

JURISPRUDENCIA

VARIACIONES SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, LA REVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA ANULATORIA

Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados

*Juan Pablo Cajarville Peluffo**

I. INTRODUCCIÓN

La opinión de la doctrina, al presente unánime o poco menos, concluye que el régimen de recursos y de agotamiento de la vía administrativa no puede considerarse una garantía ni un medio de defensa efectivo para los habitantes, sino un desmedido privilegio de la Administración; para que cumpla alguna finalidad de garantía requiere una modificación de normas constitucionales que permita el acceso a la vía jurisdiccional en un plazo razonable¹. Tal vez la mejor solución sea transformarlo en optativo para el agraviado por un acto administrativo; pero en tanto la Carta no sea modificada en ese punto, sólo cabe reglamentarlo de manera adecuada a la norma superior que disminuya en lo posible su irrazonabilidad.

En ese sentido, se han dictado varias leyes que no es del caso enumerar ahora detalladamente²; una de las más trascendentes y sin duda de más compleja interpretación, cuyo alcance se ha ido develando en su aplicación jurisprudencial y en su análisis doctrinal, es la contenida en el art. 36 del Decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, “Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. A ese esclarecimiento han contribuido las sentencias que se comentarán en esta nota, en que aparecen “variaciones”³ sobre el tema,

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

¹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, **Recursos Administrativos**, 4ª ed., F.C.U., Montevideo, 2008, págs. 11 a 14 y 269 a 274, y doctrina conforme.

² CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., *in tot.* y en esp. págs. 16 a 41.

³ En sentido análogo al musical: “Cada una de las imitaciones melódicas de un mismo tema” (Dicc. RAE).

y otros vinculados o derivados. Entre estos, el nada sencillo de la revocación de oficio de los actos que se suponen “creadores de derechos *adquiridos*”.

II. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La facilidad con que los medios informáticos permiten actualmente el acceso a la jurisprudencia de los tribunales probablemente justifica que no se incluya en las publicaciones el texto completo de las sentencias anotadas, junto a sus comentarios. Pero siendo así, la debida comprensión del análisis requiere un planeamiento detallado del caso sobre el cual recaen el o los fallos. A eso se destina el siguiente planteamiento⁴.

a) El caso se inicia con la Resol. N° 150/004 del Ente que después sería demandado, disponiendo el “Llamado a Concurso de Méritos y Antecedentes para la provisión de dos cargos de Ingeniero Agrónomo Supervisor”.

b) Por Resol. N° 472/004, de 28.4.04, “se integró el Tribunal de Concurso encargado de establecer las bases, supervisar y decidir el referido concurso”.

La Resol. N° 1546/004 definió “criterios especiales para ponderar en forma diferencial, en los ítems de méritos y antecedentes, la especialización de los concursantes en materia agrícola ganadera y forestal”; pero la Resol. N° 753/005 de 6.7.05, resolviendo recursos interpuestos por otros dos funcionarios, revocó la recién mentada Resol. N° 1546/004.

La Resol. N° 888/005 aprobó las bases del concurso; y la N° 181/006, de 22.2.06, designó a los funcionarios G.T. y J.M. en los dos cargos concursados.

c) En tiempo y forma, el funcionario del mismo Ente Ing. J.P. presentó sendas demandas de nulidad contra las resoluciones aludidas en el ap. b):

- impugna la Resol. N° 472/004, “por la cual se designó al Ing. A.I. como miembro del Tribunal de Concurso de Ingeniero Agrónomo Supervisor”, por entender que con dicha designación “se violenta sus derechos, ya que no se le ofrecen garantías suficientes de su imparcialidad”, porque “ha sido denunciado por el compareciente por la persecución ejercida sobre su persona”.
- impugna la Resol. N° 753/005, que dejó sin efecto la anterior N° 1546/004 que había establecido criterios especiales para ponderar en forma diferencial los méritos y antecedentes para el concurso de Ingeniero Agrónomo Supervisor. Agrega que los argumentos esgrimidos por los impugnantes del acto revocado no son ciertos, porque todos los Ingenieros Agrónomos egresados con antelación al año 1990 “debieron optar por una especialización y/u orientación”, y la revocación desconoce “una realidad con fundamentos técnicos, en beneficio de algunos y en detrimento del actor, quien posee la especialización Agrícola Ganadera”. Agrega que la Administración “se dejó llevar por la arbitrariedad, el abuso de poder, y la omisión en respetar y garantizar los derechos del compareciente”⁵.

⁴ Me atengo especialmente a: *Result.* I a IV de la sentencia del T.C.A. N° 527, de 21 de junio de 2011, y *Consid.* VI “Antecedentes” de la sentencia del T.C.A. N° 408, de 19 de julio de 2016. Todas las resoluciones del Ente demandado mencionadas en el texto emanaron de su Directorio.

⁵ Según lo que resulta de las sentencias de que se trata, y sin haber examinado los expedientes respectivos, la impugnación jurisdiccional de la Resol. N° 753/005 pudo haber sido entablada cuando

- impugna la Resol. N° 888/005, porque aprueba criterios para ponderar los méritos “que varían de los mantenidos hasta el presente (siempre se otorgó mayor puntaje a la capacitación para el cargo, ahora prevalece la antigüedad)”, “con el fin de perjudicarlo por cuanto es el único funcionario del Departamento que cuenta con los conocimientos exigidos para tal designación”.
- impugna la Resol. N° 181/006, designando a dos funcionarios en los cargos concursados, reiterando para ello los agravios esgrimidos respecto de las otras recurridas.

d) La Sentencia N° 527 del T.C.A., de fecha 21 de junio de 2011, acogió las demandas promovidas en los expedientes acumulados detallados en el apartado precedente y, en su mérito, anuló los cuatro actos impugnados:

- la Resol. N° 472/004, “que designa como presidente del Tribunal de concurso al Ingeniero A.I.”, entendiendo probado el vicio que se invoca y considerando “evidente que la designación del Ing. I. como presidente del Tribunal de concurso, afectaba las garantías del actor concursante, viciando todo el procedimiento” (*Consid.* III);
- la Resol. N° 753/005, “que acogiendo los recursos interpuestos por dos postulantes al concurso, revoca la RD 1546/04”; así como la Resol. N° 888/005, “acto por el cual se aprueban las nuevas bases del concurso”, por estimar “que fueron viciados por desviación de poder” (*Consid.* IV); y
- la Resol. N° 181/006, “que designó para ocupar dos cargos de Ingeniero Agrónomo Supervisor, a los funcionarios G.T. y J.M.”, su nulidad “se impone por el vicio de la RD N° 472/2004”, por ser “aplicable en la especie, el principio jurisdiccional de ‘nulidad en cascada’ principio según el cual, el vicio del acto originario, inficiona de nulidad, todos los actos posteriores conexos con aquél o que de aquél dependen” (*Consid.* V).

la acción había caducado por aplicación de lo dispuesto en el art. 36 del Decreto-ley N° 15.524, de 9.I.84 y art. 9° inc. 1° de la Ley N° 15.869 de 22.VI.87. El acto en cuestión, de fecha 6.VII.05, se dictó resolviendo recursos administrativos de otros funcionarios; por lo tanto conforme al mentado art. 36 inc. 1°, habrían agotado la vía administrativa (véase lo expuesto por el autor de esta nota en: **Recursos Administrativos**, cit., págs. 135 y 253 a 257, y confs., sents. T.C.A. reseñadas en loc. cit. pág. 257, texto y nota 53). Pero del *Result.* I de la Sent. N° 498/016 se infiere que el Ing. J.P. la habría recurrido administrativamente, y el *Consid.* I de la Sent. N° 527/011 consigna parcamente que “en la especie se verifica el correcto agotamiento de la vía administrativa”, sin proporcionar detalles. Ahora bien, aunque esa acción hubiera caducado, la sentencia, según se dirá de inmediato, acogió la demanda y falló sobre el fondo anulando todos los actos impugnados en las acciones acumuladas. Por ende, deberá interpretarse que respecto a dicho acto, el actor y luego el propio Tribunal adhirieron a la solución que reconoce, tanto al anterior impugnante como al tercero, la opción por volver a recurrir en vía administrativa patrocinada por la jurisprudencia citada en la nota 52, págs. 256/257 de **Recursos Administrativos**, cit. El Tribunal había revisado esa posición, rechazando la existencia de tal opción en la Sent. N° 1158/999 de 13.10.999 recogida en **Recursos Administrativos**, cit., pág. 257 (confs. Sents.: N° 210 de 5.4.000; N° 481 de 14.6.000; N° 737 de 6.12.004; N° 393 de 25.7.07; N° 492 de 10.9.07; N° 450 de 30.9.014 y N° 453 de 9.10.14); sin embargo, volvió a sostenerla en Sents.: N° 1201 de 5.11.99; N° 277 de 22.5.002; N° 79 de 13.2.08; N° 287, de 9.5.013 (todas en banco de jurisprudencia CADE). Como puede observarse, ambas soluciones se han alternado en las decisiones del Tribunal, pese a que son contradictorias: admitir una nueva recurrencia requiere entender que la anterior no agotó la vía administrativa. Aun así, debe reconocerse una vez más el mérito de esa jurisprudencia cuando tiende a facilitar el acceso a la jurisdicción.

e) El 21 de setiembre de 2011 el Directorio del Ente en cuestión dictó la Res. N° 0646/011, que en su N° 1° dispuso: “Anúlense las Resoluciones de Directorio Nos. 472/2004, 753/05, 888/2005 y 181/2006, de fechas 28 de abril de 2004, 6 de julio de 2005, 10 de agosto de 2005 y 22 de febrero de 2006”; vale decir, los cuatro actos administrativos anulados por la Sent. N° 527/011 del T.C.A. reseñada en la letra d) precedente.

f) El 8 de junio de 2012, el Ing. J.M. compareció ante el T.C.A. promoviendo demanda de nulidad contra la Resol. N° 0646/2011 del Directorio del Ente demandado, que había impugnado mediante el recurso de revocación interpuesto en tiempo y forma, sobre el cual recayó denegatoria ficta. La demanda fue introducida en tiempo útil y así lo consigna el Tribunal (*Consid.* II de la Sent. N° 408/016 recaída en la causa).

Fundó su pretensión en que en ninguno de los recursos administrativos que precedieron a la acción de nulidad que culminó con la Sentencia N° 527/011, ni en ese proceso jurisdiccional, ni más tarde en el procedimiento administrativo que condujo a la Resolución N° 0646/011 objeto de su propio accionamiento, fue notificado ni emplazado, ni tuvo noticia alguna de su existencia, vulnerando “el principio del contradictorio y de la debida defensa” y causando su indefensión, lo que conlleva la anulación de la resolución impugnada; que ésta lesiona su derecho al cargo, al que accedió por concurso y ejerce hace más de cinco años; y que la resolución impugnada desconoce el alcance de la sentencia anulatoria y sus efectos, limitados al caso concreto y a las partes intervinientes en el proceso, y no le resultan oponibles (*Result.* I Sent. 408/016).

g) La demandada negó la existencia de indefensión en vía administrativa, “desde que todos los actos recurridos por P. fueron mantenidos” por la Administración; que el Ente “procedió al dictado del acto en causa como consecuencia del acatamiento al fallo” N° 527/011, “lo cual implicó necesariamente la nulidad del acto que designaba al actor”; que no puede admitirse lesión al derecho al cargo, en razón del efecto “ex tunc” de la sentencia anulatoria, “que es indiscutible que no existen derechos adquiridos contra la legalidad” y que “constituye cosa juzgada que el accionante no tiene derecho al cargo en cuestión, que venía desempeñando” (*Result.* II Sent. 408/016).

El Ing. P. dedujo tercería “invocando su interés en que se mantenga firme la resolución que se impugna en autos” (*Result.* III Sent. 408/016).

h) La Sent. N° 408, de 19 de julio de 2016, adoptada por mayoría⁶, coincidiendo con lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, acogió el planteo anulatorio impetrado⁷, con una discordia.

Sus fundamentos comienzan por señalar que “la resolución impugnada es consecuencia del dictado de la Sentencia [...] N° 527/211” (*supra*, letra d). Afirma que “asiste plena razón al accionante” al plantear que la Sent. N° 527/2011 “no le resulta oponible”; recayó “tras

⁶ Conformes: Ministros Dr. Echeveste (r.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Vázquez Cruz.

⁷ Corresponde tener presente que por Sent. N° 88/015, de 5 de febrero de 2015, dictada por unanimidad (Ministros Dra. Sassón -r.-, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste) en acción de nulidad promovida por el Ing. G.T. (el otro funcionario designado conjuntamente con el Ing. J.M. por la Resol. N° 181/006, *supra*, este ap., letra b), el Tribunal anuló la misma Resol. N° 0646/011 (*supra*, este ap., letra e) anulada por la Sent. N° 408/016 ahora reseñada en el texto. Los argumentos de ambas sentencias, por supuesto, son absolutamente coincidentes; las diferencias consisten en que la posterior, suscrita por mayoría, transcribe a la precedente y agrega alguna otra transcripción coincidente.

un proceso contencioso anulatorio en el que el hoy accionante no tuvo participación ya que no fue emplazado” y “de una anulación por violación de un derecho subjetivo del promotor de aquel accionamiento, más precisamente por la afectación de las garantías del debido procedimiento administrativo que asistían al concursante P.[...]”. “De esta manera, en tanto lo que se afectó fue un derecho subjetivo del allí demandante, conforme a lo dispuesto por el art. 311, inc. 2º [sic], de la Constitución, la decisión tiene efecto únicamente en el proceso en que se dicta y [...] los efectos de la sentencia del Tribunal no pueden alcanzar a los terceros que no fueron parte del proceso”. Transcribe en ese sentido jurisprudencia que recoge prestigiosa doctrina en su respaldo (*Consid. IX*)⁸.

Agrega por último en su fundamentación la mayoría “que también es de recibo el agravio del accionante relativo a que en el trámite administrativo que concluyó con el dictado de la resolución encausada se omitió el otorgamiento de una vista previa a su respecto, lo que lo dejó en indefensión”, dado que “se trataba de una actuación seguida de oficio, iniciada a efectos de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuyo resultado podía perjudicar al aquí accionante, y en los hechos efectivamente lo perjudicó, desde que implicó la revocación de su designación en el cargo [...], conculcándose de ese modo las garantías del debido proceso” (*Consid. XII*).

i) La discordia⁹ entendió que “corresponde desestimar la pretensión anulatoria”, en primer lugar porque “[p]or el acto que se impugna, la Administración procedió a dar cumplimiento a la sentencia anulatoria dictada por este Tribunal”; y así, “el numeral 1º del acto resistido, cabe señalar que anula las resoluciones que previamente había anulado el Tribunal y que los numerales 2º y 3º apuntan a la recomposición de la situación encauzando el concurso a modo de subsanar los vicios relevados por el Tribunal” (num. 1).

Trae a colación los principios ampliamente aceptados por la doctrina procesal que están recogidos en el C.G.P. art. 318.3: “son alcanzados por la cosa juzgada los terceros cuyos derechos dependen del acto cuya validez ha sido juzgada, solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito. Para lo cual quien acciona debe pedir que se dé noticia del juicio a todos aquellos a los que pretende que queden alcanzados por la sentencia a recaer.[...] de no procederse de ese modo, la sentencia es inoponible a los terceros a quienes la decisión puede perjudicar”. Recuerda la opinión coincidente de Sayagués Laso, y concluye con precisión: “No es entonces un problema de falta de vista previa, como alega el actor, ni tampoco es el caso de que se vea privado de un cargo que adquirió legítimamente como también sostiene. Es pura y simplemente una cuestión de inoponibilidad de la sentencia anulatoria N° 527/2011, que conduce ‘al absurdo de que la anulación del acto produciría efectos entre el accionante y la Administración, y no frente a los terceros, respecto de los cuales el acto continúa teniendo validez’ ”¹⁰ (num. 2).

⁸ Se prescinde ahora de analizar la cuestión, planteada por la demandada y rechazada por el Tribunal, acerca de si la comparecencia del actor como testigo en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011 puede considerarse un “conocimiento judicial del pleito” que le haga oponible este fallo (*Consid. X*).

⁹ Ministra Dra. Alicia Castro.

¹⁰ La opinión de Enrique SAYAGUÉS LASO y el doble entrecomillado final en la transcripción de la discordia corresponden al **Tratado de Derecho Administrativo**, tomo II, 4ª ed., Montevideo, F.C.U., 1987, pág. 602.

“Lo que motiva mi discordia -continúa diciendo la Dra. Castro en el num. 3- es la perplejidad ante lo paradójico que resulta que el propio Tribunal anule una resolución de la Administración que no podría tildarse de ilegítima, ya que no hace más que dar cumplimiento a un fallo anulatorio que él mismo ha dictado. Es casi un sinsentido que el Tribunal haya dictado un fallo anulatorio y luego impida su cumplimiento”.

Recuerda que durante mucho tiempo el Tribunal evitó el absurdo considerando irrelevante la falta de noticia al afectado como obstáculo para ejecutar una sentencia anulatoria, citando como ejemplo la Sent. N° 489/001 de 13.8.01. Pero “la cuestión luego fue revisada teniendo en cuenta que el derecho de defensa es un derecho fundamental que no puede ser negado ni soslayado”. Así, agrega, “parece haberse creado una situación difícil: el cumplimiento de la sentencia anulatoria por la Administración perjudica a quien se beneficiaba por el acto anulado, sin que haya tenido oportunidad de defenderlo. Ante esa comprobación, el Tribunal ha optado por lo que bien podría considerarse una contradicción performativa¹¹: anular los actos de cumplimiento de la sentencia”.

Se continúa leyendo en la fundada discordia: “A mi juicio, una sentencia anulatoria que no se puede cumplir porque no es oponible a quien fue indebidamente beneficiado por el acto ilegítimo que se anula, es una sentencia que no tiene sentido. Ni siquiera es ya necesaria para ejercitar la acción reparatoria. Como creo -con Neil MacCormick- que las decisiones jurisdiccionales deben tener sentido en el contexto del sistema jurídico y también en el mundo, me resisto a aceptar ese resultado”¹². Cita en su respaldo la sentencia del mismo Tribunal N° 489/2001, redactada por el recordado Ministro Dr. Víctor Bermúdez, donde se sostuvo que es impensable la procedencia de una anulación jurisdiccional de un acto administrativo que se limita a disponer lo necesario para prestar cabal acatamiento a una sentencia anulatoria dictada con arreglo a derecho (num. 4 de la discordia).

Enuncia luego tres órdenes de consideraciones que le permiten discrepar con la decisión en mayoría e inclinarse por desestimar la demanda. En primer lugar (num. 5), que al dictarse sentencia anulatoria, el acto se extingue de pleno derecho, y la administración debe adoptar todas las medidas necesarias para cumplir el fallo anulatorio, dictando los actos y realizando las operaciones materiales necesarias para cumplir cabalmente con la sentencia¹³. Solo podría calificarse como ilegítima una actuación no orientada al cumplimiento, y no califica como tal un acto dictado a consecuencia de un fallo anulatorio que se ajuste en

¹¹ Si se procurara un paralelismo o una correspondencia entre el calificativo “performativo” (traducción del inglés *performative*: FERRATER MORA, José, **Diccionario de Filosofía**, Madrid, 1980, T. 3, voz “*performative*” y T. 2, voz *ejecutivo*) y la conocida clasificación doctrinal de las sentencias en *declarativas, constitutivas y de condena* (puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 736 a 740, y doct. cit.), pienso que, en tal contexto, el paralelismo o correspondencia procurados se configurarían adecuadamente con el carácter *constitutivo*; lo cual es coherente con el mismo carácter constitutivo (aunque también declarativo y eventualmente de condena) de ambas mentadas sentencias. Pero obsérvese que la Dra. Castro, desde la perspectiva de su distinguida especialización académica, no aplica el calificativo a cada una de las sentencias del T.C.A. que señala en “paradójico” conflicto, sino a la contradicción en sí misma, o tal vez más precisamente a la solución a ella por la que ha optado el Tribunal.

¹² La cita corresponde a: MacCORMICK, Neil, **Legal reasoning and legal theory**, Oxford, University Press, 1978, p. 103.

¹³ Transcribe en su respaldo la enseñanza de SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. II, cit., pág. 596.

su contenido a lo establecido por el Tribunal; “anular ese acto equivale a perpetuar el efecto jurídico de los actos anulados, priorizando un supuesto derecho que no es tal pues fue adquirido contra legem”.

En segundo lugar (num. 6), que la sentencia N° 527/011 anuló el concurso convocado para proveer los cargos en cuestión por entender que hubo desviación de poder en el procedimiento, y es por vía de consecuencia que declara la nulidad de la resolución que ascendió al actual actor. Quien demandó la nulidad en aquel juicio [en que se dictó dicha sentencia] no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo, sino un interés legítimo, personal y directo a concursar para ascender, que se vio lesionado porque la Administración, al designar el tribunal y modificar las bases del concurso, actuó con desviación o abuso de poder. De ese modo aquella situación no encuadra en lo dispuesto por la Constitución art. 311, inciso 1 -lesión de un derecho subjetivo- sino en que la Administración, al incurrir en abuso o desviación de poder, actuó violando reglas de derecho o de buena administración y con ello lesionó el interés legítimo de aquel impugnante, encuadrando en lo dispuesto por el art. 311 inc. 2°, que dispone que la sentencia “producirá efectos generales y absolutos”¹⁴.

En tercer término (num. 7), sostiene que “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva”; “el actor sólo hace caudal de una cuestión formal -la falta de citación en el juicio anulatorio precedente- sin señalar siquiera someramente que efectivamente tenía alguna defensa para oponer a la anulación, es decir, sin señalar ninguna defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear en aquella oportunidad”; “es relevante la circunstancia de que ahora no señale ningún argumento que se haya visto privado de exponer y eventualmente probar en aquel juicio en defensa de los actos anulados que eran el sustento del derecho que esgrime. Nuestra doctrina procesal enseña que no hay indefensión sólo por razones formales, sino que quien alega indefensión tiene la carga de mostrar que tenía defensas que se vio impedido de oponer. Es el principio de trascendencia [...], quien alega indefensión debe señalar que tenía defensas y no pudo oponerlas. Esas defensas deben articularse para demostrar que hubo realmente indefensión. De ese modo el principio de trascendencia evita que la normativa procesal se convierta en extremadamente ritualista”¹⁵. “[...] el actor que argumentó no haber podido defender la validez de los actos que fueron anulados, no ofrece ninguna razón para demostrar que podía haber defendido su derecho mostrando que -contra lo que consideró el Tribunal- aquellos actos eran legítimos. Su único argumento que, en definitiva, es la indefensión, queda en una cuestión meramente formal carente de trascendencia”.¹⁶

¹⁴ Cita en su respaldo a los maestros SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado...*, T. II, cit., págs. 602, y CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya*, en **Derecho Constitucional y Administrativo**. Estudios compilados por Carlos Sacchi, Montevideo, La Ley, 2010 p. 338-339.

* **ADVERTENCIA:** en la versión del notable estudio del maestro CASSINELLI MUÑOZ que acaba de citarse, en la pág. 341, el renglón número treinta, que comienza con la palabra “revocar”, **debe decir “provocar”**.

¹⁵ Cita conforme: VESCOVI, Enrique y colaboradores, **Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado**, Tomo 2, p. 416.

¹⁶ Terminada con esto la exposición del caso analizado principalmente en esta nota, que no me pareció conveniente interrumpir introduciendo otro no menos complejo, creo oportuno volver a la Sent. del T.C.A. N° 450 de 30.9.014, citada en la nota 5 por otro motivo, que merece alguna consideración más

detenida. No ahora por su importancia -que la tiene- en cuanto al régimen de fondo de los actos impugnados, sino por algunas de las soluciones en materia de agotamiento de la vía administrativa en que se concluye. Para comprenderlas, se esquematizará seguidamente el desarrollo de este otro caso: -La Resol. del MVOTMA N° 588 de 3.9.07 concedió una autorización ambiental previa a FGP. El 26.2.08 CCR y otra interpusieron recursos de revocación y jerárquico contra esa Resol. N° 588/007, que no les había sido notificada; el MVOTMA, resolviendo el primer recurso, dictó la Resol. N° 1098 de 16.11.08, revocando la Resol. N° 588/007, y por ende no se franqueó el jerárquico porque la pretensión deducida había sido satisfecha. Así, la vía administrativa no se tendrá por agotada mediante dichos recursos interpuestos (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., págs. 255/256).

-FGP, beneficiario de la autorización revocada, interpuso entonces recursos de revocación y jerárquico contra esa Resol. N° 1098/008 del MVOTMA. Resolviendo el primero, el Ministerio confirmó el acto impugnado, pero franqueado el jerárquico, el Poder Ejecutivo revocó la Resol. N° 1098/008 del Ministerio mediante la Resol. PE/449, de 16.12.09, notificada a CCR el 28.12.09.

-El 25 de febrero de 2010, CCR y otra presentaron demanda de nulidad ante el T.C.A. Los actos objeto de la demanda fueron: la Resol. del MVOTMA N° 588 de 3.9.07 y la Resol. del Poder Ejecutivo N° PE/449 de 16.12.09. De la comparación de las fechas de notificación del último acto y de presentación de la demanda, cabe inferir que no se presentaron en ese lapso recursos administrativos por los actores contra los actos impugnados.

-Sobre esa acción de nulidad, recayó la Sent. N° 450 de 30.9.014 que se considera en esta nota al pie. El Tribunal comienza por proclamar, invocando el respaldo del maestro Horacio Cassinelli Muñoz, que en cuanto “revocación de revocación”, “esta última Resol. del Poder Ejecutivo resulta ser, en puridad, confirmatoria de la Resol. original del MVOTMA, por lo cual, en estricto rigor, cabe considerar como único acto impugnado a la Resol. del MVOTMA N° 588/007” (*Consid. I a IV*). Sobre ese supuesto, concluye que “la demanda de nulidad de autos fue incoada en tiempo y forma”, invocando para ello que: “Contra dicho acto [Resol. N° 588/007] [...], interpusieron éstos [los actores] los correspondientes recursos de revocación y jerárquico el día 26 de febrero de 2008”, que “el MVOTMA acogió el recurso de revocación interpuesto, pero luego el Poder Ejecutivo revocó la Resol. revocatoria, mediante el dictado de la Resol. V/449 de fecha 16 de diciembre de 2009, la cual vale como acto confirmatorio de la volición impugnada” (*Consid. IV*).

La admisión de la acción de nulidad sin la previa impugnación de la Resol. V/449 sería incuestionable conforme a lo dispuesto por el art. 36 del Dec.-ley N° 15.524 (**Recursos Administrativos**, cit., págs. 253 a 255); pero con acierto, el T.C.A. interpretó ese acto como meramente confirmatorio de la Resol. N° 588/007 del Ministerio que había otorgado la autorización.

En cuanto al agotamiento de la vía administrativa respecto de este último acto, que así devino el único objeto de la acción, es verdad, como señala el Tribunal, que “[c]ontra dicho acto [la Resol. MVOTMA N° 588/07], [...] interpusieron éstos [los actores] los correspondientes recursos de revocación y jerárquico el día 26 de febrero de 2008”, y que “el MVOTMA acogió el recurso de revocación interpuesto”; también lo es que “luego el Poder Ejecutivo revocó la Resol. revocatoria, mediante el dictado de la Resol. V/449 de fecha 16 de diciembre de 2009, la cual vale como acto confirmatorio de la volición impugnada”, y que “[e]sta última Resol. fue notificada a los actores con fecha 28 de diciembre de 2009”. Pero cabe señalar que el recurso de revocación contra la Resol. MVOTMA N° 588/07 acogido por el Ministerio fue interpuesto por los actores CCR y otra, y que el jerárquico en su subsidio no fue franqueado por haberse satisfecho la pretensión del recurrente (por eso fue debida la nueva impugnación administrativa de FGP); pero en cambio, la revocación de aquel acogimiento (que valió como confirmación del acto de otorgamiento de la autorización) ocurrió al decidir el recurso jerárquico de FGP, beneficiario de la autorización. Entonces, el agotamiento de la vía administrativa admitido por el T.C.A., ocurrió mediante recursos de revocación y jerárquico interpuestos por sujetos distintos (el primero por el agraviado por el acto y actor en la demanda de nulidad; el segundo por el beneficiario del acto), que ejercieron pretensiones contradictorias; cuestión que el Tribunal no abordó.

El aspecto subjetivo de la cuestión: la diferencia en la persona recurrente en uno y otro recurso, es admitida explícitamente por la norma legal (Dec.-ley N° 15.524, art. 36 inc. 2º) y su constitucionalidad no parece cuestionable (**Recursos Administrativos**, cit., pág. 253, nota 44). La extensión de esa misma solución a la discordancia entre las pretensiones deducidas en los recursos (el recurrente en revocación pretendía la extinción del acto, y el que lo fue en el jerárquico pretendía su “confirmación”) es una consecuencia necesaria de la recién admitida constitucionalidad del aspecto subjetivo de la cuestión, y de su acumulación con la admisión legal de la solución formal sobre el concepto de agotamiento de la vía administrativa (**Recursos Administrativos**, cit., págs. 256 a 259). La diferencia en el pretensor de cada uno de los recursos considerados al efecto del agotamiento de la vía

III. CUESTIONES A CONSIDERAR

Del caso planteado resultan, entre otras, las siguientes cuestiones de interés, que serán analizadas en esta nota:

- a) alcance subjetivo de las Sents. del T.C.A. N° 527/011 y N° 408/016;
- b) legitimidad o ilegitimidad del acto anulado por la Sent. N° 408/016;
- c) revocabilidad de oficio del nombramiento anulado por sentencia inoponible al designado.
- d) cumplimiento del fallo anulatorio dispuesto por la Sent. N° 527/011.

IV. ALCANCE SUBJETIVO DE LAS SENTENCIAS DEL T.C.A.

1. Si el presente fuera un comentario solamente de la Sent. N° 408/016, este análisis debería comenzar por el punto que aparecerá en segundo lugar. La mayoría del Tribunal consideró que el acto administrativo objeto de la causa era ilegítimo por violación del principio de debida defensa en vía administrativa y por esa razón debía ser anulado, y así se decidió; en cambio, la discordia sostuvo que procedía desestimar la pretensión anulatoria. Ese punto debería ser entonces el primero a considerar ahora.

Pero su dilucidación, como se verá, requiere esclarecer previamente el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/011, y entonces este último tema se antepone en la consideración, arrastrando consigo la misma cuestión en cuanto a la Sent. N° 408/016.

2. La Constitución, como ocurre en tantos temas con relevancia administrativa¹⁷, contiene una detallada regulación, de enorme trascendencia, sobre la acción de nulidad de los actos administrativos¹⁸: regula la competencia para juzgarla y el órgano al que se

administrativa, acarrea con necesidad la diferencia entre las pretensiones de uno y otro; el supuesto constitucional de que el recurso subsidiario deba interponerse conjuntamente con el de revocación se cumple.

Sin embargo, existe jurisprudencia admitiendo el agotamiento de la vía administrativa con la resolución del recurso de revocación, sin resolución del jerárquico: Sents. N° 507/996, de 22.7.96, y N° 153/002, de 3.4.0. Todo lo cual es coherente con la teoría de la opción reconocida al agraviado (*supra*, nota 5), y cabe reconocerle el mismo mérito.

¹⁷ La cuestión me ha llevado a sugerir que tal vez sea preferible hablar de “administrativización de la Constitución”, en lugar de la tan mentada “constitucionalización del Derecho Administrativo”. Seguramente la adecuación de la denominación al fenómeno dependa del punto de vista desde el que se observe. Mirado desde el punto de vista formal con que se define generalmente el Derecho Constitucional (como materia), parece preferible designarlo como “administrativización” de la Constitución, porque se refiere al contenido de las normas que se incluyen en la materia que así se denomina generalmente; recuérdese al respecto la preocupación del maestro Justino Jiménez de Aréchaga por el estudio global y sistemático de todas esas normas. Desde el punto de vista de la relevancia jurídica del fenómeno, en especial de la eficacia formal de las normas, sin duda lo relevante es la “constitucionalización” de las que suelen considerarse propias del Derecho Administrativo. De todas maneras, es obvio que el objeto observado es siempre el mismo, y su importancia se percibe observándolo desde ambas perspectivas, que se refuerzan dialécticamente. Sobre la cuestión: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *El marco constitucional del Derecho Administrativo. Reflexiones desde el derecho uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 405 y sgts., en esp. págs. 406 a 422.

¹⁸ Sobre estos temas, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 617 a 655, y la bibliografía básica referida.

confiere, la legitimación que debe invocar el actor, los motivos por los que puede decidirse, el contenido posible de la sentencia y los intereses en atención a los cuales puede disponerse la anulación; punto este último de singular relevancia ahora, porque ha merecido regulación constitucional en un mismo artículo con el que se trata de dilucidar: el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria. Ambos temas han merecido conjuntamente una de las disposiciones más confusas de la Carta¹⁹.

3. Aquellos intereses en atención a los cuales se puede declarar legítimamente la nulidad de un acto administrativo se definen así en el art. 311 (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, incs. 2° y 3°): 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. En primer lugar, porque la “regla de derecho” no es ni puede concebirse como una entidad subjetiva portadora de intereses; 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; pero con ello puede no agotarse el ámbito de intereses eventualmente afectados, porque es posible 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, la mención de “la buena administración” no puede significar, en el contexto constitucional, que el Tribunal pueda declarar la nulidad por razones de mérito²⁰; tampoco cabe suponer 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. Dicho negativamente, la disposición significa que el Tribunal, que no puede anular el acto impugnado por razones de mérito sino sólo por contrariedad con una regla de derecho, tampoco puede

¹⁹ Me atengo en lo que sigue a lo que sostuve más ampliamente en: *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 50, Montevideo, 2016, págs. 7 a 25, en esp. ahora págs. 10 a 19, con amplia exposición de las demás soluciones patrocinadas en nuestra doctrina y jurisprudencia.

²⁰ El concepto de “buena administración” excluye cualquier actuación contraria a derecho; requiere por supuesto la actuación sin desviación de poder, y la opción por un medio inapto para lograr el fin debido causa ilegitimidad de la actuación. 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, porque la opción, entre varios medios idóneos para el fin legítimo, por aquél que se entienda lo es *en mayor grado*, es cuestión de mérito y no de legitimidad (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 50 a 53 y págs. 64/65, en esp. nota 121).

hacerlo simplemente para satisfacer el interés del actor²¹, salvo cuando el derecho positivo lo configure como un derecho subjetivo asegurando su satisfacción; 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.

El postulado precedente es coherente con el concepto constitucional de “interés legítimo”, que atento a lo dispuesto en el art. 309 inc. 3º y descartada como viene de hacerse la hipótesis de titularidad de derecho subjetivo, legitimará en este caso al actor; situación subjetiva cuya satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad de dictar el acto en cuestión²². Si el interés general directamente tutelado por la norma ha sido satisfecho, pese a la ilegitimidad del acto impugnado, la mera insatisfacción del interés subjetivo del actor, aunque legítimo²³, no da lugar a la anulación²⁴; 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 (Const., art. 310 inc. 3º), pero el acto no se anula²⁵ porque los intereses en tutela de los cuales podría anularse no lo requieren.

4. El mismo art. 311 de la Carta contiene la regulación de la eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria, haciéndola depender del otro aspecto que viene de considerar: el de los intereses que habilitan la anulación. Atribuye en principio “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

²¹ Puede citarse como ejemplo en este sentido la jurisprudencia, que el propio T.C.A. 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”; véase su cita detallada en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 12, nota 16.

²² Sobre los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo”: CAJARVILLE PELUFFO, J. 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.

²³ 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; si es posible *in limine*, o de lo contrario previa sustanciación de toda la causa para dilucidarlo.

²⁴ Véase el paralelismo, que no es casual, entre la solución sostenida en el texto y la postulada por CASSINELLI MUÑOZ, seguido por valiosa doctrina, para la revocación por ilegitimidad 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 (más ampliamente en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 13, nota 19).

²⁵ 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; véase *supra*, notas 20 y 21.

generales y absolutos” cuando la nulidad se declare “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”²⁶.

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 art. 311 establece los dos casos en que el Tribunal puede anular el acto impugnado en atención a los intereses afectados (*supra*, este ap. IV, N° 3), y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso, que ahora se considera.

Las dos primeras disposiciones constitucionales 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 del inc. 2º tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo.

Con frecuencia el derecho positivo tutela el interés público por la vía de consagrar derechos subjetivos en favor de los habitantes o categorías de ellos²⁷; y siempre que 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 y absolutos”. Por otra parte, 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”, como buena parte de nuestra mejor doctrina ha sostenido, porque mientras este último es en la Carta, nítidamente, una situación jurídica subjetiva del actor²⁸, aquellos intereses son con igual nitidez, en tal concepción, ajenos a él y por ende diferentes a su interés, que es además “personal”.

²⁶ Sobre la interpretación de este artículo, se encontrará una detenida exposición de todas las tesis que se han sustentado, así como su crítica, y una más detenida fundamentación de la aquí acogida, en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. págs. 14 a 19.

²⁷ 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, Horacio, *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en **Derecho Constitucional y Administrativo**. Estudios compilados por Carlos Sacchi, Montevideo, 2010, págs. 1230/1231.

²⁸ Lo afirma CASSINELLI MUÑOZ en el primer párrafo de su célebre estudio: *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en AA.VV., Dir. León Cortiñas-Peláez, **Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX**, Homenaje a Enrique Sayagués Laso, T. III, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, y aquí cit. de **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit. pág. 324; conf: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 880/881.

Entonces, las dos hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente, no coinciden por ende necesariamente con las del art. 309 inc. 3º ni con las del art. 310 inc. 3º, y el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria no depende exclusivamente de la legitimación del actor²⁹.

Por consiguiente, si la legitimación del actor resultó de la violación de un derecho subjetivo, la sentencia anulatoria tendrá *en principio* alcance entre las partes (Const., art. 311, inc. 1º), sin requerir declaración alguna del Tribunal al respecto³⁰. 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”³¹; así lo ha hecho mediante declaración expresa en pronunciamientos anulatorios en que el Tribunal afirmó o dio por supuesta la existencia de violación de derechos subjetivos³².

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 por al menos cuatro votos conformes; si así no hubiera sido, habría correspondido la confirmación del acto impugnado (*supra*, este mismo ap. IV, parág. 3), con reserva de la acción de reparación si tres votos conformes declararan su ilegitimidad (Const. art. 310, inc. 2º). Por ende, esa anulación tendrá “efectos generales y absolutos”, sin necesidad de declaración expresa y por directo imperio constitucional (art. 311, inc. 2º).

²⁹ 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., pág. 339; conf. DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en **Actividad reglamentaria de la Administración**, 1as. Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989, págs. 143/144). 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.

³⁰ En contra, ignorando sencillamente lo dispuesto por el art. 311 inc. 1º 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.

³¹ Confs. en cuanto a esta posibilidad, por supuesto desde posiciones distintas a la aquí sustentada sobre la interpretación del art. 311, criticando la solución constitucional: 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, pág. 102); y coincidentemente, GIORGI, Héctor, **El Contencioso Administrativo de Anulación**, Montevideo, 1958, pág. 289. También desde su punto de vista: FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *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 pág. 292.

³² 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, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. pág. 19 nota 62. 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.

5. Ostensiblemente, ambas sentencias aquí consideradas anulaban los actos administrativos sobre los cuales recayeron en atención al interés del actor en la debida defensa tanto en vía administrativa como jurisdiccional y para ello en el debido procedimiento en ambas sedes; interés sin duda configurado jurídicamente como derecho subjetivo en nuestro ordenamiento³³.

La Constitución distingue los *derechos* de las *garantías*; en ese contexto, a las situaciones jurídicas sustanciales, que valen por sí mismas, se oponen las garantías, que valen porque sirven para asegurar aquellas situaciones sustanciales³⁴. La instrumentalidad de las garantías consiste, bien en evitar que las situaciones sustanciales sean lesionadas, o bien en remediar una situación sustancial que efectivamente ha sido desconocida o lesionada; de manera que las garantías tienen un valor reflejo, no valen por sí mismas sino por lo que aseguran, y como tales, son contingentes, variables, sustituibles.

Sin embargo, la distinción no constituye una incompatibilidad conceptual; con frecuencia se proclaman constitucionalmente derechos que son en sí mismos instrumentales y funcionan como tales en cuanto garantías³⁵; ejemplo típico de tal configuración es justamente el derecho a defenderse en vía administrativa, que no vale por sí, sino por los derechos o intereses sustanciales agredidos o eventualmente lesionados³⁶.

El derecho a la debida defensa puede imponer en algunos casos un comportamiento cierto y determinado a la Administración, y su violación consumarse instantáneamente por su omisión en el momento en que era debido. En otros, la conducta debida por la Administración puede ser más elástica, precisamente por el carácter instrumental del procedimiento³⁷, por ende contingente y variable, y la violación del derecho resultará del conjunto de trámites y formalidades cumplidos previamente al dictado del acto lesivo, o de su lisa y llana omisión, que hayan impedido al lesionado defenderse adecuadamente, y se consumará con el dictado del acto lesivo en sí mismo con omisión del debido presupuesto de procedimiento³⁸.

³³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, 1ª ed. 1992, 2ª ed. 1997, págs. 20/21 y 22; y en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, págs. 155/156; *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, págs. 179 a 183; *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 209 a 221; y bibliografía cit.

³⁴ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág. 146.

³⁵ Sobre las técnicas de configuración constitucional de derechos subjetivos: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, en "Rev. de Derecho Público", N° 43, Montevideo, 2013, págs. 144 a 146, y doct. cit.

³⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, cit., pág. 9, e *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., 166.

³⁷ De ahí la categorización de los actos de procedimiento en reglados y discrecionales, y los principios de economía, celeridad y eficacia, informalismo en favor del administrado y flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos, que caracterizan al procedimiento administrativo: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, cit., págs. 25/26, 56 y 88 a 110; e *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 201 a 204 y bibliog. cit.

³⁸ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 33/34.

Pese a lo escueto de su fundamentación, la Sent. N° 527/011 hace constar que el actor alegó la violación de derechos y garantías (*Result.* I y III), y esa misma afectación invocó el propio Tribunal (*Consid.* III *in fine*). En ese mismo sentido interpretó el propio Tribunal en mayoría su pronunciamiento anterior, en la Sent. N° 408/016 (*Consid.* VIII y IX); y la fundamentación del contenido anulatorio de esta última también invoca la violación de esos mismos principios en los trámites administrativos que precedieron al dictado de esa resolución ahora encausada (*Consid.* XI y XII). Ambas están por lo tanto incluidas en el art. 311 inc. 1°³⁹.

La discordia discrepa en este punto decisivo para la resolución del litigio: a su juicio, “quien demandó la nulidad en aquel juicio no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo, sino -como el actor de este proceso- un interés legítimo, personal y directo a concursar para ascender y aquel interés se vio lesionado por la Administración [...]. De ese modo, aquella situación no encuadra en lo dispuesto por la Constitución art. 311, inciso 1 -lesión de un derecho subjetivo- que limita el efecto ‘únicamente al proceso en que se dicte’. La anulación fue fundada en que la Administración, al incurrir en abuso o desviación de poder, actuó violando reglas de derecho o de buena administración y con ello, lesionó el interés legítimo de aquel impugnante, lo que viene a encuadrar en lo dispuesto por el art. 311 en su inciso 2, que dispone que la sentencia ‘producirá efectos generales y absolutos’⁴⁰” (num. 6 de la discordia).

Sin duda asiste razón a la Sra. Ministra discorde cuando afirma que en el juicio en que se dictó la Sent. N° 527/011 el actor “no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo”, como no lo tiene ningún concursante al menos hasta ganar el concurso de que se trate; pero en cambio sí tenía -como todos los habitantes de nuestra República- e invocó para fundar su pretensión anulatoria un derecho subjetivo al debido procedimiento y a la debida defensa en vía administrativa. El derecho al cargo no estaba en juego ni podía estarlo en la impugnación de la integración del tribunal de concurso, ni de sus bases, ni consecuen- cialmente de la designación recaída. Sí lo estaban el derecho a la defensa y al debido procedimiento en el concurso, y el principio de imparcialidad, expresamente invocado en la sentencia anulatoria N° 527/011, que integra las garantías del debido procedimiento⁴¹, sin perjuicio de su derivación además del gran principio de igualdad que preside nuestro ordenamiento. Fue en atención a su violación que los actos objetados en uno y otro juicio

³⁹ La misma Res. N° 0646/011, anulada por la Sent. N° 408/016, fue anulada también mediante la Sent. N° 88/015 de 5.2.15, en la causa promovida por el otro funcionario Ing. G.T., designado conjuntamente con el Ing. J.M. Por supuesto, los fundamentos de las dos sentencias son totalmente coincidentes, al punto que en la posterior se transcribe un fragmento de la anterior. Por consiguiente, el alcance subjetivo de ambas, conforme al art. 311, es el mismo. Pero se señala que en la causa en que se dictó la Sent. N° 408/016, el tercero interesado, Ing. P., compareció expresamente deduciendo tercera (*Result.* III), y su situación quedó por eso incluida en el inc. 1° del art. 311.

⁴⁰ Esta última frase transcrita de la discordia parece relacionarse con la equiparación, limitación o paralelismo entre la desatención del “interés de la buena administración” y la actuación con desviación de poder, que sugiere el maestro Horacio CASSINELLI MUÑOZ, y no entendí de recibo en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., pág. 17 nota 56. (Véase *supra*, nota 29).

⁴¹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., en *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, págs. 146, 155/156; *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, págs. 179/180 y 185/186; *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 209 a 221; y bibliografía cit.

fueron anulados por el Tribunal, y conforme al inc. 1° del art. 311 ambos fallos tienen en principio efectos en el proceso en que se dictaron.

Conforme a su reiterada jurisprudencia, el Tribunal pudo adjudicar “efectos generales y absolutos”, como lo prevé el inc. 2° del mismo artículo, a su sentencia N° 527/2011; para ello debió así declararlo expresamente (*supra*, este ap. IV, N° 4 y nota 32), pero no lo hizo. Con tal declaración, se hubiera evitado el absurdo que la discordia de la Sent. N° 408/016 señala acertadamente, invocando la mejor doctrina⁴². La declaración hubiera sido sobradamente pertinente, si se tiene presente que debe reconocerse a la posibilidad de defenderse de los interesados un valor instrumental respecto a la eficiencia de la actuación administrativa, en cuanto el conocimiento previo de sus razones coadyuva a la conveniencia y oportunidad de la actividad administrativa⁴³.

V. ILEGITIMIDAD DEL ACTO ANULADO POR LA SENT. N° 408/016

1. El Tribunal, en su Sent. N° 408/016, anuló el acto impugnado, cuyo contenido había consistido en “anular” administrativamente (en la terminología más habitual: *revocar* por ilegitimidad) los mismos actos que ya lo habían sido por la Sent. N° 527/011 (*supra*, ap. II, letra h). Ese es el origen de “la perplejidad ante lo paradójico que resulta que el propio Tribunal anule una resolución de la Administración que no hace más que dar cumplimiento a un fallo anulatorio que él mismo ha dictado”.

Sin embargo, al “anularse” administrativamente esos actos, entre ellos el nombramiento del actor, se dio a la extinción de sus efectos un alcance subjetivo que conforme a la Constitución la sentencia no tenía. Según el art. 311 inc. 1°, “la decisión [anulatoria del Tribunal] tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte” (*supra*, ap. IV, N° 5), vale decir *inter partes*; mientras la “anulación” por acto administrativo no está sometida a la restricción del alcance subjetivo preceptuada por esa disposición constitucional⁴⁴. Por añadidura, el designado por el acto anulado no había tenido conocimiento ni participación en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011, y por consiguiente sus efectos no le eran oponibles⁴⁵. Tales los fundamentos del segundo fallo anulatorio ahora analizado, la Sent. N° 408/016, expuestos clara, explícita y reiteradamente en su *Consid. IX*.

⁴² Hubiera sido esa la misma solución al absurdo señalado por la discordia que la que, por otra vía, en mi opinión intransitable, hubiera resultado de la confirmación de la Res. 0646/2011: atribuir a la anulación de la designación (y demás actos administrativos atinentes al concurso) eficacia frente a los funcionarios designados. Eso se hubiera logrado con adecuación a derecho dando a la anulación dispuesta por la Sent. N° 527/011 “efectos generales y absolutos” conforme al inc. 2° del art. 311 Const.; pero dispuesta por acto administrativo, tal solución era intransitable porque era sin duda ilegítima, y promovida en tiempo y forma la acción de nulidad, sólo cabía su anulación.

⁴³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, pág. 155, y *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 213 y 227/228 y bibliog. cit. en nota 10.

⁴⁴ Salvo una posible interpretación constitucionalizante de la Resolución N° 0646/2011 (véase *infra*, nota 77).

⁴⁵ La oponibilidad a terceros indefensos de una sentencia dictada en causa en que no han podido participar, que se ha sostenido jurisdiccional y administrativamente, es la más grosera violación del principio del debido proceso que pueda concebirse. Véanse la Sent. N° 499, de 16.VIII.12 (Dres. Preza, Harriague, Sassón, Gómez Tedeschi -r.-, Tobía), y la Sent. N° 88, de 5.II.15 ya cit. *supra* nota 39 (Sassón -r.-,

2. Pero respecto a los agravios del actor, acogidos por la mayoría en la Sent. N° 408/16, sobre la omisión de conferirle vista en todos los recursos administrativos que precedieron a ambas sentencias consideradas, y sobre la circunstancia de que no fue parte, ni fue notificado ni emplazado, en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011, vulnerando con ello y reiteradamente su derecho a la debida defensa (*Consids.* IX, XI y XII), la discordia formula un cuestionamiento que merece detenida consideración.

Dice la Ministra Dra. Castro en el num. 7 de su discordia, y requiere su transcripción *in extenso*: “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva. En su demanda, el actor sólo hace caudal de una cuestión formal -la falta de citación en el juicio anulatorio precedente- sin señalar siquiera someramente que efectivamente tenía alguna defensa para oponer a la anulación, es decir, sin señalar ninguna defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear en aquella oportunidad. [...] me parece que es relevante la circunstancia de que ahora no señale ningún argumento que se haya visto privado de exponer y eventualmente probar en aquel juicio en defensa de los actos anulados que eran el sustento del derecho que esgrime. Nuestra doctrina procesal enseña que no hay indefensión sólo por razones formales, sino que quien alega indefensión tiene la carga de mostrar que tenía defensas que se vio impedido de oponer. Es el principio de trascendencia que explica muy claramente Lino Palacio al señalar que no corresponde la declaración de nulidad si el defecto no ha ocasionado gravamen al derecho de defensa y es claro que para que eso ocurra, quien alega indefensión debe señalar que tenía defensas y no pudo oponerlas. Esas defensas deben articularse para demostrar que hubo realmente indefensión. De ese modo el principio de trascendencia evita que la normativa procesal se convierta en extremadamente ritualista. [...] el actor que argumentó no haber podido defender la validez de los actos que fueron anulados, no ofrece ninguna razón para demostrar que podía haber defendido su derecho mostrando que -contra lo que consideró el Tribunal- aquellos actos eran legítimos. Su único argumento que, en definitiva, es la indefensión, queda en una cuestión meramente formal carente de trascendencia”.

La transcripción comienza con una afirmación plenamente compartible: “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva”. Porque es en verdad un “derecho fundamental”, su violación acarrea invalidez de lo actuado, y su sanción, según el caso, consistirá en nulidad, anulabilidad o desaplicación (objetiva, o bien subjetiva: inoponibilidad) de la actuación de que se trate⁴⁶.

Harriague, Gómez Tedeschi, Tobía, Echeveste), en que se exponen las posiciones sostenidas con anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal sobre el tema, y se pronuncian (por unanimidad en ambas sobre este punto) por la que considero arreglada a derecho, es decir la inoponibilidad de esa sentencia al tercero ajeno a la causa porque no fue parte, emplazado ni notificado de su existencia (fuente: banco de datos de jurisprudencia CADE). Confs.: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso Administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 342, y *Efectos con relación a tercero de la sentencia anulatoria de un acto administrativo*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 2012, págs. 564/565; DELPIAZZO, Carlos E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, Montevideo, 2013, págs. 355 a 357; NESSAR de LENOBLE, S., *Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 883 a 890.

⁴⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 17 a 22.

Es un ejemplo de derecho con función de garantía (*supra*, ap. IV, num. 5), que como bien dice a continuación, “apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva” (destacado mío). No es ciertamente una mera formalidad; consiste en la posibilidad real y efectiva de “ejercitar una defensa sustantiva” de los derechos o intereses de que el eventual afectado por las resultancias de cualquier procedimiento crea ser titular. Por eso no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse resolución; comprende también el derecho a ser notificado de la existencia del procedimiento, a conocer el contenido de las actuaciones, a comparecer reclamando lo que se entienda corresponder con el patrocinio letrado que se juzgue conveniente, a que se diligencie la prueba admisible, pertinente y conducente que se ofreciera, a que se resuelvan las pretensiones en un procedimiento de duración razonable y a que se dé conocimiento de los motivos de la decisión de la Administración⁴⁷.

El derecho a que exista *la oportunidad* de defenderse, que se garantiza, naturalmente preexiste a cualquier actuación del titular en el procedimiento en cuestión; y no está ni puede estar condicionado ni vinculado, ni presupone en manera alguna, la admisibilidad del contenido de esa eventual “defensa sustantiva”, ni requiere el previo anuncio de ese contenido, ni siquiera la enunciación ni la efectividad del propósito subjetivo del titular de ese derecho de ejercer tal “defensa sustantiva”⁴⁸.

Cuando la discordia vincula la relevancia de la violación de ese “derecho fundamental”, de alguna manera no bien definida, con el ejercicio de la defensa sustantiva o el anuncio o proclamación de su posible contenido, su razonamiento deja de ser compartible. La indefensión se configura por la circunstancia en sí misma de que el agraviado no haya tenido oportunidad de defenderse, sin que sea relevante para ello que tuviera o no alguna defensa para oponer, sin necesidad de señalar una defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear, como se sugiere en la discordia.

Ese claro deslinde entre la oportunidad en sí misma para defenderse y el eventual ejercicio de ese derecho y su contenido, permite la aplicación certera del *principio de trascendencia*, propio de la teoría de las nulidades, en especial de las formales o procedimen-

⁴⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 179/180 y amplia bibliog. cit.

⁴⁸ El maestro COUTURE explica idéntica desvinculación entre *oportunidad* de defenderse y “defensa sustantiva” cuando considera *La excepción como derecho de defensa en juicio*: “Para poder oponerse a una demanda no se necesita tener razón. El demandado también puede actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el transcurso del juicio, para detener o para no dar andamio a su oposición, sino que se actúa tal como si el derecho a oponerse fuera perfecto, hasta el momento de la sentencia. El demandado, con razón o sin ella, reclama del juez que se le absuelva de la demanda; nadie puede privarle de ese derecho. [...] El precepto *audiatur altera pars* aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteralidad o bilateralidad. [...] Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* de la defensa. [...] El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que sólo en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada.” (**Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, 1964, págs. 95 y 97, destacados del autor). Por eso el maestro había dicho páginas antes, a propósito de la acción y el derecho a pedir, pero en conceptos plenamente aplicables a la defensa y a su contenido: “Toda idea que tienda a asimilar el derecho a pedir con la justicia de lo pedido, constituye una *contradictio in adjecto*. El derecho de pedir no requiere un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía, debe tener andamio hasta el momento de la decisión” (op. cit., pág. 76).

tales⁴⁹, que la discordia trae también a colación. La trascendencia no se refiere a la efectividad del ejercicio de la defensa ni a su contenido, por lo demás ambos eventuales, sino a la realidad y efectividad de la *oportunidad para ejercerla*. Si esa oportunidad existió, en tiempo hábil y con todo su alcance y contenido -ejemplo clásico: una notificación cuyo defecto no impidió el conocimiento acabado por el interesado- el procedimiento no resulta viciado por indefensión⁵⁰.

3. En conclusión sobre este ap. V, la contrariedad del acto administrativo objeto de la acción con una regla de derecho es incuestionable y justifica la declaración de nulidad del acto impugnado.

Pero cabe analizar si la propuesta en discordia de desestimar la pretensión anulatoria pudo fundarse por otra vía, ajena al cumplimiento de la sentencia anulatoria que se invocó por el Ente.

VI. IRREVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO POR EL ÚNICO MOTIVO DE SUANULACIÓN POR SENTENCIA INOPONIBLE AL DESIGNADO

1. A partir de lo expuesto en el ap. IV sobre el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/011, previsto en la Constitución, la apreciación de la legitimidad del acto administrativo impugnado en la segunda causa analizada, privada del sustento que pudo conferirle el cumplimiento de la cosa juzgada, se puede trasladar a la cuestión de la potestad de la Administración de revocar de oficio por ilegitimidad un acto suyo creador de derechos subjetivos, como sin duda lo ha sido la designación del último impugnante⁵¹.

⁴⁹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 34 a 39; puede verse ahí un examen crítico de la jurisprudencia del T.C.A. en la materia, desde la que subsumía el vicio formal de procedimiento en “la legalidad material o de fondo”, hasta la que se comparte, en el sentido de anular los actos impugnados por vicio de procedimiento siempre que se haya producido indefensión, que invoca como fundamentos los arts. 12, 66 y 72 de la Constitución, el art. 76 y concordantes del Dec. N° 500/991, y también el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

⁵⁰ Otra vez COUTURE lo explica con todo acierto: “no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia *sobre las garantías esenciales* de defensa en juicio. [...] las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga *restricción de las garantías* a que tienen derecho los litigantes” (op. cit., pág. 390; destacados míos).

⁵¹ En lo que sigue, se utilizan los términos *eficacia formal*, *ilegitimidad*, *invalidez*, *firmeza* y *estabilidad*, cuyas significaciones no son unánimes en la doctrina; aquí tendrán los sentidos definidos previamente en *Sobre actos administrativos*, y en *Cuestiones sobre la “revocación” y la “reforma” de los actos administrativos*, ambos en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 12 a 22, y págs. 126/127, respect., y doct. cit. *Eficacia formal* del acto será su aptitud para innovar en el orden jurídico preexistente creando, modificando o suprimiendo situaciones jurídicas resultantes de otros actos o hechos anteriores (fuerza activa, de innovación o derogatoria), y su aptitud para resistir la modificación o supresión por otros actos de las situaciones jurídicas que él mismo ha creado (fuerza pasiva o de resistencia). La contrariedad del acto a una regla de derecho configura lo que se califica aquí como su *ilegitimidad*; en principio, los actos administrativos ilegítimos producen los efectos que le son propios en tanto no exista un acto jurídico posterior con eficacia formal suficiente para disponer lo contrario. La violación del deber ser jurídico puede acarrear una sanción establecida por el propio derecho positivo, que puede ser de variada índole; si esa sanción consistiera en una afectación de la eficacia formal del acto ilegítimo haciéndolo susceptible de su revocación (administrativa) o de su anulación (jurisdiccional), o de ambas, esa consecuencia se califica como su *invalidez*, que puede tener distinto alcance según lo que establezca el propio derecho positivo. Naturalmente, en cuanto la sanción de la ilegitimidad no

La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y un importante sector de la doctrina se inclinan a afirmar que desde que la Administración tiene conocimiento de la ilegitimidad de un acto causante de su invalidez, tiene el deber de revocarlo para ajustar su actuación a derecho⁵². Suele sostenerse por quienes comparten esta solución, aunque con ocasionales salvedades, que no pueden oponerse a la revocación supuestos derechos creados por el acto ilegítimo, porque no pueden existir derechos contra la legalidad. El principio de seguridad jurídica –se dice– se adecua plásticamente al de legalidad, porque sólo existe seguridad conforme a derecho, y no contra derecho; nadie puede pretender ni la Administración puede reconocer un derecho a la seguridad en la ilegitimidad⁵³.

2. No obstante, aunque se compartieran esas razones, no es posible admitir la existencia de tal *deber* de revocar todo acto administrativo desde que se conozca o se denuncie su ilegitimidad, en un sistema jurídico que como el nuestro establece plazos perentorios para su impugnación; admitirlo equivaldría a privar de sentido esos plazos, porque bastaría presentar en cualquier momento una denuncia de ilegitimidad para que la Administración debiera revocar.

Este argumento innegable ha conducido a buena parte de nuestra mejor doctrina a sostener que la potestad de la Administración de revocar los actos administrativos inválidos firmes es *discrecional*. De la discrecionalidad se infiere -se agrega- que la revocación por ilegitimidad sólo deberá ser dispuesta de oficio cuando existan razones de interés público que la impongan, como es de principio en el ejercicio de toda potestad discrecional, no bastando para fundarla la mera ilegitimidad en sí misma⁵⁴. Para esta posición, el acto administrativo

consista en tal afectación de la eficacia formal, el acto será *válido*, aun siendo *ilegítimo*. La *firmeza* del acto hace referencia a su inimpugnabilidad en cualquier vía, administrativa o jurisdiccional; en cambio, la *estabilidad* se refiere a la inmutabilidad de la situación creada por el acto, y depende de las reglas de fondo que rigen esa situación.

⁵² La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se inclina, por cierto con vacilaciones, a sostener que la Administración tiene el *deber* de revocar sus actos ilegítimos, aun de oficio, desde que conoce esa ilegitimidad; no obstante, en alguna oportunidad, en virtud del tiempo transcurrido, el Tribunal exige que los vicios sean patentes y graves, o descarta la revocabilidad por razones de seguridad jurídica. En cuanto a la revocabilidad en principio de los actos inválidos y el deber de revocarlos, esta jurisprudencia tiene el respaldo de muy destacada doctrina, que también formula salvedades atinentes a la existencia de plazos para impugnar, al tiempo transcurrido o a exigencias del principio de seguridad jurídica. Puede verse la referencia detallada en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 128/129, nota 18; a la que debe agregarse FERREIRA, Cecilia, *Actitud de la Administración ante un reglamento ilegítimo*, en “Revista de Derecho y Tribunales”, N°14, Montevideo, octubre 2010, págs. 115 a 131, en esp. págs. 130/131, precedidas de un prolífico desarrollo del tema.

⁵³ Puede verse la referencia detallada en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 128/129, nota 19. En contra, admitiendo la inmutabilidad de actos administrativos pese a su ilegitimidad: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Revocación del acto administrativo*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1999, en esp. pág. 213; DELPIAZZO, Carlos E., *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, en Vs. As., *Seguridad jurídica y Derecho Administrativo*, ed. F.C.U., Montevideo, 2011, págs. 15 a 26, y *Derecho Administrativo General*, Vol. I, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 327/328; Sent. Jdo. de Paz Dep. de San José N° 13, 12.8.05, Dr. Gabriel Ohanian, “L.J.U.”, T. 132, caso 15.166, pág. J298 y sgts., cuando la revocación afecta el derecho humano fundamental a la seguridad jurídica, aplicando criterio de razonabilidad sobre el tiempo transcurrido.

⁵⁴ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 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; *Recurso erróneo contra*

inválido firme, haya creado o no derechos subjetivos, sólo podrá revocarse por razones de interés público; de tal manera que si la Administración lo revocara con el solo fin de satisfacer el interés privado de otro sujeto, incurriría en desviación de poder; y asimismo, incurriría en desviación de poder si existiendo razones de interés público que justificaran la revocación, se abstuviera de hacerlo para atender el interés privado del beneficiario del acto inválido⁵⁵.

un acto administrativo firme, en “Rev. D.J.A.”, Montevideo, T. 55, págs. 38/39, y en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., págs. 798/799; y también en *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, “Rev. D.J.A.”, T. 67, Montevideo, págs. 303 y sgts., y en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit. págs. 1229 y sgts. Conf. BARBÉ PÉREZ, Héctor, *Relación entre demérito e invalidez del acto administrativo*, “Rev. Fac. de Der. y C. Soc.”, Montevideo, 1961, Año XII, N° 2, pág. 333, y *El poder de revocar los actos administrativos*, en “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Montevideo, 1963, Año XIV, N° 2, págs. 223/224, quien basaba explícitamente su opinión de que la “anulación” por la Administración del acto ilegítimo debe considerarse discrecional, “en el hecho de que no existe sanción directa y específica si no se anula”. Ello era cierto bajo la interpretación dominante de la redacción original del art. 312, bajo la cual no podía reclamarse ni siquiera la reparación patrimonial de los daños causados por el acto firme, según se verá (*infra*, este ap. VI, num. 5 *in fine*, notas 72 y 73). Pero felizmente, la nueva redacción de la disposición constitucional permite reclamar esa reparación; entonces, existe una consecuencia desfavorable para la Administración si niega la revocación por ilegitimidad, aunque no se la quiera considerar técnicamente como una “sanción”; creo que tampoco BARBÉ PÉREZ utilizaba la palabra en sentido técnico estricto en su pasaje transcrito más arriba.

Adherí a esta posición en *Invalidez de los actos administrativos*, en **Dos estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, 1ª ed., 1988, 2ª ed. 1995, pág. 77, sin agregar otros argumentos; también lo hicieron DURÁN MARTÍNEZ, A., *Revocación del acto administrativo*, cit., pág. 212, y DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., págs. 327/328, pero ambos con la salvedad que consta en nota 53.

⁵⁵ 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”; esta advertencia apareció en la 1ª ed. de **Sobre Derecho Administrativo** de 2007, y se mantuvo incambiada en las dos siguientes de 2008 y 2012. Distinguida doctrina atribuyó a esa rectificación una trascendencia que en mi propósito no tenía; y entiendo que tal vez por eso Delpiazzo pudo decir que “lamentablemente” rectifiqué mi opinión (DELPÍAZZO, C. E., en *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, cit., pág. 18, nota 16), y Durán Martínez pudo interpretar que por mi parte “recientemente” había compartido “la tradicional tesis de Real quien sostenía el deber de la Administración de revocar los actos administrativos ilegítimos aun sin recurso y aun si fuesen creadores de derechos [...] admitida por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (DURÁN MARTÍNEZ, A., en *Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., 2012, págs. 376/377); también Cecilia FERREIRA, compartiendo mi argumentación (op. cit., pág. 124), parece haberme interpretado en el mismo sentido, vistas sus conclusiones reseñadas en nota 52 *in fine*.

Lamento haberme expresado de manera tan inapropiada como para que estudiosos tan distinguidos me malinterpretaran. Por eso (en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de Derecho Público”, N° 50, Montevideo, 2016, pág. 13 nota 19), intenté aclarar que sólo había tratado de señalar diversos factores a considerar al valorar la estabilidad de la situación creada por el acto ilegítimo (“...su estabilidad deberá apreciarse...” escribí textualmente); entre ellos, “frecuentemente, según las circunstancias del caso, puede jugar el principio de seguridad jurídica”; y que “[s]obre tales reglas de fondo se valorará la posibilidad de revocar o reformar el acto y con ello modificar la situación creada, sea ella favorable o gravosa para el destinatario”. Todas estas transcripciones textuales de *Cuestiones...*, cit. pág. 131, recogen conceptos, en mi opinión, nítidamente incompatibles con la tesis del deber de revocar. Escribí además, insistiendo en lo señalado en *Cuestiones...*, “que, siendo discrecional la revocación del acto ilegítimo, no será legítima, en ejercicio

3. Pero el enfoque precedente, en principio muy convincente, merece una objeción: tiene que ver con la *firmeza* del acto, consistente en su inimpugnabilidad; resulta de las normas formales de procedimiento que regulan la impugnación del acto en cualquier vía, y su consagración no persigue la legitimidad de la actuación administrativa, sino su eficiencia “en cuanto permite al administrador no tomar en cuenta los vicios de un acto anterior y apoyarse en él para continuar administrando los intereses que se le han cometido”⁵⁶.

En cambio, lo relevante a los efectos de su revocabilidad radica en su *estabilidad*, atinente a la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que ha creado, y dependiente, como también su legitimidad o ilegitimidad, de las normas de fondo aplicables al acto y a la situación que ha creado. Por consiguiente, con su firmeza no se legitima el acto inválido ni la situación jurídica que haya creado, ni se le confiere estabilidad si era modificable. Siendo así, si por *discrecional* se ha de entender la posibilidad de optar *entre varios comportamientos legítimos*⁵⁷, no parece hasta aquí adecuado calificar como tal la opción de la Administración por persistir en la ilegitimidad sin caer en contradicción.

4. Pero, siendo acertado cuestionar el equívoco de invocar la firmeza del acto, cuestión procedimental formal, para resolver un tema atinente a la sustancia del acto y la situación creada, como es su mutabilidad, sin embargo es verdad que en este tema, la mentada cuestión procedimental incide en la sustancia de la situación jurídica considerada.

Existiendo plazos perentorios para promover la impugnación de un acto ilegítimo, su vencimiento sin que los medios pertinentes se hayan promovido en tiempo y forma le atribuye *firmeza*; y este carácter, en principio puramente procedimental, porque atañe a la posibilidad de impugnarlo, puede modificar sustancialmente la índole de la situación resultante de su dictado, al perimir la posibilidad de impugnarlo y por ende de retornar a la situación preexistente incluso contra la voluntad de la Administración actuante; y ello, sin que se purgue por eso su ilegitimidad. Puede resultar de ese fenómeno la degradación de una situación de derecho subjetivo a otra de interés legítimo⁵⁸. La legitimidad

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 que, como había señalado en *Cuestiones...*, “la modificación del art. 312 de la Carta permitirá al lesionado invocar esa ilegitimidad en el reparatorio de daños” (*Efectos de la sentencia...*, pág. 13, nota 19, 2do. párrafo). Estas dos últimas afirmaciones me siguen pareciendo tan irrelevantes como las que en su momento consideré fundaban la tesis de la discrecionalidad, que recién invoqué en el texto; todas ellas y cada una son francamente incompatibles con la tesis del deber de revocar.

Todo esto, entonces, me induce, en este nuevo acercamiento, a replantear totalmente el tema de la revocación de oficio por ilegitimidad, tras detenida reflexión y estudios posteriormente publicados, sustituyendo expresamente mi opinión contenida en el parág. 4 de *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., págs. 128 a 132.

⁵⁶ CASSINELLI MUÑOZ, H., *Recurso erróneo...*, cit., pág. 36; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral*, “Rev. D.J.A.”, T. 74, Montevideo, 1974, pág. 8.

⁵⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., pág. 52: “La *discrecionalidad* consiste en la posibilidad de elegir libremente, entre todas las soluciones admitidas por derecho, aquella que se entienda más adecuada a los motivos por los cuales se actúa y más idónea para lograr el fin debido.”

⁵⁸ La posibilidad de promover acciones que conduzcan a la extinción del acto lesivo mediante su anulación, como garantía de la inmutabilidad de la situación existente, es la diferencia sustancial y definitoria entre el derecho y el interés legítimo en el derecho uruguayo, a nivel constitucional; el titular de interés

constitucional de esa mutación será incuestionable⁵⁹, puesto que estará impuesta precisamente por las disposiciones constitucionales expresas que consagran la perentoriedad de esos plazos⁶⁰.

5. Entonces, perfeccionado el acto ilegítimo, su estabilidad deberá apreciarse teniendo en cuenta las reglas de derecho que recayeron en su momento sobre su dictado, pero también las que incidan luego sobre la situación creada. Entre ellas, frecuentemente, según las circunstancias del caso, puede jugar el principio de seguridad jurídica, como señala buena parte de la doctrina y jurisprudencia ya citadas. Sobre tales reglas de fondo se valorará la posibilidad de revocar o reformar el acto y con ello modificar la situación creada, sea ella gravosa o favorable para el destinatario⁶¹.

Cuando el acto ilegítimo es gravoso o limitativo para los alcanzados por su dimensión subjetiva, sea el destinatario o terceros afectados legitimados para impugnarlo, el vencimiento del plazo perentorio establecido constitucional o legalmente imposibilita al lesionado recurrirlo en vía administrativa, o en su caso promover la acción de nulidad; por ende, le priva de todo medio para imponer a la Administración aun contra su voluntad la extinción del acto. Con ello, aunque la protección jurídica de la situación lesionada por el acto ilegítimo pudiera calificarse inicialmente como derecho subjetivo, a consecuencia del vencimiento del plazo para impugnar sin hacerlo se habrá degradado a la categoría de interés legítimo, porque ha perdido las defensas que aseguraban la satisfacción de su pretensión. El conflicto entre el interés público y la situación de ese titular de un interés legítimo será decidido discrecionalmente por la Administración, teniendo en cuenta todos los factores que por principio son relevantes⁶², y el interés en que el acto sea revocado sólo será satisfecho si

legítimo está legitimado para promover la acción de nulidad (Const., art. 309 inc. 3°), pero su sola lesión no es motivo suficiente para la anulación del acto si ello no está requerido por razones de interés público o general. (Véase CASSINELLI MUÑOZ, H. *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, aquí cit. de **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., en esp. págs. 328 a 331 y 337 a 339. También: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de "interés legítimo" en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 880 a 882 y *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., págs. 10 a 14).

⁵⁹ Sobre ese plazo para recurrir y su cómputo, véase CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., págs. 187 a 200. A nivel *constituyente*, la degradación de todos los derechos, nada menos que frente a todas las entidades estatales, por una inactividad durante diez días, es indefendible, y la necesidad de su reforma es indiscutible: en esp. **Recursos...** cit., págs. 69 a 72.

⁶⁰ Por eso, *por razones de derecho positivo*, no puede admitirse, en nuestro ordenamiento, las opiniones citadas que admiten la oposición de *derechos*, se les añada o no el superfluo calificativo "adquiridos", a la revocación por ilegitimidad del acto firme: porque si fueron derechos, han dejado de serlo por la firmeza del acto lesivo. Sobre el carácter *superfluo* del calificativo *adquiridos*: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionales*, en "Rev. de Derecho Público", N° 46, Montevideo, 2014, pág. 13, recogiendo opinión de J. Dabin.

⁶¹ Apelo a la distinción de "actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades" y "actos de gravamen o limitativos" (a la que atribuyen relevancia, entre otros, a los efectos de su revocación), añadiendo los que la doctrina alemana denomina "actos administrativos de doble efecto", favorables para un sujeto y de gravamen para otro: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I, Madrid, 2002, págs. 570 a 572; también PARADA, Ramón, **Derecho Administrativo**, vol. I, 5ª ed., Madrid, 1993, págs. 110 a 113.

⁶² Sobre los límites flexibles de la discrecionalidad: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 50 a 81, y doct. cit.

coincide con el interés público⁶³; si por el contrario, éste requiere el mantenimiento, así deberá ser dispuesto.

Si la situación resultante del acto ilegítimo para los comprendidos en su dimensión subjetiva fuera más favorable que la preexistente, también estará viciada por ilegitimidad, y el acto podrá revocarse discrecionalmente de oficio si existieran razones de interés público para ello⁶⁴, sin otro límite que los que resulten de las normas generales, o eventualmente especiales, que regulen la prescripción, adquisitiva o extintiva según el caso⁶⁵. Si existieran terceros titulares de derechos subjetivos lesionados y por ende interesados en la revocación del acto ilegítimo (que sería entonces de los catalogados como “actos de doble efecto”, *supra*, nota 61)⁶⁶, podrán impugnarlo y la revocación por ilegitimidad resolviendo el recurso será un acto debido para la Administración⁶⁷; pero vencido el plazo perentorio para la impugnación sin que ocurra, el acto será *firme* para ellos, se verán privados de los medios adecuados para asegurar la satisfacción de su pretensión, y el derecho subjetivo que fuera lesionado se degradará a la tutela de un interés legítimo⁶⁸, que sólo será satisfecho en su pretensión de revocación del acto ilegítimo si coincide con el interés público⁶⁹, siendo aplicable lo expuesto sobre similar conflicto de intereses antes analizado.

⁶³ Esta solución concilia la no revocación (administrativa) y la “confirmación” (jurisdiccional, Const. art. 310 inc. 3°) del acto ilegítimo por razones de interés público, con el principio de que no existen derechos adquiridos contra la legalidad, sostenido por nuestros máximos órganos jurisdiccionales en oposición a la impugnación de la extinción de oficio de actos ilegítimos creadores de supuestos derechos, que no eran tales, sino intereses legítimos, cuya satisfacción depende de su coincidencia con el interés público: véase CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 128, jurisprud. cit. en nota 37. También incide en la interpretación del art. 166 del Decreto N° 500/991, cuestión planteada en loc. cit.

⁶⁴ Conf. doctrina en ese sentido cit. en nota 54.

⁶⁵ DURÁN MARTÍNEZ llamó la atención sobre la eventual relevancia en la cuestión de las normas de prescripción (*Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., 2012, pág. 379). Aunque en realidad, en este caso, la estabilidad de la situación jurídica no dependerá del acto administrativo ilegítimo que pueda haber existido, sino justamente de la prescripción que haya operado.

⁶⁶ Véase como ejemplo típico el caso largamente comentado *supra*, nota 16.

⁶⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., pág. 264 y bibliog. cit.; y *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 132; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Revocación del acto administrativo*, cit., pág. 206; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., pág. 329.

⁶⁸ Aclaro, aunque sea obvio, que no estoy afirmando que el funcionario, en el caso del derecho al ascenso, o el propietario en un ejemplo como el de la nota 16, o genéricamente el titular de cualquier derecho afectado por un acto administrativo, dejen de serlo y se vean privados del derecho por la firmeza del acto lesivo. Lo que se degrada es la *protección jurídica que merezca la pretensión ejercida en cada caso respecto al acto en cuestión*, que puede tener según el caso la propia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Cuando se produzca la degradación de que se habla ahora, la pretensión del sujeto con respecto al acto administrativo que se entiende lesivo podrá o no seguir siendo la misma, pero en todo caso su tutela jurídica se habrá debilitado.

⁶⁹ Este fenómeno exactamente, aunque no lo haya explicitado en estos términos, es el que nos hizo ver CASSINELLI MUÑOZ con relación en particular al derecho al ascenso, cuando nos mostró que la anulación de un ascenso no extingue por sí los ascensos subsiguientes que en él se hayan basado (también ilegítimos, loc. cit., págs. 1228 y 1233), sino que éstos deberán ser impugnados a su vez si se pretende también su extinción; lo hizo en su notable estudio -como lo son todos los suyos- titulado: *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada* (en **Derecho Constitucional y Administrativo...**, cit., págs. 1229 a 1234). Lo que explica, justamente, consiste en que el derecho al ascenso que hubiera podido oponerse por terceros a esos ascensos posteriores ilegítimos, se habría degradado a la calidad de

Si, en todos los casos, por *interés público* o *interés general* debe entenderse la situación jurídica (general o particular, abstracta o concreta) que hace jurídicamente posible la satisfacción necesaria de los derechos subjetivos y también jurídicamente posible la satisfacción no necesaria de los intereses legítimos, de todos los habitantes sujetos al ordenamiento jurídico⁷⁰, entonces el interés legítimo en su mantenimiento del beneficiado por el acto administrativo, o en su revocación por el lesionado, será satisfecho, salvo que a ello se opongan otras razones también de interés general que en su balance predominen⁷¹.

Bajo la interpretación predominante del art. 312 de la Carta en su redacción original, en todos esos casos la firmeza del acto hubiera impedido a los lesionados promover incluso la acción de reparación⁷². Es difícil exagerar la gravedad del atentado a los derechos de los particulares y el desmedido privilegio a favor de las entidades estatales que supuso semejante régimen. Pero el nuevo texto producto de la reforma de 1996 les permite acudir directamente al reparatorio⁷³, o previo agotamiento de la vía administrativa⁷⁴ según la

interés legítimo si esos ascensos hubieran adquirido *firmeza*. Dice: “cada vez que alguno de los titulares del derecho al ascenso admite su preterición, aquella potestad discrecional [de “principio” de “escoger discrecionalmente a quien entendiéndose mejor candidato”] resurge y se expande en el ámbito dejado por la situación preferente abandonada por su titular” (op. cit., págs. 1230 y 1232). Si ello es posible legítimamente, es precisamente porque el derecho al ascenso de los funcionarios para los cuales el acto es firme, en esa hipótesis, o sea respecto concretamente a esos actos administrativos lesivos, ha perdido “la protección jurídica del derecho subjetivo” resultante de “reglas limitativas de la discrecionalidad de las designaciones”, “hipótesis que es la del derecho al ascenso de los funcionarios de carrera en Uruguay”, y “sólo merecerían protección en la medida en que coincidieran con el interés del servicio inmediatamente contemplado mediante el acto de designación” (los entrecomillados en op. cit. pág. 1230). La sustancia de lo ocurrido la expone el ilustre maestro; no la define como degradación de la situación jurídica preexistente porque está mirándola desde el punto de vista del interés del tercero por *evitar que la firmeza se consume*. No he podido revisar la totalidad de los numerosos estudios del maestro para constatar si se ha referido al mismo fenómeno en relación con otros derechos; pero no veo razones para restringir el análisis y el fenómeno que ahí señaló al caso del derecho al ascenso.

⁷⁰ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, en Rev. de Derecho Público”, N° 43, Montevideo, 2013, pág. 150, nota 25.

⁷¹ Sobre el “balance” de intereses a otros efectos (el de la suspensión de la eficacia de actos administrativos), pero conteniendo consideraciones también aplicables a lo ahora expuesto, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, cit., págs. 744 a 751.

⁷² Jurisprudencia y doctrina dominantes sostuvieron, hasta la reforma del art. 312 de la Constitución que entró en vigencia el 14 de enero de 1997, la imposibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por un acto administrativo ilegítimo, si no se había obtenido previamente su anulación o la reserva de la acción de reparación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, basándose en una interpretación *a contrario* de la redacción originaria del art. 312 de la Constitución. En contra: ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial*, en “Rev. Urug. de Derecho Procesal”, N° 1/1989, Montevideo, en esp. págs. 24 a 28, y en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 790 a 799, y doct. cit.

⁷³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y la acción reparatoria*, octubre de 1999, en “L.J.U.”, T. 121, Montevideo, 2000, pág. D-53 a D-55, y *Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 799 a 804, y doct. y jurisprud. cit.; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., págs. 375 a 377; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Debilidades actuales del contencioso anulatorio*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., págs. 601/602, y una extensa y exhaustiva exposición del tema en **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 409 a 475; DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, **Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración**, Montevideo, 2009, pág. 76.

⁷⁴ Una doctrina absolutamente minoritaria, y una jurisprudencia vacilante y contradictoria, reincidiendo

solución que predomine, y a tal efecto es relevante proclamar que la persistencia en la ilegitimidad seguirá siendo en principio un comportamiento ilegítimo de la Administración, aunque en ciertos casos la trascendencia del interés público comprometido pueda configurar una legítima opción discrecional (*supra*, este ap VI, parág. 4 y notas 60, 63 y 69)⁷⁵. En todos los casos, este será un factor relevante, entre otros, a considerar al resolver discrecionalmente el conflicto de intereses que suscita la revocación del acto ilegítimo.

6. Corresponde abordar ahora la cuestión que quedó planteada al final del ap. V: si la propuesta en discordia de desestimar la pretensión anulatoria pudo fundarse por otra vía ajena al cumplimiento de la sentencia anulatoria N° 517/011; en otros términos, si el acto impugnado en la causa en que se dictó la Sent. N° 408/016 pudo legitimarse como ejercicio de una potestad discrecional de revocación del acto allí cuestionado.

El motivo y la finalidad invocados para el dictado de ese acto que revocó por ilegitimidad el nombramiento radican en el cumplimiento de la sentencia anulatoria N° 527/011; pero esa sentencia no es oponible al designado, según quedó establecido, porque la impugnación administrativa de esa designación, igual que la posterior jurisdiccional, no fueron dadas a conocer al designado. Entonces, en la relación entre la Administración y su funcionario, su designación debe considerarse un acto legítimo creador de un derecho subjetivo, que no ha sufrido degradación alguna; por ende, su revocación por ilegitimidad está viciada tanto en su motivo como en su finalidad.

Pero incluso prescindiendo de lo anterior, y suponiendo que la Administración hubiera podido ejercer una potestad discrecional de revocar la designación, para ejercerla legítimamente deberían haber existido, según también queda expuesto, razones de interés público que la justificaran. La circunstancia de hecho de que se hayan encomendado interinamente las funciones del cargo vacante en virtud de la revocación del nombramiento a la misma persona cuya designación se revocó (Sent. N° 408/016, *Consid.* VI, penúltimo párrafo) parece excluir totalmente esa posibilidad.

con frecuencia en el argumento *a contrario* improcedente si los hay, ha sostenido que tratándose de actos administrativos ilegítimos, el agotamiento previo de la vía administrativa se requiere también para la promoción de la acción de reparación. En este sentido, y como jurisprudencia reciente del máximo nivel, cabe citar la Sent. de la Suprema Corte de Justicia N° 567, de 8.5.17, dictada por mayoría con dos discordias, desestimando el recurso de casación contra la Sent. del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno (en la que es notoria la presencia del Min. Dr. Luis María Simón Olivera), con la más seria fundamentación que conozco de esa solución, prescindiendo del argumento a contrario palmariamente improcedente y buscando la fundamentación en criterios de coherencia del régimen de control jurisdiccional de la Administración. Esta fundamentación, sin embargo, no supera la iniquidad que subsiste: el perjuicio de todo derecho por la inactividad durante el exiguo término de diez días, incluso contando con la posibilidad de recurrir sin fundamentar, y el sometimiento del perjudicado a plazos de agotamiento de la vía administrativa que siguen siendo absurdos. La coherencia que preocupa a dicha fundamentación se lograría exigiendo la conciliación previa en caso de opción por la reparación directa del daño; y ni siquiera eso, que podría requerir modificación legal, sería necesario, bastaría con la imposición por vía jerárquica del deber de informar al jerarca máximo del sistema antes de contestar la demanda, cuando el tema no hubiera llegado antes a su conocimiento.

⁷⁵ En otras palabras, y para evitar nuevos malentendidos: el acto ilegítimo será revocado dando satisfacción al interés legítimo del lesionado en su extinción; salvo que razones de interés público impusieran su mantenimiento, el cuyo caso el lesionado será íntegramente indemnizado por el comportamiento ilegítimo de la Administración al dictar el acto lesivo.

VII. CUMPLIMIENTO DEL FALLO ANULATORIO DISPUESTO POR LA SENT. N° 527/011

1. Huelga decir que la anulación de la Res. N° 0646/2011 del Ente demandado, dispuesta por la Sent. N° 408/016, en nada afecta la eficacia y el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/2011, como obviamente tampoco los había modificado el propio acto administrativo anulado, porque resultan de normas constitucionales.

Ello no significa que la última sentencia haya sido innecesaria, inútil, ineficaz; por el contrario, ha evitado que por vía administrativa se extendieran indebidamente a un funcionario designado por uno de los actos incluidos en la primera anulación, consecuencias similares (no idénticas) a las de esa decisión jurisdiccional, que constitucionalmente no lo afecta.

Así se vuelve a la situación anterior a la Resolución con la cual el Ente demandado pretendió dar cumplimiento a la sentencia, anulando a su vez los mismos actos⁷⁶. De ahí la perplejidad que lúcidamente señala la discordia, ante la paradoja de que se anule una resolución administrativa que no pretendió más que dar cumplimiento al fallo anulatorio. Tal vez aquella Resolución pudo ser objeto oportunamente de una interpretación constitucionalizante en ese sentido⁷⁷, pero esa posibilidad quedó clausurada por su anulación.

Sin embargo, la perplejidad subsiste; porque la paradoja resulta de la propia situación creada por esos fallos y su alcance constitucional, que imponen dar satisfacción a dos pretensiones antagónicas, incompatibles, que han recibido ambas amparo jurisdiccional: que se anule el concurso y la designación a que condujo, pero sin afectar la situación adquirida por los ganadores de ese concurso y beneficiarios de la designación.

Con todas las dificultades existentes en nuestro derecho para la ejecución de las sentencias anulatorias⁷⁸, la opción por una u otra de las posibles formas de cumplimiento que puedan suponerse, salvo acuerdo de partes, dependerá de las decisiones de la Administración demandada frente a la cosa juzgada, de la actitud de la contraparte frente a ellas, y finalmente de las acciones que para lograrlo promueva el lesionado.

a) Una solución posible a esa paradoja podría ser crear otro cargo para ubicar en él al actor que logró las primeras anulaciones.

Se contemplarían así los intereses de los tres funcionarios implicados en el caso. Es la solución por la cual optó el legislador cuando se trata “del cumplimiento de las sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de las reparaciones reconocidas en vía administrativa o judicial, en materia de funcionarios públicos pertenecientes a los

⁷⁶ Así interpretaron la Resol. 0646/2011 el propio funcionario designado en su demanda anulatoria (Sent. N° 408/016, *Result.* I), el Ente demandado (Sent. cit., *Result.* II), y tanto la mayoría como la discordia del propio Tribunal (Sent. cit., *Consid.* VI Antecedentes, y discordia num. 1 y 3).

⁷⁷ Sobre la interpretación constitucionalizante de los actos y normas infraconstitucionales: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Supremacía constitucional e interpretación*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 385 a 404, en esp. pág. 396, y bibliog. cit.

⁷⁸ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 805 a 835; y *Una debilidad del sistema: la ejecución de la sentencia en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de Derecho Público”, N° 49, Montevideo, 2016, págs. 149 a 159.

Incisos comprendidos en el Presupuesto Nacional”⁷⁹. En el caso en examen, se trata de un Ente cuyos presupuestos se aprueban por el procedimiento del art. 221 de la Constitución, de manera que esa regulación legal no es directamente aplicable; pero podría adoptarse la misma solución por los órganos competentes en tal procedimiento⁸⁰.

Aunque pudiera justificarse esa solución de la paradoja por la satisfacción del interés de todos los funcionarios implicados, seguramente está reñida con el “interés de la buena administración”, que también la Carta contempla. El Tribunal tuvo en sus manos contemplar además ese interés, dándole a su decisión “efectos generales y absolutos” conforme al inc. 2º del art. 311 de la Carta; pero no ejerció en el caso esa potestad, que siempre debería tener en cuenta al fallar.

Por otra parte, incluso contemplando exclusivamente el interés de los funcionarios y no el de la buena administración, la creación aunque transitoria de un nuevo cargo podrá justificarse cuando se haya anulado lo actuado por haberse reconocido el derecho a ascender⁸¹ del promotor de la acción, pero no si se trata solamente de un interés legítimo;

⁷⁹ Ley N° 16.736, de 5.1.96: “Art. 21. A efectos del cumplimiento de las sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de las reparaciones reconocidas en vía administrativa o judicial, en materia de funcionarios públicos pertenecientes a los Incisos comprendidos en el Presupuesto Nacional, la Contaduría General de la Nación podrá habilitar el crédito correspondiente hasta la creación del cargo o función contratada en la siguiente instancia presupuestal.

“Hasta tanto se disponga legislativamente la creación del cargo o función contratada, se considerará que los funcionarios alcanzados por esta norma gozan de todos los derechos inherentes al respectivo cargo o función contratada.”

“A los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley N° 16.736”, como se suele decir impropriamente en los textos legales, se han dictado por ej., los arts. 115 y 116 de la Ley N° 19.149, de 24.10.13, el art. 257 de la Ley N° 19.355, de 19.12.15, y el art. 21 de la Ley N° 19.438, de 14.10.16. También suele establecerse en esas leyes “de cumplimiento”, que tales cargos serán ocupados exclusivamente por los funcionarios que obtuvieron las anulaciones, y se suprimirán al vacar. (Banco de datos de jurisprudencia CADE).

⁸⁰ CASSINELLI MUÑOZ enseñó que “la sentencia dictada en proceso seguido contra un órgano legitimado para litigar, es oponible a los órganos de contralor administrativo del primero, aunque pertenecieren en su normal funcionamiento, a una persona pública diferente. [...] Así, el órgano de contralor no puede ejercer sus poderes sobre los actos del controlado, en sentido violatorio de una sentencia ejecutoriada obtenida contra el ente descentralizado. El órgano de contralor administrativo está frente a la sentencia pronunciada en un litigio en que es parte el órgano controlado, en posición análoga a la de un juez frente a una sentencia dictada por otro juez entre las mismas partes. La circunstancia de que los dos jueces integren la misma o distintas personas públicas (caso del estado federal, por ejemplo), es irrelevante.” (*La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución*, en “Rev. D.J.A”, Montevideo, 1957, T. 55, pág. 136; también en **Derecho Constitucional y Administrativo**. Estudios compilados por Carlos Sacchi, cit., pág. 311). Aunque la actividad decisoria prevista en el art. 221 a cargo de órganos ajenos a la Administración descentralizada difícilmente pueda calificarse estrictamente como de control, sin embargo el razonamiento del maestro le es aplicable: esos órganos no podrán ejercer las potestades que ahí se les confieren en sentido violatorio de una sentencia ejecutoriada obtenida contra el Ente descentralizado.

⁸¹ En el sentido en que utilizan la expresión CASSINELLI MUÑOZ (**Derecho Público**, ed. F.C.U., Montevideo, 1999, págs. 434 a 436, y *Derecho al ascenso e interés legítimo en ascender y Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., págs. 1328/1329, y 1229 a 1234, respect.), y el tan recordado Héctor FRUGONE SCHIAVONE (**Calificaciones y ascensos en la Administración Central**, ed. F.C.U., Montevideo, 1974, págs. 96 a 98), que distinguen nítida y claramente el *derecho al ascenso*, consagrado en el art. 61 de la Constitución, y el *derecho a ascender*, que se configurará en cada caso conforme a las normas aplicables

en esta última hipótesis, probablemente debería predominar el interés público de la buena administración, y así fue en el caso analizado.

b) Conviene reflexionar sucintamente sobre la situación que se hubiera creado si se hubiera atribuido efectos generales y absolutos a la anulación de los actos atinentes al concurso y la designación resultante; y aún más genéricamente, sobre los efectos de esa declaración expresa, sólo posible cuando el actor basó su legitimación en la titularidad de un derecho subjetivo⁸².

Seguramente la locución del constituyente “generales y absolutos” significa, en terminología tal vez más técnica, *generales* y *abstractos*⁸³: generales, por alcanzar a una categoría o clase de sujetos, y abstractos, por contemplar una categoría o clase de acontecimientos, típicamente descriptos; cuyas características comunes resultarán, en ambos casos, del contenido de la causa en que la sentencia se dicta y más concretamente de los que correspondan al o a los actos que fueron su objeto.

La pluralidad de sujetos o de acontecimientos alcanzados puede resultar de que el acto objeto de la impugnación sea un reglamento (como tal, por definición, general y abstracto). Pero también una resolución (particular y concreta) puede afectar a terceros, de lo cual son ejemplo precisamente los actos de que tratan las sentencias analizadas; y puede suceder, como en estos casos, que no hayan tenido participación en la causa, pero a quienes convenga al “interés de la regla de derecho o de la buena administración” incluir en sus efectos⁸⁴.

que lo reglamenten (confs.: VAZQUEZ, Cristina, *Derechos y garantías de los funcionarios*, en Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina, **Manual de derecho de la función pública**, Montevideo, 1998, págs. 186 a 188; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., págs. 47/48). No utilizo por cierto la expresión en el sentido de la Ley N° 16.127, de 7.8.990, art. 8, que con ostensible incompatibilidad conceptual define el “derecho a ascender” como “la situación jurídica de interés legítimo...”. Tampoco en el del art. 58 del proyecto del Poder Ejecutivo de lo que luego llegaría a ser la Ley N° 19.121 de 20.8.013 (Estatuto de los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo), que contienen ambos, proyecto y ley, la siguiente definición: “es la posibilidad de postularse para la provisión de cargos presupuestales...”, atribuyéndola el primero al “derecho a ascender” (art. 58) y la segunda al “derecho al ascenso” (art. 54), errando en ambos casos. Es inexplicable el desacierto reiterado del legislador, en esta materia que tanto ha clarificado nuestra mejor doctrina.

⁸² CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. págs. 18/19. En contra: DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 334 a 337, sostiene que los efectos “generales y absolutos” sólo son posibles cuando se trata de actos generales y la legitimación consiste en la titularidad de un interés legítimo.

⁸³ Conf. con el significado de la locución constitucional: DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 337/338. Sobre los conceptos “general” y “abstracto” y sus opuestos: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., pág. 124, nota 26, y *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág. 43; y doct. cit.

⁸⁴ La pluralidad de sujetos o acontecimientos alcanzados por los efectos de una sentencia no puede resultar en cambio de que se defina el objeto de la acción de nulidad como una categoría o clase de actos administrativos; a ello se opone el art. 310 de la Constitución, que limita la actuación del Tribunal a “apreciar el acto en sí mismo”, lo que requiere la individualización singularizada de cada uno de los actos que se impugnan, sean uno o varios. No parece admisible que esa disposición tolere, por ejemplo, que se promueva una acción de nulidad contra todos los actos administrativos definidos por caracteres comunes, por ej., que aplicaron sanciones a todos los sujetos que participaron en tal momento y lugar en determinada actividad colectiva; a lo cual se opondría también la necesidad de individualizar los sujetos legitimados para actuar, salvo que se admitiera la legitimación de entidades por los intereses de sus afiliados o integrantes.

En tal caso, la declaración puede conducir a que terceros ajenos a la causa sean afectados por una sentencia sin que hayan tenido oportunidad de defenderse. Es precisamente lo que habría ocurrido si se hubiera formulado esa declaración en la Sent. N° 527/011; eso habría perjudicado el interés del actor en la causa, porque hubiera abierto la participación en un eventual nuevo concurso a otros funcionarios que no habían impugnado ese acto; así será en todo caso de postulaciones excluyentes. A diferencia de la hipótesis en que “la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte”, este efecto general y abstracto no podrá considerarse una violación del principio de debido proceso. Se trata de una hipótesis de prevalencia del interés público sobre los intereses subjetivos y personales afectados por el acto anulado, litigantes o no en esa causa; prevista constitucionalmente en forma expresa, dispuesta por órgano con competencia del mismo origen, sobre cuya legitimidad en cada uno de los casos concretos a que se aplique existirá cosa juzgada. Por el contrario, el principio de debido proceso existe para tutela de aquellos intereses que en el caso han sido postergados, y no confiere a su titular legitimación para defender dicho interés público.

Precisamente, si se hubieran atribuido por el Tribunal “efectos generales y absolutos” a las sentencias anulatorias de que se ha tratado, seguramente la solución justa y razonable de esos conflictos de intereses hubiera consistido en volver a tramitar el concurso conforme a las pautas que surgen de las sentencias. Esa solución, que habría sido la intentada mediante la Resolución que resultó anulada por la Sent. N° 408/016⁸⁵, quedó bloqueada por el “efecto únicamente en el proceso” con que se dictó la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, y la consiguiente inexistencia de cargo vacante a proveer⁸⁶.

c) En la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia por alguno de los caminos antes enunciados, y teniendo presente las consabidas dificultades para la ejecución forzada contra la Administración, la única salida parece ser la de la indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios.

Siendo así, la indemnización que corresponderá al beneficiario de la anulación será generalmente por la pérdida de una posibilidad; y el aminoramiento del monto indemnizatorio por la inoponibilidad de la sentencia al beneficiario del acto anulado obedecerá a la propia omisión del damnificado, por no haber promovido oportunamente la convocatoria de los terceros al juicio por la vía procesal pertinente.

VIII. CONCLUSIONES GENERALES Y ABSTRACTAS

Del análisis de los casos considerados pueden extraerse conclusiones de carácter general y abstracto, con trascendencia teórica y práctica; algunas son las siguientes:

- 1) El agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de una acción de nulidad es constitucional y legalmente admisible siempre que el acto

⁸⁵ Discordia de la Ministra Dra. Castro, num. 1 *in fine*.

⁸⁶ Así lo sostuvo el Ente demandado, en la causa en que se le condenó a pagar una indemnización de daños y perjuicios al funcionario demandante Ing. J.P., incluyendo los correspondientes a pérdida de una chance: Sent. del Jdo. Ldo. de lo Cont. Adm. de 1er. Tno. de 7.2.014; Sent. del Trib. de Apel. en lo Civil de 4° Tno. de 3.12.014; Sent. de la Suprema Corte de Justicia N° 171/016, de 2.6.16, con dos discordias (banco de datos de jurisprudencia CADE).

impugnado haya sido confirmado expresa o fictamente por el jerarca máximo del sistema, aunque los recursos requeridos para ello no hubieran sido interpuestos todos ellos por el actor, sino que alguno lo hubiera sido por otro interesado sustentando una pretensión opuesta a la del actor (nota 16).

- 2) La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sigue sosteniendo el criterio de reconocer en favor del lesionado por un acto administrativo, sea un ex-impugnante, sea un tercero, la opción entre recurrir nuevamente en vía administrativa luego de resueltos los recursos interpuestos que correspondieran, o bien dándola por agotada, promover directamente la acción de nulidad. Sin perjuicio de su ilegitimidad, proclamada por parte de la doctrina y algunos pronunciamientos del propio Tribunal, debe reconocerse una vez más el mérito de esa jurisprudencia cuando tiende a facilitar el acceso a la jurisdicción⁸⁷.
- 3) El vicio de forma en el procedimiento, como presupuesto de un acto administrativo, produce invalidez del acto siempre que por sus efectos haya ocasionado indefensión, sin necesidad de que se invoque o haya invocado el contenido ni la mera existencia de defensas sustanciales que pudieran haberse opuesto de haber existido la oportunidad para hacerlo.
- 4) La revocación por ilegitimidad de un acto administrativo firme es discrecional para la Administración competente, y por consiguiente podrá disponerse siempre que existan razones de interés público para ello; no podrá oponérsele la existencia de derechos subjetivos, porque los relevantes para ello que pudieran haber preexistido a la firmeza de ese acto se habrán degradado a la condición de intereses legítimos al haber perimido, por imperio constitucional, la posibilidad de promover las acciones que posibilitarían al lesionado imponer la extinción del acto lesivo contra la voluntad de la Administración.
- 5) La degradación a intereses legítimos de los derechos subjetivos frente a todas las entidades estatales, impuesta constitucionalmente en virtud de la omisión de interponer los recursos administrativos en el exiguo plazo perentorio de diez días, carece de razonabilidad y debería ser modificada por alguno de los procedimientos previstos en el art. 331 de la Carta.

Julio de 2017

⁸⁷ Frente a la incertidumbre jurisprudencial, en la práctica profesional vuelve a ser lo más prudente cubrir todas las posibilidades.

