

# CONFERENCIA

## REVOCACIÓN DE OFICIO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO NULO CREADOR DE DERECHOS CUYO VICIO ERA CONOCIDO POR EL BENEFICIARIO\*

*Augusto Durán Martínez \*\**

### I. INTRODUCCIÓN

Aclaro, antes que nada, que encararé este estudio desde la perspectiva del derecho uruguayo. Eso no quiere decir que no considere jurisprudencia, doctrina y derecho positivo de otros países. Por el contrario, estimo que el derecho comparado resulta muy útil para un tema como este. Es que su importancia es tal que pone en juego principios generales de máximo valor y fuerza.

Por eso tomaré en cuenta cómo algunos países de nuestra misma cultura jurídica han aplicado esos principios, pero no haré un estudio de sus respectivos derechos positivos porque pueden existir soluciones que sean típicas de derecho positivo y no deriven necesariamente de esos primeros principios, o bien pueden existir soluciones puntuales que se justifican en una sentencia particular en función del caso concreto que se debía resolver, o pueden traducirse en actos reglas dictados como consecuencia del momento histórico vivido.

Además, el derecho positivo en los distintos países utiliza diversa terminología o los mismos términos con diverso significado, lo que contribuye a crear confusión.

Aclaro también que me referiré al acto administrativo subjetivo y no al de efectos generales.

---

\* Versión escrita de la ponencia formulada en Buenos Aires, el 8 de setiembre de 2017, en el marco del *V Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal. La dignidad de la persona y derechos humanos: proyecciones sobre la abogacía pública*, organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

\*\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico: [aduranmartinez@adinet.com.uy](mailto:aduranmartinez@adinet.com.uy)

Haré pues, primero, una breve referencia al derecho comparado procurando ceñirme a los principios, sin entrar en detalles ni tomar aspectos accidentales que no hacen a la esencia de los principios aplicables. Luego pasaré al derecho administrativo uruguayo.

## II. DERECHO COMPARADO

1. El solo enunciado del título de este estudio revela, implícitamente, la existencia de un principio que impide la revocación de oficio por razones de legitimidad de un acto administrativo creador de derechos. Lo que el título de este trabajo pone en discusión es si ese principio se aplica también en caso de conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto o si, por el contrario, el conocimiento del vicio justifica un apartamiento del principio y legitima la revocación del acto viciado.

2. Evocaré, en primer término el célebre fallo *Dame Cachet* de 3 de noviembre de 1922 del Consejo de Estado francés, pronto seguido por los fallos VALLOIS, GROS DE BELER y DAME INGLIS<sup>1</sup>, que han motivado elogios de calificados autores como HAURIOU,<sup>2</sup> LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ, GENEVOIS<sup>3</sup> y AUVRET<sup>4</sup> y jurisprudencia que ha sido parcialmente recogida por el decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983.<sup>5</sup>

El Consejo de Estado, en el citado arrêt *Dame Cachet*, admitió la revocación de un acto administrativo, pero tratándose de un acto creador de derechos, fijó las condiciones para ello: a) debe efectuarse por razones de legitimidad; b) cuando el vicio pueda implicar la anulación del acto en vía contenciosa; e) dentro del plazo para la interposición del recurso contencioso; y d) si el recurso fue interpuesto, la revocación puede efectuarse en el sentido de lo pedido en el recurso y sin afectar los derechos definitivamente adquiridos por la parte del acto no impugnada.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> HAURIOU, Maurice. *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*. Librairie du Recueil SIREY. Paris, 1929, t. II, pp. 100 y ss.

<sup>2</sup> HAURIOU comentando el fallo Dame CACHET ante la eventualidad de una revocación o anulación de oficio de un acto creador de derechos decía: "¡cuántos peligros para la seguridad de las relaciones sociales implican esas posibilidades indefinidas de anulación y, por otra parte, que incoherencia en una construcción jurídica que no admite a los interesados los recursos contenciosos de anulación sino durante un breve plazo de dos meses y que dejaría a la Administración la posibilidad de anular de oficio la misma decisión sin imponerle ningún plazo!" (la traducción me pertenece). HAURIOU, Maurice, ob. cit., loc. cit., p. 105.

<sup>3</sup> Estos expresaron: "por un lado, parece deseable que los actos ilegales puedan ser libremente anulados por la Administración cuando ésta percibe la ilegalidad cometida; por otra parte, la seguridad jurídica sería comprometida si derechos adquiridos aún irregularmente por los particulares, pudieran en cualquier momento ser cuestionados por la Administración" (la traducción me pertenece). LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12e Édition. DALLOZ, París, 1999, p. 236.

<sup>4</sup> Este consideró que el Consejo de Estado había encontrado una solución armoniosa. AUVRET, Patrick, "La notions de droit acquis en Droit administratif français", en *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1985, N° 1, p. 55.

<sup>5</sup> BAILLY, Marguerite, "L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983", en *Revue du Droit Publique et de la...*, 1985, N° 6, pp. 1513 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Del fallo Dame Cachet al decreto N° 83-1025 de 23 de noviembre de 1983", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*. Montevideo, 1999, pp. 167 y ss.

<sup>6</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Revocación del acto administrativo", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 208.

Esta jurisprudencia ha continuado en su esencia, sin perjuicio de algunos ajustes. Como ejemplo cito el fallo *Delle Mattei* del Consejo de Estado de 19 de diciembre de 1952, por el que precisa que los actos de efectos subjetivos son creadores de derechos desde su firma, aun antes de su notificación o publicación,<sup>7</sup> así como el fallo del Consejo de Estado *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille* de 29 de noviembre de 2002, por el que admitió la revocación de oficio por razones de legitimidad de un acto creador de derechos obtenido con fraude o con intención deliberada de engañar a la Administración.<sup>8</sup>

De esta jurisprudencia, me parece que lo más relevante es la preocupación por la tutela de la seguridad jurídica y la protección de los derechos adquiridos.

Me parece, en cambio, accidental, la referencia al plazo. Si el plazo para accionar está pendiente, en caso de existir impugnación en forma esa impugnación levanta las restricciones a la revocabilidad del acto. Pero, a mi juicio, en caso de que el plazo esté pendiente, mientras no se recurra ello no habilita a una revocación de oficio si el acto es creador de derechos. Las mismas razones de seguridad jurídica y de los derechos adquiridos impiden tal revocación.

Se ha pretendido justificar la posibilidad de revocación mientras esté pendiente el plazo para presentar el recurso por exceso de poder diciendo que de esa forma se evita un proceso anulatorio.<sup>9</sup>

Me parece muy débil este argumento. No cuesta nada esperar unos días y ver si se presenta la acción. Si se presenta, se puede revocar en el ámbito y en el sentido de la impugnación y se evita el juicio. Si no se presenta la acción, el acto deviene firme y estable y no se puede revocar. Esta es la solución que más tutela los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

**3.** Evocaré, en segundo lugar, la sentencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, de 14 de agosto de 1936, recaída en el caso *Carman de Cantón, Elena V. Nación Argentina*.<sup>10</sup>

La Corte Suprema en este caso expresó que no existe precepto expreso que declare inestables, revisibles, revocables y anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza, y en cualquier tiempo (cons. 3) y que parece justo que lo que debiera establecer la ley, como excepción al principio general de la estabilidad y certidumbre del derecho declarado y reglado, es la facultad de revocación *sine die* del poder administrador y no a la inversa.

<sup>7</sup> Citado por LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 241.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La revocación o retiro de los actos en la ley de procedimientos administrativos", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, N° 5, pp. 204 y ss.

<sup>9</sup> LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 242.

<sup>10</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (Director). *Summa de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2013, t. VI, pp. 6663 y ss.; POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/ AGUILAR VALDEZ, Óscar /JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando, Directores. *Procedimiento Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2012, t. III, pp. 411 y ss.

Con este fallo se inicia una corriente jurisprudencial que para que un acto administrativo fuera inextinguible, en sede administrativa, por razones de ilegitimidad, exigía las siguientes condiciones:

- a) que no existiera una ley que autorizara la revocación;
- b) que el acto fuera regular, comprendiendo por *regular* aquellos actos con vicios no graves;
- c) que hubiera declarado derechos subjetivos;
- d) que hubiera causado estado;
- e) que fuera unilateral;
- f) que fuera de alcance particular;
- g) que hubiera sido emitido en ejercicio de facultades regladas;
- h) que la Administración hubiera actuado como Administración activa.<sup>11</sup>

La jurisprudencia posterior continuó en su esencia, sin perjuicio de algunos ajustes accidentales, esta posición, la que fue recogida en esencia –también con ajustes– por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en sus artículos 17 y 18.<sup>12</sup>

La más selecta doctrina argentina ha observado la notable evolución que ha sufrido nuestro tema. De una época en que se afirmaba el principio de la revocabilidad de los actos administrativos se ha pasado al principio opuesto, es decir, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos.<sup>13</sup>

Lo importante de la concepción que se inicia con la sentencia *Carman de Cantón* es, al igual que el caso *Dame Cachet*, el hincapié que se hace en la seguridad jurídica y en los derechos adquiridos. Hay aspectos accidentales que no hacen a la esencia y por lo tanto, por esa razón, se pueden descartar y no necesariamente ser trasladables.

<sup>11</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981, pp. 75 y ss.

<sup>12</sup> “Revocación del acto nulo. Artículo 17. - El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviera firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.”

“Revocación del acto regular. Artículo 18. - El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.”

Aclaro que el artículo 17 transcrito precedentemente no es el original, sino el actualmente vigente. El artículo 18 vigente, conserva su redacción original.

<sup>13</sup> LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1975, pp. 349 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2006, t. II, octava edición actualizada, pp. 362 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2007, t. 3, 9ª edición, pp. VI-1 y ss.

Uno de esos aspectos accidentales y que por eso no sobrevivió en el tiempo fue la exigencia de que se tratase de un acto dictado en ejercicio de potestad reglada. En efecto, es irrelevante si el acto es dictado en ejercicio de potestad reglada o discrecional; lo relevante es que el acto confiera derechos.

También me parece una cuestión accesoria la referencia que hace la ley argentina en su artículo 18 al conocimiento del vicio. Aspecto que, por cierto, ha desatado polémica.

COMADIRA, al analizar el tema del conocimiento del vicio, indica que la previsión de la ley, al respecto, “debe interpretarse como un castigo específico del legislador a la mala fe del particular pues, según se infiere del propio régimen legal, el vicio, en sí, no autoriza a la administración a disponer la anulación oficiosa si ese ‘conocimiento’ no se da.

Reiteramos, por otra parte que para la apertura de la anulación oficiosa basta con que el administrado haya advertido, o debido razonablemente advertir la existencia del vicio y no lo haya puesto fehacientemente en conocimiento de la autoridad administrativa antes de la emisión del acto, siendo irrelevante, por ende, que el particular contribuya o no a su producción.”<sup>14</sup>

HUTCHINSON parece coincidir con COMADIRA. En efecto, ha considerado lógica esta previsión legislativa que habilita a la administración a revocar, cuando el beneficiario conocía el vicio del acto, por estimar que esta es una sanción del legislador a la mala fe del particular. Aunque efectúa una precisión de importancia; considera que no basta el mero conocimiento del vicio, sino que se debe demostrar una conducta carente de buena fe.<sup>15</sup>

Otros como GORDILLO,<sup>16</sup> CASSAGNE,<sup>17</sup> ABERASTURY,<sup>18</sup> POZO GOWLAND,<sup>19</sup> por ejemplo, toman distancia de la literalidad del texto y no aceptan el mero conocimiento para revocar, sino una actividad dolosa del beneficiario o, al menos, que el vicio sea imputable al particular.

En virtud de la precisión efectuada por HUTCHINSON, no parece ser muy distante su posición respecto de la de los últimos autores citados.

Este apartamiento de la literalidad del texto se ha efectuado también para extender la cuestión del conocimiento del vicio, previsto en el artículo 18, para la hipótesis regulada en el artículo 17, pese a que no existe previsión expresa al respecto.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo/ ESCOLA, Héctor Jorge/ COMADIRA, Julio Pablo. *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2012, t. I, p. 544.

<sup>15</sup> HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549*. Astrea. 8ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2006, pp. 149 y ss.

<sup>16</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho...*, t. 3, 9ª edición pp. VI.1 y ss.

<sup>17</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Ley Nacional de procedimiento administrativo*. LA LEY, Buenos Aires, 2009, pp. 384 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Editorial Porrúa. México, 2014, pp. 336 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2015, p. 51.

<sup>18</sup> ABERASTURY, Pedro, “El proceso de lesividad en Argentina”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2016, N° 14, p. 699.

<sup>19</sup> POZO GOWLAND, Héctor, en POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/ AGUILAR VALDEZ, Óscar /JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando, *Directores. Procedimiento...*, t. III, p. 437.

<sup>20</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Ley Nacional de Procedimiento...*, pp. 384 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo...*, p. 337.

En ambos casos, el criterio interpretativo que lleva a apartarse del tenor literal parece acertado.

Lo que me importa destacar del derecho argentino es que, a mi juicio, sienta el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo creador de derechos. Para revocar un acto nulo, creador de derechos, es preciso acudir al proceso de lesividad. Esta revocación no la puede hacer la Administración sino el juez.

La acción de lesividad se fortalece aun más en la actual concepción del derecho basado en la centralidad de la persona humana y, en Argentina, sobre todo luego de la reforma constitucional de 1994 que, como advertía ABERSTURY, efectúa una ampliación de derechos y garantías y limita las facultades ejecutorias de la Administración frente a los derechos de las personas.<sup>21</sup>

4. Evocaré, en tercer término el caso de la *Viuda de Berlín* del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Berlín, de 14 de noviembre de 1956.<sup>22</sup>

Este fallo, que procura proteger la confianza, dio origen al llamado *principio de confianza legítima*.<sup>23</sup>

PIELOW destaca “el principio del Estado de Derecho como cuna principal de la confianza legítima” y subraya el papel que juegan los derechos fundamentales a favor de la confianza legítima.<sup>24</sup>

LARENZ al referirse al principio de la confianza expresó:

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.”<sup>25</sup>

En un intento de precisar la protección de la confianza legítima, COVIELLO escribió:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general,

<sup>21</sup> ABERASTURY, Pedro, “El proceso de...”, loc. cit., p. 699.

<sup>22</sup> Ver sentencia en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, pp. 641y ss.

<sup>23</sup> GOTTSCHAU, Patrizia, “Caso de la viuda de Berlín”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, pp. 659 y ss.

<sup>24</sup> PIELOW, Joh. Christian, “El principio de la confianza legítima (“*Vertrauensschutz*”) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 100 y ss.

<sup>25</sup> LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, Madrid, 1993, p. 91.

sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible;...”<sup>26</sup>

La vida en sociedad exige que el Estado sea confiable. El Estado tiene el deber de ser confiable y, como correlato, las personas tenemos el derecho a poder confiar en la palabra del Estado.

La concepción del fallo de la *Viuda de Berlín* es recogida en sus aspectos esenciales en el artículo 48 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo Alemana en cuanto, en protección de la confianza, establece restricciones para la revocación de un acto administrativo creador de derechos.<sup>27</sup>

Lo más importante de esta concepción es que se basa en la seguridad jurídica en la faceta relacionada con la confianza que debe merecer la conducta del Estado a los efectos de poder construir, a partir de ella, nuestro proyecto de vida. Entre las excepciones a este principio de irrevocabilidad, en la jurisprudencia de la *Viuda de Berlín*<sup>28</sup> y en el artículo 48 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo figura el conocimiento del vicio por parte del beneficiario, así como si el acto es obtenido por engaño doloso, amenaza o corrupción.

5. La faceta que llamo “patrimonialista” de la jurisprudencia *Dame CACHET y Carman de CANTÓN* y la faceta de la “confianza” de la jurisprudencia de la viuda de Berlín no se contradicen; más bien se complementan, y ambas integran el contenido de la seguridad jurídica.

Está fuera de discusión que la seguridad jurídica es un principio cardinal del ordenamiento jurídico.

BANDEIRA DE MELLO, refiriéndose a él, decía que si no es el principio más importante de entre los principios generales del derecho es indudablemente uno de los más importantes.<sup>29</sup> ROUBIER señalaba: “*Là ou cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister.*”<sup>30</sup>

Lo interesante de las tres sentencias citadas radica en que no se fundaron en textos legislativos sino en principios. El derecho positivo vino después a ratificar la línea jurisprudencial indicada. En Francia, la jurisprudencia *Dame CACHET* fue recogida en el

<sup>26</sup> COVIELLO, Pedro J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004, p. 462.

<sup>27</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “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 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp. 362 y ss.

<sup>28</sup> GOTTSCHAU, Patrizia, “Caso de la viuda de...”, loc. cit., p. 665.

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais”, en BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Grandes temas de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, p. 169.

<sup>30</sup> Citado por VALIM, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Malheiros Editores. São Paulo, 2010, p. 19.

decreto N° 83-1025, de 28 de noviembre de 1983; en Argentina, la jurisprudencia *Carman de CANTÓN* fue recogida en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, decreto-ley N° 19.549/72, de 3 de abril de 1972 (modificado por el decreto-ley N° 21.686/77); en Alemania, la jurisprudencia de la *Viuda de BERLÍN* fue recogida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Y eso porque, como acertadamente observa GORDILLO, al fundarse en la seguridad jurídica la irrevocabilidad, en esos casos tiene base constitucional.<sup>31</sup> En realidad, como la seguridad jurídica es inherente a la persona humana considero que es supraconstitucional, sin perjuicio de su recepción en los artículos 7 y 72 de nuestra Constitución. Por eso, toda la normativa infravalente en la materia debe interpretarse conforme a la Constitución o, mejor dicho, conforme al bloque de constitucionalidad; y si no existe norma infravalente, debe aplicarse directamente los principios generales que presiden el bloque relacionados con el tema.

**6.** Esta concepción no se limita a estos países, ha trascendido a otros, porque es una cuestión de principios, de principios de máximo valor y fuerza.

Así, en Colombia, los aspectos esenciales que he desarrollado han sido recogidos en la nueva ley de procedimiento administrativo.

Al respecto, Libardo RODRÍGUEZ ha expresado:

“En el CPACA, respecto de los actos creadores de derechos, se ha buscado privilegiar la seguridad jurídica, la buena fe y los derechos adquiridos por encima de la legalidad y el interés general. En efecto, según el artículo 97, como regla de procedimiento administrativo general, ‘cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular’. En consecuencia, salvo en los casos de normas especiales, si la Administración considera que su acto administrativo favorable es ilegal ‘deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’, en ejercicio de la llamada ‘acción de lesividad’.”<sup>32</sup>

### III. DERECHO URUGUAYO

**1.** Luego de este sobrevuelo por el derecho comparado ingreso al derecho administrativo uruguayo.

**2.** Previo al análisis del tratamiento del tema en nuestro derecho estimo necesario indicar qué entiendo por revocación y considerar la cuestión del acto nulo.

**3.** Entiendo por revocación la extinción de los efectos de un acto administrativo, dispuesta por otro acto administrativo, esencialmente unilateral, de carácter derivado y principal, tanto por razones de mérito como de legitimidad.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho...*, t. 3, 9ª edición, pp. VI-2 y ss.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “La revocación o retiro...”, loc. cit., p. 207.

<sup>33</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*. Montevideo, 1999, p. 204.



Mientras que la anulación de un acto administrativo se efectúa siempre en vía jurisdiccional, por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309 de la Constitución) y excepcionalmente en vía administrativa por parte del Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación interpuesto contra actos de Servicios Descentralizados (art. 317 de la Constitución),<sup>34</sup> la Administración carece de una potestad de anulación de principio, la revocación se efectúa siempre por acto administrativo.

4. El término *acto nulo* se reserva en Argentina para el acto viciado de nulidad absoluta. Precisamente, el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo refiere al acto afectado de nulidad absoluta.

La distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, tan generalizada en el derecho comparado, en nuestro país la realiza el Código Civil pero resulta aplicable al derecho privado; no es de aplicación, a mi juicio, con relación a los actos administrativos.

En nuestro derecho, así como no procede en derecho administrativo la máxima del derecho civil, no hay nulidad sin ley que la establezca, no procede la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

Un acto puede ser anulado sin que exista una causal de nulidad expresamente prevista por la ley y puede ser anulado solamente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por el Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación, según se ha dicho, si posee un vicio susceptible de nulidad.<sup>35</sup>

Además, no todo vicio configura causal de nulidad. La causal de nulidad depende de la gravedad del vicio. Hay actos viciados que, en virtud de la escasa gravedad del vicio, no son susceptibles de nulidad y otros que, por la gravedad del vicio, son susceptibles de nulidad por las vías ya indicadas. Los actos susceptibles de nulidad en Uruguay son aquellos perfectos que en Argentina se denominan *actos nulos*.

5. A fin de precisar estos conceptos es necesario tener en cuenta los requisitos del acto administrativo y las nociones de perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo.

6. Entre los requisitos del acto administrativo distingo los presupuestos y los elementos propiamente constitutivos.<sup>36</sup>

Los presupuestos son anteriores al acto. Estos son el órgano competente, el motivo, el procedimiento y el fin debido.<sup>37</sup> Los elementos propiamente constitutivos son la declaración de voluntad de la Administración, el contenido, la forma y el fin querido.<sup>38</sup>

7. Precisos los requisitos del acto podemos determinar la noción de perfeccionamiento y la de validez.

Un acto es perfecto cuando reúne todos sus elementos constitutivos o esenciales. Si falta uno de ellos no hay acto. Como habiendo voluntad administrativa siempre hay un contenido

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Revocación del...", loc. cit., pp. 202 y ss.

<sup>35</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Cosa juzgada administrativa", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 353 y ss.

<sup>36</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, p. 223.

<sup>37</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto...", loc. cit., pp. 219 y ss.

<sup>38</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto...", loc. cit., pp. 221 y ss.

o un fin y una forma, la inexistencia del acto la encontramos cuando no existe una voluntad administrativa o, si existe, no recibió la forma que el ordenamiento jurídico exigió para la existencia del acto administrativo.<sup>39</sup>

Un acto no perfecto es inexistente o, mejor dicho, no existe, es un no acto.

Un acto es inválido o ilegítimo—tomo estos términos como sinónimos, aun a sabiendas de que existen importantes autores que señalan diferencias entre ellos—<sup>40</sup> si falta alguno de sus presupuestos y si reunidos todos sus presupuestos y elementos constitutivos, alguno de ellos no se ajusta a derecho. En estos casos el acto existe, es perfecto, pero inválido o ilegítimo.<sup>41</sup>

La eficacia es la aptitud para producir efectos jurídicos. Deriva de las exigencias previstas por el derecho para la producción de efectos como la notificación personal, la publicación, el cumplimiento de una condición, el vencimiento del plazo previsto o el dictado de un acto posterior.<sup>42</sup> No tiene ninguna relación con la validez. Un acto puede ser válido e ineficaz o inválido y eficaz.

Las distinciones efectuadas precedentemente importan porque lo que he considerado inexistencia del acto, en algunos de los países que he mencionado lo consideran acto nulo. Si el acto no se perfeccionó no existe, en consecuencia no podemos hablar en esos casos de revocación de un acto nulo. No se puede revocar lo que no existe. A lo sumo se puede, por razones de certeza, dictar un acto declarativo de inexistencia.

Es en los casos de invalidez o ilegitimidad es que podemos plantearnos el problema objeto de este trabajo.

En esos casos, la causal de nulidad se configurará en función de la gravedad del vicio—lo que se determinará en cada caso—y la nulidad del acto solo se puede disponer en alguna de las dos vías señaladas.

Si no se acudió a alguna de esas vías es que corresponde plantearnos la posibilidad de su revocación de oficio, y recién después de determinada la irrevocabilidad podremos plantearnos la incidencia del conocimiento del vicio por parte del destinatario.

8. En Uruguay no existe una regulación del tipo de la francesa, argentina, alemana y colombiana ya referidas. Solo tenemos el artículo 166 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, de aparición tardía, que indirectamente refiere al tema y que implícitamente presupone el principio de irrevocabilidad del acto creador de derechos, como luego se verá.

9. El tema en doctrina ha sido discutido.

REAL sostuvo, haciendo hincapié en el principio de legalidad, que la Administración tiene el deber de revocar aun sin recuso los actos administrativos ilegítimos, incluso si son creadores de derechos.<sup>43</sup> Y esa posición ha sido recogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Pero esa no es la postura doctrinaria hoy dominante.

<sup>39</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma...*, p. 243.

<sup>40</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y...”, loc. cit., pp. 251 y ss.

CASSINELLI MUÑOZ y CAJARVILLE PELUFFO sostuvieron que la revocación sin recurso por razones de legitimidad no es un acto debido, sino discrecional. Tal discrecionalidad deriva de la existencia de plazos perentorios para recurrir. Sostener que la revocación sin recurso por razones de legitimidad es un acto debido equivale a dejar sin sentido los plazos perentorios previstos en la Constitución para recurrir. Pero esa revocación es posible si existen razones de interés público para disponerla; no basta para eso la ilegitimidad en sí misma.<sup>44</sup>

Posteriormente, CAJARVILLE PELUFFO reformuló su posición<sup>45</sup> y, ante ello entendí que había adherido a la opinión de REAL.<sup>46</sup>

CAJARVILLE PELUFFO justificó su cambio de opinión de la siguiente manera:

“el plazo para recurrir parece perder su razón de ser si cualquier denuncia de ilegalidad, en cualquier momento, creara a cargo de la Administración el deber de revocar; la existencia de ese deber parece contradictoria con aquel plazo. Pero este enfoque tiene que ver con la *firmeza* del acto; y como se señaló en el planteamiento del tema aquí debe considerarse su *estabilidad*, atinente a la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que ha creado; cuestión ajena a su firmeza, como lo es también su legitimidad o ilegitimidad; ambas atañen a las normas de fondo aplicables al acto y a la situación que ha creado.

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 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 favorable o gravosa para el destinatario. Cuando el acto es lesivo, es verdad que el vencimiento del plazo establecido constitucionalmente imposibilita al lesionado a recurrirlo en vía administrativa, y por consecuencia 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. Pero sólo hasta ahí llega el concepto de *firmeza* y la finalidad de su consagración; no se legitima con ella el acto inválido ni la situación que haya creado, y no puede calificarse de discrecional sin caer en contradicción la opción de la Administración por persistir en la ilegitimidad, si por tal se ha de entender la posibilidad de optar entre varios comportamientos legítimos.

Bajo la interpretación predominante del art. 312 de la Carta en su redacción original, la firmeza impedía al lesionado también promover la acción de reparación. Pero el nuevo texto producto de la reforma de 1996 le permite acudir directamente al reparatorio, y a tal

<sup>41</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y...”, loc. cit., p. 251.

<sup>42</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y...”, loc. cit., pp. 243 y ss.

<sup>43</sup> REAL, Alberto R., “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en *REAL Alberto, R. Estudios sobre derecho administrativo*. F.C.U. Montevideo, 1967, t. II, p. 46.

<sup>44</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, año X, Números 1-2, pp. 334 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Invalidez de los actos administrativos en la ley N° 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho*. Editorial Universidad, p. 11.

<sup>45</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, t. II, pp. 128 y ss.

<sup>46</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Limitaciones a la revocación...”, loc. cit., pp. 376 y ss.

efecto es relevante proclamar que la persistencia en la ilegitimidad es un comportamiento ilegítimo de la Administración, y no una legítima opción discrecional.”<sup>47</sup>

10. Por mi parte, y desde hace muchos años, he sostenido que la Administración no puede revocar actos administrativos firmes, es decir, inimpugnables, creadores de derechos o, en términos más generales, creadores de una situación favorable, ni siquiera por razones de legitimidad.<sup>48</sup>

Para sustentar mi afirmación me basé en los principios que fundaron las sentencias *Dame Cachet*, *Carman de Cantón* y la de la *Viuda de Berlín*, verdaderas cumbres de la jurisprudencia universal.

Los tres fallos citados se basan fundamentalmente en la seguridad jurídica. Pero mientras que la sentencia francesa y la argentina atienden básicamente un determinado componente del concepto de seguridad jurídica, la estabilidad de los derechos adquiridos, la sentencia alemana apunta a otro aspecto de la seguridad, la confianza, derivada de la certidumbre.

La primera es una visión de tipo “patrimonialista”; la segunda se preocupa del comportamiento futuro.

Hoy en día, se afirma la existencia del derecho a la *certidumbre jurídica*. VILLAR PALASI lo define como “la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.”<sup>49</sup> Este derecho implica no solo el derecho a conocer qué es lo que dicen las reglas de derecho sino también a conocer cómo se interpretan y cómo se aplican.

La vida en sociedad requiere un comportamiento previsible del Estado, y esto se logra con una aplicación uniforme del derecho.<sup>50</sup>

Por eso es que he afirmado en nuestro derecho la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes y estables: porque se trata de una cuestión de principio, un principio que –por derivar de la seguridad jurídica– es inherente a la persona humana. Es más, la

<sup>47</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho...*, t. II, pp. 128 y ss.

<sup>48</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del...”, loc. cit. pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Impugnación de reglamento”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 253 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada administrativa”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 348 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso Administrativo*, segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 181 y ss. y 234 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2007, vol. V, pp. 235 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos...*, Montevideo, 2010, vol. VI, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por...”, pp. 370 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Contenido adjetivo y sustantivo de las leyes de procedimiento administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 417 y ss.

<sup>49</sup> VILLAR PALASI, José L, y VILLAR EZCURRA, José L. “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, (Coordinador). *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. CIVITAS. Madrid, 1993, t. I, p. 101.

<sup>50</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 80 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El precedente administrativo”, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2010, N° 5, p. 68.

solución del artículo 166 del decreto N° 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, en cuanto mantiene los actos firmes y estables de ejecución de un acto de efectos generales, derogado o anulado como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, presupone esta posición.<sup>51</sup>

Este artículo 166 del decreto N° 500/991 dice así:

“La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general, implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (*ex tunc*), sin perjuicio de que subsistan:

- a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y,
- b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho del recurrente.

En todos los casos previstos en este artículo, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”

Como se advertirá este artículo no pretende innovar la solución prevista en el artículo 143 del decreto N° 640/973<sup>52</sup> que proviene del decreto de 12 de mayo de 1964, sino precisar algunas cuestiones que a mi juicio se desprendían implícitamente del texto y del contexto de nuestro ordenamiento jurídico que, por cierto, incluye los principios generales del derecho.

Este artículo se inspira en los aspectos esenciales de las sentencias *Dame Cachet y Carman de Cantón* ya citadas, así como en los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo de Argentina. Se orienta además en el sentido de la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés (C.E. 3 de diciembre de 1957, *arrêt CAUSSIDÉRY* y otros),<sup>53</sup> y se encuentra en la línea del artículo 73 de la ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, y del artículo 46.4 del Proyecto de Código Procesal Administrativo modelo para América Latina elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso GELMAN vs. URUGUAY”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y...*, pp. 837 y ss.

<sup>52</sup> El artículo 143 del decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973 decía: “La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una disposición de carácter general, implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos dictados en aplicación de la misma. En tal caso, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”

<sup>53</sup> AUBY, Jean M. /DRAGO, Roland, *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, t. III, p. 106; ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit, Paris, 1970-1971, 2ème Tirage, fascicule VI, p. 1607; DEBBASCH, Charles/ RICCI, Jean C., *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1985, p. 829.

<sup>54</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ CASSAGNE, Juan C. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 115; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público...*, vol. II, p. 316.

Este artículo 166 presupone la inviabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo firme<sup>55</sup> y estable<sup>56</sup> aun por razones de legitimidad.

En respuesta a la nueva opinión de CAJARVILLE PELUFFO ya transcrita expresé:

Antes que nada, reconozco que la jurisprudencia y una importante doctrina – importante en lo cuantitativo y en lo cualitativo– entendieron que durante la redacción original del artículo 312 de la Constitución no se podía presentar una acción reparatoria por daños provocados por un acto administrativo sin antes haber obtenido su anulación o, por lo menos, la reserva de la acción reparatoria.

Pero es preciso admitir que también una importante doctrina –importante en lo cuantitativo y en lo cualitativo– negó la prejudicialidad. Y esa doctrina con el tiempo se incrementó.

Como siempre me he afiliado a esta segunda tesis, siempre entendí que el citado artículo 312 no imponía el condicionamiento de la acción reparatoria a la anulatoria; y como fue durante la vigencia de ese texto que sostuve la imposibilidad de la revocación de oficio de actos administrativos creadores de derecho aun por motivos de legitimidad, me parece irrelevante la nueva redacción del artículo mencionado. Y me parece irrelevante porque estimo que la cuestión ahora en estudio –como enseguida se verá– no pasa exclusivamente por la responsabilidad de la Administración por la ilegitimidad del acto que dictó.

Es cierto que la firmeza significa la inimpugnabilidad del acto. Nadie tiene derecho a impugnar un acto firme.

También es cierto que esa inimpugnabilidad no impide, por esa sola razón, la revocación de un acto firme.

Pero no se puede olvidar, como bien lo expresó CASSINELLI MUÑOZ, que “la construcción jurídica del concepto de firmeza satisface el valor eficiencia de la actividad administrativa, 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”.<sup>57</sup> Eso no significa legitimar el acto inválido, sino simplemente poder actuar pese a su invalidez.<sup>58</sup>

Si la firmeza habilita a la Administración a basarse en un acto anterior, pese a su ilegitimidad, para administrar los intereses generales que le han sido confiados, no se puede decir como lo dice ahora CAJARVILLE PELUFFO que esa persistencia en la ilegitimidad sea un comportamiento ilegítimo de la Administración.

Por esa razón estimo que asiste razón a CASSINELLI MUÑOZ cuando sostuvo que la revocación de un acto ilegítimo firme no es un acto debido sino una legítima opción

<sup>55</sup> Acto firme es el acto inimpugnable.

<sup>56</sup> La estabilidad es la restricción a la revocabilidad del acto o su anulación y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. “Recursos administrativos”, en *AA.VV. Procedimiento Administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1977, p. 100; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Revocación del acto...”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 349 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La presunción de legitimidad...”, loc. cit., p. 239.

<sup>57</sup> CASSINELLI MUÑOZ, H., “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957, t. 55, p. 36.

<sup>58</sup> Recuerdo que tomo los términos *ilegítimo* e *inválido* como sinónimos.

discrecional, porque justamente la firmeza habilita a la Administración a actuar pese a la ilegitimidad.

Pero esa discrecionalidad tiene un límite. Y aquí es donde juega el concepto de estabilidad.

Como muy bien lo señaló CAJARVILLE PELUFFO en el pasaje transcrito, la estabilidad es distinta de la firmeza, se relaciona con la mutabilidad del acto y depende de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. La estabilidad significa una restricción a la revocabilidad del acto.

Si el acto no es firme por haber sido impugnado, un recurso por razones de legitimidad levanta las restricciones a la revocabilidad. No importa aquí si ese acto es creador de derechos, porque nuestra acción de nulidad y los recursos administrativos, encarados como un requisito de admisibilidad de esta acción, tienen un marcado acento subjetivo: configuran un instrumento tutelar de los derechos y determinados intereses legítimos. Por eso, ante esos derechos o intereses del recurrente no se puede oponer el derecho adquirido por un acto ilegítimo.

Pero si el acto es firme, no hay tal oposición de derechos. En consecuencia, razones de seguridad jurídica impiden la revocación de oficio de un acto creador de derechos.

Es que la seguridad jurídica, consistente en la salvaguardia de la persona y su patrimonio, especialmente garantida por los artículos 7 y 32, entre otros, de la Constitución, es uno de esos principios generales que derivan de la persona humana por lo que no solo integra, sino también preside, el llamado “bloque de constitucionalidad”. La actual concepción de derechos humanos que impera en el mundo impone esta solución. Pero aunque así no lo fuera, por lo menos en nuestro país deriva del artículo 72 de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, sobre todo, por el Pacto de San José de Costa Rica.

Una cosa es abstenerse de aplicar un reglamento ilegal para, entre otras cosas, no incurrir en responsabilidad, y otra revocar de oficio un acto firme y estable, porque si esto último ocurre se incurre en responsabilidad por el daño que produce tal revocación. La Administración no puede evitar su responsabilidad por dictar un reglamento ilegal y causar un daño a otro al revocar de oficio el acto de ejecución de ese reglamento si es firme y estable.<sup>59</sup>

Luego de esta respuesta y de los comentarios efectuados por otros destacados colegas sobre la nueva posición de CAJARVILLE PELUFFO, éste volvió sobre el tema y expresó: “lamento haberme expresado de manera tan inapropiada para que estudiosos tan distinguidos me malinterpretaran.”<sup>60</sup> Y volvió a reformular su posición.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La Administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 311 y ss.

<sup>60</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocación de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria. Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U. Montevideo, 2017, N° 51, p. 123, llamada 55.

<sup>61</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Variaciones sobre el agotamiento...”, loc. cit., pp. 121 y ss.

Con este replanteo queda claro que CAJARVILLE PELUFFO no adhiere a la posición de REAL, sino que se alinea en la de CASSINELLI MUÑOZ y, al hacerlo, efectúa una fundamentación que no había hecho cuando estudió por primera vez el tema.

Ante esto, cabe recibir con beneplácito este nuevo estudio del gran administrativista oriental. No obstante, cabe precisar que:

- a) la potestad discrecional que tiene la Administración al respecto, queda limitada por la estabilidad del acto, como lo he indicado hace mucho tiempo;<sup>62</sup>
- b) la firmeza no convierte en legítimo un acto ilegítimo, pero habilita a la Administración a actuar en función de él pese a su ilegitimidad y, si bien la firmeza es una cuestión adjetiva, incide en el fondo al tornar en inimpugnable el acto y si este es creador de derechos, adquiere estabilidad.

Por eso, las nuevas precisiones de CAJARVILLE PELUFFO, no alteran mi opinión.

Es cierto que a veces se invoca a SAYAGUÉS LASO entre los que admiten la revocación de oficio de un acto administrativo por razones de legitimidad. Pero, en realidad, la opinión de SAYAGUÉS LASO no es tan tajante. Por un lado efectúa muchas precisiones y, por otro, advierte que, al introducirse en la Constitución de 1952 la acción de nulidad con el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad, se podría aceptar la jurisprudencia francesa en la materia,<sup>63</sup> que es precisamente la originada por el fallo Dame CACHET.

Además, no se puede olvidar que SAYAGUÉS LASO escribió su obra en 1953, es decir, en un medio cultural donde predominaba el positivismo jurídico y el Estado Legislativo, aunque estaban dadas las condiciones para que operase plenamente el Estado Constitucional; continuaba la visión autoritaria del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo como Derecho de la Administración y casi no se hablaba de derechos humanos. No podemos, así, trasladar la opinión de SAYAGUÉS LASO emitida en ese contexto cuando el contexto cultural que vive el país es radicalmente diferente.

Es cierto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa admitiendo la revocación de oficio por razones de legitimidad aun de actos creadores de derechos. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, justo es decirlo, ha tenido en los últimos tiempos una evolución muy saludable, en ese aspecto continúa prisionero del pasado.

En la más reciente sentencia que conozco sobre el tema, el Tribunal volvió a repetir que no existen derechos adquiridos contra la legalidad.<sup>64</sup>

Tal afirmación es incorrecta. Las lecciones que el derecho comparado nos han impartido y que se han visto en este estudio, demuestran su falsedad.

Libardo RODRÍGUEZ planteó muy bien el problema:

“La doctrina tradicionalmente se ha dividido entre quienes sostienen que los actos administrativos son revocables por esencia, y aquéllos que señalan que son irrevocables

<sup>62</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del...”, loc. cit., pp. 213 y 214.

<sup>63</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2010, t. I, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, pp. 511 y ss. y 523 y ss.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 492, de 29 de junio de 2017 recaída en autos caratulados: “GADILUZ S.A. con ESTADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Acción de Nulidad” (Ficha N° 835/2014) (CONSIDERANDO IV.1).



igualmente por esencia. Para sostener una u otra posición, la doctrina suele tomar partido por la protección de los principios de legalidad y de prevalencia del interés general, o de los principios de seguridad jurídica, buena fe y respeto de los derechos adquiridos.”<sup>65</sup>

Pero adviértase que no hay tal oposición entre legalidad y seguridad jurídica, puesto que la seguridad jurídica es un componente de la legalidad.<sup>66</sup> La seguridad jurídica preside el bloque de constitucionalidad.

Además, es de interés general la tutela de los derechos fundamentales.<sup>67</sup>

No puedo dejar de mencionar, por otra parte, que existen varios pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de mi opinión,<sup>68</sup> y también sentencias del Poder Judicial. Entre estas destaco la notable sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno N° 13, de 12 de agosto de 2005,<sup>69</sup> que guarda un gran parecido con la del caso CARMAN DE CANTÓN. También la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, en base a los “principios de certeza y seguridad jurídica”, rechazó la legitimidad de la revocación de actos administrativos firmes y estables.<sup>70</sup>

Mi opinión tiende a prevalecer actualmente también en doctrina, puesto que ha recibido la adhesión de las más selectas opiniones.<sup>71</sup>

11. Al igual que la ley alemana y el fallo *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille* del Consejo de Estado francés, de 29 de noviembre de 2002, he admitido la revocabilidad de un acto administrativo obtenido con maniobras fraudulentas o dolo del beneficiario.

Esto parece lógico, pues si el fundamento de la estabilidad es la seguridad jurídica no parece razonable que se beneficie de ella el que con dolo o maniobras fraudulentas obtuvo en su favor un acto ilegítimo.

También estimo que un acto administrativo arrancado con violencia (la violencia es un vicio del consentimiento), admite ser revocado aun en el caso de tratarse de un acto creador de derechos. Piénsese, por ejemplo, en un acto administrativo dictado como consecuencia de una ocupación de los locales de trabajo.

Claro está que todos estos casos también requieren una nueva precisión. Esos derechos adquiridos con dolo, o fraude o violencia pueden consolidarse por prescripción conforme al Derecho común. Si existe prescripción, pues, el acto es irrevocable aunque haya existido

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “La revocación o retiro...”, loc. cit., pp. 199 y ss.

<sup>66</sup> LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 244; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada...”, loc. cit., pp. 350 y ss.

<sup>67</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derechos prestacionales e interés público”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, p. 213.

<sup>68</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso...*, p. 182, nota 427.

<sup>69</sup> *La Justicia Uruguaya*, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso...*, pp. 182 y ss.

<sup>70</sup> Dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 70/2010, de 26 de febrero de 2010, recaída en los autos GENTA Bolívar C/ESTADO-Ministerio de Industria, Energía y Minería y Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad. Expediente N° 227/08.

<sup>71</sup> DELPIAZZO, Carlos E., “Revocación del acto administrativo por razones de legalidad y derechos adquiridos”, en DELPIAZZO, Carlos E./ RUOCCO, Graciela (Directores). *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2013, t. II, pp. 242 y ss.; RUOCCO, Graciela, en DELPIAZZO, Carlos E./ RUOCCO, Graciela (directores) *Tratado...*, t. I, pp. 202 y 203.

dolo, maniobras fraudulentas o violencia. No debe olvidarse que en el comienzo de la prescripción hay una conducta ilegítima y, en definitiva, el fundamento de la prescripción es el mismo que el de la cosa juzgada: la seguridad jurídica.<sup>72</sup>

## 12. Corresponde ahora considerar la cuestión del conocimiento del vicio.

Debo admitir que este punto es especialmente delicado. No obstante, estimo que se debe rechazar la posibilidad de la revocación de oficio de un acto administrativo creador de derechos, aun en el caso del conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto.

No olvidemos que el principio de la irrevocabilidad de oficio de un acto administrativo creador de derechos se basa en la seguridad jurídica. Éste es, pues, un tema de derechos humanos, hace a la dignidad humana. Por eso, se debe rechazar cualquier planteo que afecte la seguridad jurídica.

El tema del conocimiento del vicio plantea muchas dificultades y todas ellas afectan la seguridad jurídica. Por eso es que hay que evitar tal riesgo.

Por ejemplo, pensemos el caso de que se conozca el hecho que configura el vicio pero se puede ignorar que ese hecho jurídicamente sea un vicio. No tengo dudas de que esta hipótesis no justifica la revocación, pues da elementos a la Administración para crear una situación que afecta la seguridad. Ese es un riesgo que no hay que correr.

Por las mismas razones, no se pueden admitir figuras como las de una presunción de conocimiento, que no existe, ni la de “debiendo conocer”. La Administración debe probar el conocimiento y no acudir a tales ficciones.

Pero además, aunque se conozca el vicio, estimo que no es suficiente para justificar la revocación. Ni siquiera en caso de que el particular haya contribuido a la configuración del vicio, salvo naturalmente que lo haya hecho de mala fe, con lo cual caemos en la hipótesis de fraude o dolo.

El derecho se construye para el hombre normal, no para los santos.

Al hombre normal se le debe exigir la diligencia de un buen padre de familia, es decir, la diligencia de un hombre medio, no más. No se le puede pedir que actúe como un santo. Esto ya lo vio muy claro hace muchos años MONTESQUIEU cuando expresó que “ni la virtud puede ser ilimitada”<sup>73</sup>.

En la relación Administración-particular, este último está en la situación más débil. Las tendencias más actuales en materia jurídica se orientan a favor de la protección del más débil. Admitir que la Administración pueda legítimamente revocar sus actos en estas situaciones implica una desprotección del más débil. “Los derechos fundamentales se afirman siempre *como leyes del más débil*—escribió FERRAJOLI— en alternativa de la ley del más fuerte que regía y regirá en su ausencia.”<sup>74</sup> La Administración no puede actuar con la diligencia del hombre medio; debe actuar con la máxima diligencia porque está gerenciando intereses generales. Pero debe cuidarse a sí misma y no trasladar el control de sus omisiones a los particulares.

<sup>72</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada...”, loc. cit., p. 354.

<sup>73</sup> MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1984, p. 186.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, 1999, p. 54.

No se debe construir el derecho a partir de la patología. Si pretendemos construir un ordenamiento jurídico perfecto en el que se pueda, en toda circunstancia, eliminar cualquier acto antijurídico, no solamente no se logrará el objetivo –puesto que la perfección no es de este mundo– sino que, por el contrario, los ataques a la seguridad jurídica serán de tal magnitud que se arriesgará derrumbar todo el mundo del derecho. Aquí no se trata exclusivamente de la seguridad jurídica del particular beneficiario del acto, sino también, y por sobre todo, del ejemplo que eso significa para la sociedad en general. Por tanto, la irrevocabilidad de oficio del acto creador de derechos es una cuestión que atañe más al interés general que al particular el que, por cierto, también se ve contemplado.

Admitir la revocación de un acto creador de derechos por el simple conocimiento del vicio del destinatario crea tantos problemas para la seguridad jurídica que podría decirse que la enmienda es peor que el soneto. En efecto, admitir tal posibilidad da a la Administración un poder tal que puede hacer imposible la vida del particular y, en los hechos, desnaturalizar el principio de la irrevocabilidad de oficio del acto administrativo creador de derechos por razones de ilegitimidad, lo que engendra en la sociedad una inseguridad jurídica total.

#### IV. APRECIACIONES FINALES

1. De la seguridad jurídica se extrae el principio de la irrevocabilidad de oficio de los actos administrativos creadores de derecho, aun por razones de ilegitimidad.

2. Esa restricción no cabe a favor de quienes hayan obtenido el acto por maniobras fraudulentas, dolosas o con violencia. La seguridad jurídica no protege esas situaciones obtenidas de esa manera.

Pero la seguridad jurídica protege todas las otras situaciones fuera de las indicadas, incluida la hipótesis de un acto administrativo ilegítimo creador de derechos cuyo vicio es conocido por el beneficiado.

