria dependencia de aquellos<sup>78</sup>. Entonces, sencillamente en virtud del “principio de legalidad”, la Administración queda obligada frente a todos los que puedan invocar aquella eficacia, a comportarse en la forma que ese derecho vigente le impone. Puede ocurrir que aquel derecho vigente permita a la Administración la opción entre varios cursos de acción igualmente legítimos -uno de los cuales puede o no ser la inactividad-, y entonces subsistirá después de la sentencia el mismo margen de discrecionalidad, que deberá ejercerse ahora sin los vicios -u otros- que llevaron a la anulación del acto. Pero si el derecho vigente le imponía una inactividad y fue contrariado por el dictado del acto anulado, que pese a su ilegitimidad era ejecutable y pudo ser ejecutado total o parcialmente, la Administración estará obligada, como consecuencia de la sentencia anulatoria, a cumplir toda la actividad jurídica y material que sea necesaria para suprimir jurídica y materialmente las consecuencias de aquel acto que no desaparezcan de pleno derecho por el dictado de la sentencia; y si el derecho vigente le imponía una actividad, el conocido como efecto positivo de la cosa juzgada anulatoria le obligará a cumplirla<sup>79</sup>. Este aspecto de la eficacia de la sentencia anulatoria le hace ingresar en la categoría de las de condena<sup>80</sup>, si se entiende por tales “aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no

<sup>78</sup> COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., págs. 431/432; BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 212/213. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sent. 25.5.964, “L.J.U.”, T. 51, Montevideo, caso 6391, pág. 179 y “Rev. D.J.A.”, T. 65, Montevideo, 1967, pág. 226/227.

<sup>79</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *El ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales*, en “Rev. D.J.A.”, T. 55, Montevideo, 1957, pág. 70/72; *La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 220 y sgts.; *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en **Perspectivas...**, cit., págs. 300/301; LA VALLE, F. y CASSINELLI MUÑOZ, H., *Acción de impugnación...*, cit., págs. 114 a 123 y 130/131; GIORGI, H., **El contencioso administrativo...**, cit., pág. 298; MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación...**, cit., pág. 209; REAL, Alberto R., *Ejecución de sentencia anulatoria*, en “Rev. Fac. Der. y C. Soc.”, Año XXI N° 1-4, Montevideo, 1971, pág. 349; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. I, cit., parág. 274, pág. 450, y T. II, cit., parág. 1069, págs. 554/555; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 146 nota 74 y jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo allí citada; y *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., ap. III B), págs. 783 a 787; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino), sent. 23.11.990, cit., pág. 345; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno (Bermúdez -red.-, Mercant, Olagüe García), sent. 25.3.992, cit., pág. 283/284; CARBAJO, Joël, **L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires**, París, 1980, págs. 248 a 253; CHAPUS, René, **Droit administratif général**, T. I, París, 1988, págs. 522/523; VEDEL, Georges, **Droit administratif**, París, 1976, págs. 621/622; VEDEL, Georges y DELVOLLE, Pierre, **Le système français de protection des administrés contre l'administration**, París, 1991, pág. 218.

<sup>80</sup> Conf. LA VALLE, F. y CASSINELLI MUÑOZ, H., *Acción de impugnación...*, cit., pág. 116; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., págs. 129 y 134/135; VÁZQUEZ, M. C., *Ejecución de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 51 a 55; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.11.990, cit., pág. 345. DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 331, limita el aspecto de condena a “los casos que imponen condenas procesales”.

hacer, abstenerse)<sup>81</sup>, o en otra concepción, aquellas cuya “decisión sobre la situación pasada supone el reconocimiento de una acción futura a cargo de una parte, de cuya realización voluntaria o mediante ejecución, depende la satisfacción definitiva”<sup>82</sup>. La acumulación en una sentencia de contenidos constitutivos y de condena no es, ciertamente, una singularidad de la sentencia anulatoria<sup>83</sup>. Lamentablemente, en nuestro país, el contenido de condena de la sentencia anulatoria se desdibuja y debilita por la injustificable negativa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la adopción de medidas coactivas de ejecución de sus sentencias<sup>84</sup>, que cercena a la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente atribuida la potestad que le es inherente, además de juzgar, de hacer ejecutar lo juzgado<sup>85</sup>.

Sin embargo, la eficacia de la sentencia anulatoria encuentra un obstáculo insalvable en la imposibilidad de modificar aquello que materialmente ha ocurrido, o no, en el pasado; no es posible suprimir en su materialidad un acto o hecho realmente ocurrido, o lograr que en la realidad ocurra en el pasado un acontecimiento que no se ha verificado<sup>86</sup>. Cuando esa imposibilidad impide el restablecimiento “*in natura*” actual de la situación jurídica y fáctica que habría existido de no haber tenido lugar el acto anulado, sólo cabe y corresponde la reparación pecuniaria del daño<sup>87</sup>. Este aspecto condenatorio es en nuestro país, por imperio constitucional, ajeno a la sentencia de la acción de nulidad, y es objeto de otro juicio que “se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine”.

Mayo de 2016

<sup>81</sup> COUTURE, E., **Fundamentos...**, cit., pág. 318.

<sup>82</sup> BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 203/204.

<sup>83</sup> Señalan la posibilidad de esa acumulación: CARNELUTTI, F., **Sistema...**, T. I, cit., págs. 176/177; COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., pág. 333, y BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., pág. 204.

<sup>84</sup> Por ej.: Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.- Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.11.990, “L.J.U.”, T. 102, Montevideo, caso 11.711, pág. 342 y sgts. Una promisoría rectificación de esa jurisprudencia puede verse en la sent. del mismo Tribunal N° 543, de 19.9.13 (Gómez Tedeschi, Harriague -r.-, Sassón), en la ejecución de una sentencia de regulación de honorarios, con razonamientos aplicables a toda ejecución de sentencia de esa Sede (Fuente: banco de jurisprudencia de CADE). Véase *supra*, nota 9.

<sup>85</sup> El Tribunal Constitucional español ha dicho explícitamente, y con referencia precisamente al contencioso-administrativo, que “en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está el derecho a obtener la ejecución de los fallos”, y que “dicho derecho fundamental no se satisface simplemente con un fallo declarativo y puramente retórico”: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en derecho español*, en “Revista de Direito Público”, N° 89, San Pablo, Brasil, 1989, pág. 21. Es incuestionable que el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse vigente en nuestro derecho a nivel constitucional a través del art. 72 de la Constitución, y su aplicación inmediata debe hacerse por los medios previstos en el art. 332 de la Carta: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 503 a 543; véase DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, **Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración**, Montevideo, 2009, en esp. págs. 31 a 38 y 94 a 106.

<sup>86</sup> ALESSI, R., **La revoca...**, cit., pág. 9; BALDI PAPINI, U., **L’annullamento...**, cit., págs. 106/107; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 147/148.

<sup>87</sup> GIORGI, H., **El contencioso administrativo...**, cit., págs. 293/294; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. II, cit., parág. 1070, pág. 556; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, cit., ap. II A, págs. 774/775.

