

ESTUDIO COMPARADO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMPARATIVE STUDY OF ADMINISTRATIVE LITIGATION ESTUDO COMPARADO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Ruben Correa Freitas**

RESUMEN. Se realiza un estudio del contencioso administrativo en el Derecho Comparado, para poder comprender la importancia y el alcance del contencioso administrativo uruguayo creado por la Constitución uruguayana de 1952, y que se mantiene en la Constitución vigente de 1967, como un sistema mixto entre el sistema judicialista de origen anglosajón y el sistema contencioso administrativo de origen francés. Asimismo, se estudia el concepto y la evolución histórica del contencioso administrativo uruguayo, analizándose las principales características de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

PALABRAS CLAVE. Constitución, contencioso administrativo, contencioso de nulidad, contencioso de plena jurisdicción, acción de nulidad.

ABSTRACT. A Comparative Law study of administrative litigation is carried out in order to understand the significance and scope of Uruguayan administrative litigation regulations created under the Uruguayan Constitution of 1952 and preserved under the Constitution of 1967 which is still in force, as a mixed system between the Judicial System of Anglo-Saxon origin and the French administrative litigation system. Furthermore, the concept and historical evolution of Uruguay's administration litigation system is reviewed, analyzing the main traits of annulment actions filed before the Administrative Litigation Court.

KEYWORDS. Constitution, administrative litigation, annulment litigation, full jurisdiction litigation, annulment action.

RESUMO. Realiza-se um estudo do processo contencioso administrativo no Direito Comparado para poder compreender a importância e o alcance do processo contencioso

*Profesor Titular (Grado 5) Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UDELAR). Director del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR (2017-2021). Coordinador del Área Derecho Público en la Facultad de Derecho, UDELAR. (2019-2020). Magister en Educación. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay (2019). Consejero suplente por el Orden Docente de la Facultad de Derecho, UDELAR. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas (UDE). Profesor de Derecho Constitucional de la Función Pública en la Maestría de Derecho Administrativo Económico (Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo). Profesor de Derecho Constitucional Comparado en la Maestría de Relaciones Internacionales y de la Integración (Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE). Correo electrónico: correaf@adinet.com.uy

administrativo uruguayo creado pela Constituição uruguaia de 1952, e que mantém-se na Constituição vigente de 1967, como um sistema misto entre o sistema judicial de origem anglo-saxão e o sistema contencioso administrativo de origem francês. Adicionalmente, estuda-se o conceito e evolução histórica do processo contencioso administrativo uruguayo, fazendo uma análise das principais características do pedido de anulação perante o Tribunal do Contencioso Administrativo em Uruguai.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, processo contencioso administrativo, ação declaratória de nulidade de ato administrativo, contencioso de plena jurisdição, pedido de nulidade.

I.- GENERALIDADES.

La creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Constitución uruguaya de 1952, trajo consigo un cambio muy importante en nuestro Derecho positivo, porque se adoptó un modelo similar al contencioso administrativo francés con el Consejo de Estado, pero que tiene muchas y significativas diferencias que es necesario estudiar. En efecto, en nuestro país el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene a su cargo el contencioso administrativo de anulación (Constitución, art. 309), así como el contencioso inter-orgánico y el intra-orgánico (Constitución, art. 313). Pero no tiene a su cargo el contencioso administrativo de reparación que está a cargo del Poder Judicial.

Esto revela claramente que la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Uruguay no es una competencia de “plena jurisdicción” como sucede con el Consejo de Estado en Francia, que no sólo puede anular el acto administrativo ilegítimo, sino que también puede reformarlo y disponer el pago de los daños y perjuicios correspondientes. En nuestro país, el Tribunal tiene competencia “anulatoria”, porque sólo puede disponer la confirmación o la anulación del acto administrativo impugnado, sin reformarlo (Constitución, art. 310).

Pero además y tal como lo señala DELPIAZZO en nuestra doctrina “el contencioso administrativo de anulación refiere a una manifestación del control jurisdiccional de la Administración, puesto a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y limitado al juicio de legitimidad de los actos administrativos” (DELPIAZZO, 2017: 357).

Por ello, es necesario revisar siquiera someramente el Derecho Comparado en esta materia, para poder entender y comprender nuestro contencioso administrativo, sobre el que siempre se formulan juicios críticos, dada la lentitud de las acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que normalmente duran un promedio de dos años, a lo que se suma posteriormente el juicio de reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria, lo que puede llevar varios años más.

La reforma al art. 312 de la Constitución de la República que se introdujo en

1997, permitiendo que la persona lesionada por un acto administrativo pueda optar entre la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la acción de reparación de los daños y perjuicios ante la Justicia ordinaria, tampoco solucionó el problema, porque la jurisprudencia de algunos Tribunales de Apelaciones e incluso de la Suprema Corte de Justicia, en forma errónea a mi juicio, consideró que se debía agotar la vía administrativa para poder plantear la acción de reparación.

En algún momento en nuestro país, concretamente entre 1992 y 1993, se planteó la posibilidad de reformar la Constitución de la República para eliminar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y modificar la integración de la Suprema Corte de Justicia, que se integraría con Salas, una de las cuales sería de lo Contencioso Administrativo.

Pese al tiempo transcurrido desde que fue creado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en 1952, nunca se han creado los órganos inferiores previstos por el art. 320 de la Constitución de la República, es decir los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y eventualmente uno o más Tribunales de Apelaciones, con la finalidad de descentralizar y acelerar los juicios, dado que hoy en día todo está concentrado en el único Tribunal, donde hay acciones de nulidad por una licitación pública de varios millones de dólares, una clausura de un establecimiento comercial por infracciones tributarias, una destitución de un funcionario público o un concurso para cargos docentes en la Universidad de la República.

Cuando se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Constitución de 1952, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL al estudiar las nuevas disposiciones, expresó que en la Sección XVII de la Constitución hay cuatro materias distintas, la primera de las cuales es la de los órganos jurisdiccionales en el Contencioso-Administrativo. En tal sentido, el ilustre Profesor Emérito de Derecho Constitucional expresó: Ya no podemos decir: del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, porque la nueva Constitución no solamente prevé y dispone el inmediato establecimiento de este Tribunal, sino que prevé también la posibilidad de que la ley, por mayoría especial, llegue a establecer órganos jurisdiccionales inferiores en la materia contencioso-administrativa, subordinados al tribunal. Existe, pues, la posibilidad de que tengamos en nuestro país no solamente un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino una jurisdicción contencioso-administrativa integrada por distintos órganos jurisdiccionales, ordenados jerárquicamente entre sí y respecto de los cuales el plano superior sería ocupado por el Tribunal. (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC- COLL, 1995: 592-593).

Por lo tanto es necesario reflexionar sobre este tema tan importante para la consolidación de un verdadero Estado de Derecho, como ya lo ha hecho el Colegio de Abogados del Uruguay en 2017, que creó una comisión especial para la redacción de un Proyecto de Ley para reformar el Decreto-Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524 de fecha 9 de enero de 1984, con las modificaciones posterior-

res. Pese a los esfuerzos realizados, no se encontró voluntad política para llevar a cabo esta reforma que es imprescindible en nuestro derecho.

II.- EL DERECHO COMPARADO.

El contencioso administrativo en el Derecho Comparado tiene dos sistemas básicos o fundamentales: a) el sistema judicialista, propio de los países anglosajones y que es el que rige en la mayoría de los países de América Latina, como Argentina, Brasil, Chile y México, por el que se asigna la competencia para juzgar los actos de la Administración Pública a los jueces y Tribunales del Poder Judicial; b) el sistema contencioso administrativo, que tiene su origen en Francia con la creación del Consejo de Estado en el año 1799, que se ha extendido a otros países como Italia, Bélgica, Alemania. En América Latina, los dos únicos países que tienen órganos especializados de la jurisdicción contencioso administrativa, son Uruguay con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y Colombia con el Consejo de Estado.

En tal sentido, es imprescindible estudiar la evolución del sistema contencioso administrativo en algunos países de Europa, como es el caso de Francia, Italia, Alemania y España, que tiene muchas particularidades que es necesario analizar, para posteriormente comprender el sistema contencioso administrativo creado en el Uruguay a partir de la Constitución de 1952.

II.1.- Francia.

En Francia hay una doble jurisdicción que están diferenciadas entre sí. La jurisdicción ordinaria, que está a cargo de la Corte de Casación; y la jurisdicción contencioso administrativa cuyo órgano superior es el Consejo de Estado. En otros términos, la jurisdicción ordinaria en Francia juzga los litigios entre los particulares, ya sean civiles, comerciales, laborales, de familia, así como los juicios penales en los que se imputa a una o más personas la comisión de una conducta delictiva. (DURÁN MARTÍNEZ, 2015: 525).

El Consejo de Estado francés fue creado por la Constitución del 24 de Frimario del Año VIII (13 de diciembre de 1799), como heredero del Consejo del Rey, ejerciendo funciones de consejero del monarca y de instancia suprema del contencioso administrativo, mediante el sistema de “justicia retenida”. El Consejo de Estado en Francia tenía originalmente la competencia en la redacción de proyectos de ley y reglamentos de la administración pública. El Consejo de Estado redactaba las sentencias, que eran dictadas formalmente por el Poder Ejecutivo.

En Francia, por Ley de 24 de mayo de 1872, se le atribuyó al Consejo de Estado la “justicia delegada”, como ya había sucedido bajo la II República entre 1849 y 1851. Es decir, que se le dio la potestad de dictar sentencias en forma autónoma e independiente el

Poder Ejecutivo.

En 1953, se crean los Tribunales Administrativos, que sustituyeron a los Consejos de Prefectura y en 1987 se crearon los Tribunales o Cortes Administrativas de Apelación. La Constitución francesa de 1958, que corresponde a la V República, no menciona al Consejo de Estado como un órgano jurisdiccional, sino que en los artículos 37, 38, 39 se refiere al mismo como un órgano consultivo.

La independencia del Consejo de Estado como órgano jurisdiccional, ha sido reconocida por el Consejo Constitucional francés en sentencias de 1980 y 1987, que ha expresado que es necesario contar entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, “aquel de acuerdo con el cual, con excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial, compete en última instancia a la jurisdicción administrativa, la anulación o la reforma de las decisiones tomadas en el ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los órganos públicos ubicados bajo su autoridad o su control.”

En 1987, el Consejo Constitucional sostuvo la constitucionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, sosteniendo que forma parte del “bloque de constitucionalidad, afirmando que “Juzgar a la Administración es también administrar”.

El Consejo de Estado en Francia nace como consecuencia de una especial interpretación que se ha hecho del principio de la separación de poderes, por el cual los jueces estarían impedidos de juzgar o de dejar sin efecto los actos administrativos del Poder Ejecutivo.

La existencia de un contencioso administrativo separado e independiente del Poder Judicial, surge con el Edicto de “Saint Germain” de 1641, promovido por el Cardenal Richelieu bajo el reinado de Luis XIII, por el que se prohibió a los jueces conocer de los asuntos del Rey. (VEDEL, 1980: 374-375).

Con la Revolución francesa, se aprobó la Ley de 16-24 de agosto de 1790, que dispuso: “las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.” El Consejo Constitucional ha declarado que esta ley de 1790, integra el llamado “bloque de constitucionalidad”.

Según los profesores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la Revolución francesa introdujo dos conceptos fundamentales, que son el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos (art. 7º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano); y el principio de libertad (art. 2º de la Declaración). Surgió así un nuevo concepto del Derecho Público, que es el concepto de “acto arbitrario”, que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado

en la Ley. El art. 11 de la Declaración francesa prescribe: “Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se quisiese ejecutar por la violencia tiene derecho a repelerlo por la fuerza.” (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1994: 547).

El Consejo de Estado en Francia tiene 300 miembros. Hay ocho Cortes o Tribunales Administrativos de Apelación creados en 1987; y 42 Tribunales Administrativos creados en 1953.

El Consejo de Estado se integra con el Primer Ministro, el Ministro de Justicia, el Vicepresidente, seis Presidentes de Secciones, los Consejeros de Estado, los Maitres de Requêtes, y los Auditores de Primera y de Segunda Clase.

En Francia, el órgano superior del Poder Judicial es la Corte de Casación. Un órgano sumamente importante es el Tribunal de Conflictos que fue creado originalmente en 1848, bajo la II República. Posteriormente, en 1872 se vuelve a crear un nuevo Tribunal de Conflictos, que tiene como finalidad laudo las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa. El Tribunal de Conflictos se integra con el Ministro de Justicia, que lo preside, tres Consejeros de Estado, tres Ministros de la Corte de Casación y otros dos miembros elegidos por los siete miembros restantes.

El contencioso administrativo francés tiene cuatro ramas fundamentales: el contencioso de anulación; el contencioso de plena jurisdicción; el contencioso de interpretación y el contencioso represivo.

El contencioso de anulación tiene por objeto la anulación de un acto administrativo, pudiendo el Juez anular total o parcialmente el acto, sin reformarlo. Se ejerce por medio del recurso por exceso de poder, que ha sido una creación pretoriana del Consejo de Estado. El recurso por exceso de poder se puede presentar por las causales de incompetencia, vicios de forma, violación de la regla de derecho o desviación de poder. En el recurso por exceso de poder, no se requiere tener un derecho subjetivo, pero sí un interés legítimo. Los efectos de la sentencia son “erga omnes” cuando se anula el acto administrativo.

El contencioso de plena jurisdicción es aquel en el que el juez tiene la potestad de anular, modificar o sustituir el acto administrativo o el contrato impugnados, así como disponer las reparaciones por los daños y perjuicios. Para promover el contencioso de plena jurisdicción se requiere tener un derecho subjetivo.

El contencioso de interpretación es aquel que tiene por objeto evacuar una consulta, con valor de cosa juzgada. Este recurso se puede interponer en forma directa o por reenvío de otra jurisdicción. Se requiere desde el punto de vista subjetivo, que quien planteé este recurso tenga un interés legítimo.

El contencioso represivo es el que tiene como finalidad la tutela de del domi-

nio público y procura la reparación de los daños causados. Por este contencioso se aplican multas. Es un contencioso poco frecuente. (DE LAUBADÉRE, 1984: 544) (MÉNY, 1998).

II.2.- Italia.

En Italia originalmente la competencia en materia contencioso administrativa estaba confiada a la justicia ordinaria. Por Ley de 31 de marzo de 1889, se le asignó al Consejo de Estado la competencia para resolver los recursos administrativos por incompetencia, violación de la ley o exceso de poder. Actualmente la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos Regionales. El Consejo de Estado italiano desde 1889, tiene competencia en materia consultiva y jurisdiccional, para la protección de los intereses legítimos de los ciudadanos.

Debe tenerse en cuenta, que de conformidad con el art. 103 de la Constitución italiana de 1947: “El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tendrán jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos y, en ciertas materias que la ley indique asimismo para la de los derechos subjetivos.”

A su vez, el art. 113 de la Constitución italiana prescribe: “Contra los actos de la administración pública existe siempre tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.

“Esa tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a ciertos medios de impugnación o para cierta categoría de actos.

“La ley determina cuáles órganos de jurisdicción pueden anular los actos de la administración pública en los casos y con los efectos previstos en la ley.”

Quiere decir, pues, que en Italia la competencia de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado en materia contencioso administrativa, tiene que ver con la protección de los intereses legítimos, mientras que la jurisdicción ordinaria, cuyo órgano de mayor jerarquía es la Corte de Casación, tiene competencia para la protección de los derechos subjetivos.

La competencia de la jurisdicción administrativa comprende la llamada jurisdicción de legitimidad, la jurisdicción de mérito y la jurisdicción exclusiva.

a).- La jurisdicción de legitimidad se refiere a los recursos contra los actos administrativos, que estén viciados de incompetencia, exceso de poder o violación de la ley, que sean interpuestos por quienes tengan un interés legítimo, personal y directo.

b).- La jurisdicción de mérito tiene que ver con los recursos en los que se plantea la cuestión de legitimidad y también la de oportunidad o conveniencia, siendo una competencia de excepción.

c).- La jurisdicción exclusiva está relacionada con los recursos en los que se reclama un derecho subjetivo, siempre que la ley le haya atribuido esa competencia a los tribunales

administrativos. La materia más importante es la relacionada con los funcionarios públicos.

En síntesis, en Italia el criterio que debe utilizarse para distinguir la competencia de los tribunales de la Justicia ordinaria de los tribunales administrativos, se funda en la causa que genera la acción y en lo que se pide concretamente. En otros términos, si se invoca la lesión de un derecho subjetivo y se solicita la indemnización de los daños y perjuicios, la competencia es de la jurisdicción ordinaria. En cambio, si el reclamante afirma que tiene un interés legítimo y solicita la anulación del acto administrativo, entonces la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. (ALESSI, 1970: 586-596).

II.3.- Alemania.

En Alemania entre 1860 y 1870, cuando en Francia en 1872 y España en 1888, se estaba transformando el control por el Consejo de Estado pasando del sistema de la “justicia retenida” a las “justicia delegada”, se crearon los primeros Tribunales Administrativos en varios Länder alemanes, como por ejemplo en Baden (1863), Prusia (1872-75), Hessen (1874-75), Württemberg (1876) y Baviera (1878). En primera instancia actuaban los órganos especializados de la Administración Pública, pero en última instancia intervenían los Tribunales administrativos independientes.

Debe recordarse que en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, se había consolidado la noción del Estado de Derecho desde el punto de vista formal, que comprendía elementos como la legalidad, el control judicial y la responsabilidad del Estado. Fue así como el Tribunal Administrativo de Prusia defendió un enfoque objetivo en la tutela de los derechos frente al Estado, mientras que los Tribunales Administrativos de Baden y de Württemberg, se inclinaron por la noción de Estado de Derecho y consideraron que la tutela judicial debía ser de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En la llamada Ley Fundamental de Bonn de 1949, que es la Constitución de Alemania Federal, se optó por un sistema subjetivo en el art. 19 apartado 4, por el que se garantiza a toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, el derecho a recurrir a la vía judicial.

Posteriormente, se sancionó la Ley de Justicia Administrativa de fecha 21 de enero de 1960, por la cual se reglamentan los recursos administrativos ante la Administración Pública y los recursos ante los Tribunales Administrativos.

La estructura orgánica de la justicia administrativa en Alemania es la siguiente:

En primera instancia en los Länder, tenemos los Tribunales Administrativos. En segunda instancia, tienen competencia los Tribunales Administrativos Superiores para resolver los recursos de apelación y de queja respectivamente. Finalmente, a nivel federal tenemos la Corte Federal Administrativa, con sede en Leipzig, que tiene competencia en los recursos de casación contra las sentencias de los Tribunales Administrativos Superiores.

res y en primera instancia sobre los litigios de derecho público de naturaleza no constitucional entre la Federación y los Länder y los litigios entre los Länder.

Cabe señalar, que la Corte Federal Administrativa se divide en Salas, con un Presidente de la Corte Federal, los Presidentes de las Salas y cinco jueces por cada Sala. Es designada por el Ministro Federal competente, con una comisión de elección de jueces integrada por los Ministros de los Länder competentes en sus respectivos ámbitos, y por un número igual de miembros del Bundestag.

En cuanto a los recursos, corresponde expresar que si el recurrente alega que ha sido afectado en sus derechos por un acto administrativo ilegal, puede solicitar su anulación por vía de una “acción impugnatoria”. En cambio, si se trata de actos reales que no producen efectos jurídicos, pero puedan lesionar al recurrente en sus derechos, igualmente hay que interponer una “acción de prestación”, en forma de una acción de abstención.

Ahora bien, si el recurrente plantea un acción contra un acto administrativo y el Tribunal Administrativo considera que la ley en que se fundamenta el acto administrativo impugnado, es inconstitucional, entonces plantea la cuestión ante la Corte Constitucional Federal, que si lo estima conveniente, anulará la ley con efectos “erga omnes”, es decir con efectos generales.

En síntesis, la justicia administrativa alemana, se estructura con una Corte Federal Administrativa a nivel federal; por Tribunales Administrativos Superiores y por Tribunales Administrativos en los Länder. (SOMMERMANN, 2009: 1-20).

II.4.- España.

El sistema de contralor jurisdiccional de la actividad administrativa en España, tiene como característica principal que a lo largo de la historia ha tenido dos sistemas diferentes. Por un lado, adoptó el sistema judicialista, atribuyendo a los jueces y Tribunales del Poder Judicial el ejercicio del control contencioso de la Administración; y por otro lado, también consagró el modelo del contencioso administrativo francés, confiando a los órganos de la propia Administración el contralor jurisdiccional. En definitiva, España ha seguido una línea sinuosa, en la que, en un primer momento, tuvo un sistema judicialista puro; en un segundo momento, pasó al modelo contencioso administrativo francés; y pasó, en un tercer momento, a un sistema judicialista especializado.

El primer modelo español, es el que surge de la Constitución de Cádiz de 1812, que consagraba el principio de la separación de poderes. Así fue lo que dispuso el Decreto de las Cortes de 13 de setiembre de 1813, que encomendaba todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública, a los Jueces Letrados y en segunda y tercera instancia a las Audiencias respectivas.

El segundo momento en España, se produjo con las Leyes de 2 de abril y de 6 de junio de 1845, que estableció que el control contencioso de la Administración quedaba a

cargo de dos órganos administrativos colegiados: el Consejo Real en el ámbito nacional; y los Consejos Provinciales. El Consejo Real era presidido por el Presidente del Consejo de Ministros, formando parte del mismo dos de los Ministros y treinta Consejeros, nombrados por el Rey a propuesta del Gobierno. Los Consejos Provinciales eran presididos por el Jefe Político, es decir el Gobernador de la Provincia, y por tres, cuatro o cinco vocales designados por el Rey.

El tercer momento del sistema español, que consagró un sistema mixto, tuvo su origen en la llamada Ley Santamaría de Paredes de fecha 13 de setiembre de 1888, conocida así por su principal autor que fue Vicente Santamaría de Paredes. Esta nueva Ley estableció una nueva organización de los llamados Tribunales de lo contencioso administrativo, que actuaban con competencia propia, configurándose la justicia delegada.

La estructura fue la siguiente: a nivel nacional, el Tribunal de lo contencioso administrativo, integrado en el Consejo de Estado, integrado por un Presidente y once Consejeros de Estado. A nivel provincial, se constituyeron los Tribunales provinciales de lo contencioso administrativo, integrados por el Presidente de la Audiencia, dos magistrados de la misma, y dos Diputados provinciales con título letrado.

Un cuarto momento, se produjo en España con la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso de fecha 27 de diciembre de 1956, que diseñó un modelo del contencioso administrativo que se encuentra vigente hasta la fecha. La Ley de 1956 culmina el proceso de judicialización del sistema contencioso administrativo español, manteniendo la Sala de lo Contencioso Administrativo en el Tribunal Supremo. Además, suprimió los Tribunales Provinciales y en su lugar creó las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales.

La Constitución española de 1978 confirmó la línea de Ley de 1956, conocida como LJ, especialmente con lo que afirma en el Preámbulo en donde se proclama la voluntad de la nación de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general.” La jurisdicción contencioso administrativa queda incluida dentro del Poder Judicial, según el art. 117 de la Constitución española.

En tal sentido, el art. 106.1 de la Constitución española de 1978, prescribe: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.” Debe tenerse en cuenta que según el art. 153 literal c), únicamente a “la jurisdicción contencioso administrativa” corresponde el control de la Administración de las Comunidades Autónomas y de sus normas reglamentarias. Por último, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 24 de la Constitución española vigente, que expresa: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” (GARCIA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 1994: 550-557).

III.- EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

Corresponde ahora analizar el contencioso administrativo uruguayo, siendo necesario en primer lugar, comprender el alcance del concepto en la doctrina uruguaya, haciendo un repaso por las enseñanzas de los destacados Profesores de Derecho Administrativo que ha tenido la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Sobre el concepto del contencioso administrativo, enseña el más grande administrativista compatriota SAYAGUÉS LASO lo siguiente: “Es el conjunto de normas que rigen las acciones o recursos jurisdiccionales en que la administración es parte, sea como acto o demandada, es decir lo que constituye el derecho procesal administrativo en sentido amplio.” (SAYAGUÉS LASO, 2010: 466).

Por su parte, Héctor GIORGI afirma que: “El contencioso administrativo está constituido por aquellas contiendas o litigios en los cuales se debaten cuestiones de derecho administrativo, o aquellas contiendas en las cuales se plantean pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo.” (GIORGI, 1958: 24).

Aparicio MÉNDEZ a su vez sostiene que:

En síntesis, un contencioso integral del derecho público contemporáneo debe comprender tres grandes grupos de instrumentos jurídicos: los recursos administrativos, las jurisdicciones contencioso-administrativas vinculadas a los primeros por cualquiera de las fórmulas indicadas antes y luego, más allá del campo de los derechos subjetivos, pero en defensa indirecta de ellos, la coordinación y el control, constituidos por un conjunto de procedimientos destinados inmediatamente a asegurar la juridicidad de la vida administrativa y a regular la conveniencia de sus gestión dentro del todo que es el Estado. (MÉNDEZ, 1952: 18).

En la doctrina administrativista moderna, el prestigioso Profesor de Derecho Administrativo Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO formula una definición en los siguientes términos: ‘

entenderé por “contencioso administrativo” el conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho Público, en las cuales es parte una entidad estatal. Restringiré todavía el tema a las contiendas en que la entidad estatal es demandada, en las cuales la acción moviliza la garantía jurisdiccional de los habitantes de la República frente al accionar del Estado. (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 617-618).

Desde el ámbito de la doctrina procesalista, Enrique TARIGO define al proceso contencioso administrativo de anulación de la siguiente forma:

es un proceso jurisdiccional -pero no judicial- de carácter contencioso, de conocimiento, que tiene por objeto el juzgamiento de la juridicidad de los actos administrativos cumplidos o dictados por el Estado -en sentido amplio- en el que se ejercita la pretensión de

anulación de uno de tales actos, y que puede concluir sea con la anulación del acto, sea con su confirmación, sea con la reserva de la acción de reparación patrimonial para el accionante sin la anulación del acto administrativo. (TARIGO, 1999: 9).

Sobre esta definición conceptual, aclara TARIGO los siguientes elementos que tiene: a).- Es un proceso jurisdiccional, pero no judicial; b).- es un proceso contencioso; c).- es un proceso de conocimiento; d).- cuya finalidad es el juzgamiento de la juridicidad de un acto administrativo definitivo; e).- procedente de cualquier órgano del Estado, f).- en el que se ejercita una pretensión de anulación; g).- cuya sentencia puede tener un triple contenido.

Sin embargo, DURÁN MARTÍNEZ desde el ángulo del Derecho Administrativo, observa con razón que esta definición de TARIGO es descriptiva, pero que hay que tener en cuenta que cuando el acto impugnado es de efectos generales, la anulación dispuesta puede a veces tener efectos sólo en esa causa, por lo que más que de una anulación, se está ante una desaplicación de una norma general a un caso concreto, de manera similar con la declaración de inconstitucionalidad de una ley dispuesta por la Suprema Corte de Justicia. Por ello, propone una definición de contencioso administrativo más esencial, que es la siguiente: “el contencioso administrativo de anulación es un litigio que se dilucida a través de un proceso por el que se procura la anulación o, según los casos, la desaplicación de un acto administrativo.” (DURÁN MARTÍNEZ, 2015: 20).

IV.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

En lo que se refiere a la evolución histórica del contencioso administrativo uruguayo, se pueden señalar tres períodos fundamentales, en los que se puede observar claramente cómo en forma gradual se fue pasando de un sistema orgánico judicialista a un sistema orgánico mixto. En tal sentido, debemos destacar los siguientes períodos: a) Primer período desde 1830 hasta 1934. b) Segundo período desde 1934 hasta 1952. c) Tercer período desde 1952 hasta la fecha.

a).- La Constitución de 1830 consagró un Estado unitario y centralizado, en base al principio de la separación de los tres Poderes del Estado. Se consideró que los tribunales del Poder Judicial tenían competencia para conocer en las acciones que los particulares dedujesen contra la Administración Pública y también de ésta contra aquéllos.

Se sancionaron diversas leyes estableciendo procedimientos especiales para la impugnación de ciertos actos administrativos, que a veces de denominaron apelaciones, como es el caso de los ferrocarriles que ante las resoluciones del Poder Ejecutivo se apelaba directamente ante la Suprema Corte de Justicia; o en materia jubilatoria que se admitía el recurso de apelación ante el Juzgado de Hacienda.

En el año 1892 se creó el Juzgado Nacional de Hacienda, con competencia en primera instancia en todos los litigios relacionados con la hacienda pública. En segunda y tercera instancia tenían competencia los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia. En 1933 se creó un segundo Juzgado de Hacienda y en 1938 un tercer Juzgado. El criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia fue que estos Juzgados tenían competencia para declarar la ilicitud de los actos y de los hechos de la Administración y para condenarla al pago de los daños y perjuicios. Pero no se admitió que estos Juzgados de Hacienda pudieran anular actos administrativos, dictar órdenes a la Administración o suspender la ejecución de los actos, salvo texto expreso de la ley.

b).- El Código de Organización de los Tribunales (C.O.T.) de 1934, amplió la competencia de los Juzgados de Hacienda en el famoso art. 100. Prescribía el art. 100 del C.O.T. lo siguiente:

“Art. 100.- Los Jueces Letrados Nacionales de Hacienda conocerán:

1º.- En primera instancia judicial:

a).- De todas las demandas que en lo principal se relacionen directamente con la Hacienda Pública, sin más excepciones que las de los incisos 4º y 5º del artículo 90, las de los juicios por infracciones aduaneras que se inicien ante la Dirección General de Aduanas y cuya cuantía exceda de quinientos pesos y las de aquellos que leyes especiales cometan en primera instancia al conocimiento de los Jueces de Paz del departamento de la Capital o de los Jueces Letrados de primera instancia de los demás departamentos.

Se reputarán comprendidos en la Hacienda Pública, a los efectos de esta disposición, los patrimonios del Estado, Municipios y Entes Autónomos.

b).- En todos los juicios no cometidos expresamente a dichos Jueces de instancia o de Paz en que, siendo actores o demandados personas de derecho público sean de derecho público las cuestiones comprometidas en el debate, o las normas de cuya aplicación se trate, o los actos o contratos a que se refiera la contienda o cuyo cumplimiento o inejecución la hayan motivado o las responsabilidades que se exijan.”

La casi totalidad de los litigios contra el Estado fueron a la jurisdicción de hacienda. El art. 100 del COT prescribía que los Juzgados de Hacienda eran competentes en primera instancia en todas las demandas que en lo principal se relacionen directamente con la Hacienda Pública; y además en todos los juicios en que, siendo actores o demandados personas de derecho público, las cuestiones litigiosas sean también de derecho público (TARIGO, 1972: 128 y ss.). El COT fue derogado por el Decreto-Ley N° 15.464 de 19 de setiembre de 1983, llamado “Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales”, sustituido a su vez por la Ley N° 15.750 de fecha 24 de junio de 1985.

La Constitución de 1934 disponía que el legislador estableciera el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, independiente del Poder Judicial, con competencia para conocer en las demandas de anulación de resoluciones ilegales de la Administración. Per-

mitía que la ley ampliase la competencia atribuyendo la plena jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La Constitución de 1942 reiteró la solución de 1934, lo que no se concretó en la realidad hasta que fue creado por la Constitución de 1952.

c).- La Constitución de 1952 creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como un órgano independiente, que está al mismo nivel que los Poderes del Estado, siendo un órgano de creación constitucional como son la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas. Se dispuso la integración con cinco miembros, designados en la misma forma que los miembros de la Suprema Corte de Justicia, es decir por dos tercios de la Asamblea General. Se estableció en dicha Constitución de 1952, que la acción de nulidad es un requisito previo para la acción de reparación, en lugar de ser una opción, lo que se mantuvo en la Constitución uruguaya de 1967, hasta que en la Reforma Constitucional de 1997 se reformó el art. 312 de la Constitución, admitiéndose que el lesionado por un acto administrativo puede optar entre promover la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la acción de reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción que la ley determine.

V.- CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

En lo que se refiere a las características principales del contencioso administrativo uruguayo, en la doctrina nacional, MÉNDEZ criticó la denominación de “Tribunal de lo Contencioso Administrativo” diciendo lo siguiente:

Basta este título para poner de manifiesto la diferencia entre el régimen que se pensó crear y el que en definitiva quedó establecido. En efecto, lo contencioso administrativo, como acabamos de verlo, se integra por un conjunto de jurisdicciones en el que podrá darse señalado papel a la anulatoria, pero de ninguna manera el de sustituir a las demás. Más allá del texto de la Carta Política queda como verdad científica innegable la existencia de las otras jurisdicciones, cualquiera sea el Poder en que se encuentren. La Sección, pues, no abarca, como pretenciosamente quiere su nombre, lo contencioso administrativo, sino principalmente la jurisdicción anulatoria. (MÉNDEZ, 1952: 65).

Quien también fuera Profesor de Derecho Administrativo Héctor GIORGI en la Facultad de Derecho, afirma sobre este tema: “Por lo tanto, bajo el actual sistema constitucional, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo jamás tendrá competencia absoluta en la materia contencioso administrativa.”

“La denominación de la Sección XVII de la Constitución y la del referido Tribunal exceden, como lo ha señalado la doctrina nacional, la materia objeto de su reglamentación en la referida Sección y la competencia que ejerce la mencionada Corporación.” (GIORGI, 1958: 61).

De lo expuesto anteriormente, surge que: a).- en primer lugar, tenemos un sistema de doble jurisdicción en lo contencioso administrativo. El ejercicio de la función jurisdiccional es en principio privativa del Poder Judicial, salvo excepción expresa; b).- en segundo lugar, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano creado por la Constitución, independiente del Poder Judicial y de la Administración. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las demandas de nulidad de los actos administrativos.

El art. 312 de la Constitución de 1952 y de la Constitución de 1967 preveía que la ley pudiera ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole el contencioso de reparación. La Reforma Constitucional de 1997 modificó la redacción, previendo que la acción de reparación se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine. Esto ha dado lugar a dudas, en cuanto a saber si es posible o no que por ley se amplíe la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, asignándole el contencioso de reparación. Considero que no sólo es posible sino que es deseable que así sea. No tengo dudas que el art. 312 de la Constitución, en la redacción dada por la Reforma Constitucional de 1997, habilita a la ley para atribuir al Tribunal el contencioso reparatorio. El texto es claro y no deja lugar a dudas.

Corresponde señalar también que la Constitución de la República en el art. 320, prevé que la ley sancionada por tres quintos del total de componentes de cada Cámara, podrá crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta disposición, que tiene su origen en la Constitución de 1952, no ha sido aplicada por el legislador nacional. El art. 320 de la Constitución en el inciso segundo, prevé que “estos órganos serán designados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica.”

Quiere decir, pues, que el legislador puede crear Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, así como Tribunales de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. De esta forma, se solucionaría uno de los graves problemas que tiene el sistema actual, donde hay una concentración excesiva en el Tribunal, lo que permitiría tener Juzgados en los Departamentos del Interior del país. Por lo menos, habría que pensar en tener Juzgados por regiones, como por ejemplo norte, litoral oeste, este, noreste y centro, para lograr descentralizar la jurisdicción contencioso administrativa.

También puede plantearse la duda en cuanto a la competencia a asignar a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. En otros términos, se duda si sólo se les podría asignar la competencia en el contencioso administrativo de reparación, o en cambio si se les puede asignar la competencia anulatoria de los actos administrativos. En este caso, considero que la ley podría distinguir entre asuntos que pueden o deben de ser

competencia originaria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como por ejemplo licitaciones públicas, contratos de la Administración y cuestiones tributarias que superen determinados montos. En la medida en que el constituyente le asignó al legislador la competencia para crear órganos inferiores de la jurisdicción contencioso-administrativa, a mi juicio tanto los Juzgados como los Tribunales que se puedan crear, podrán tener la competencia anulatoria de actos administrativos ilegítimos. En estos casos, tendremos el recurso de apelación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si no se crean los Tribunales de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, o en su caso, el recurso de casación.

En tercer lugar, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene la competencia en el contencioso interadministrativo y en el contencioso intra-orgánico, previsto en el art. 313 de la Constitución de la República. En este sentido, el Tribunal es competente para entender en las contiendas de competencias fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, así como también en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos. Así, por ejemplo, si se produce una contienda de competencia entre dos Entes Autónomos sobre quién tiene la competencia para la realización de determinado cometido estatal; o si la contienda es entre el Poder Ejecutivo y un Gobierno Departamental por la delimitación de las competencias establecidas en la ley. Este es el llamado contencioso interadministrativo.

Pero, además, en el inciso segundo del art. 313 de la Constitución uruguaya vigente, se prevé el contencioso intra-orgánico, que es el caso en que se produzcan contiendas o diferencias entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejo de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano. Un ejemplo de ello es cuando en el Directorio de un Ente Autónomo o de un Servicio Descentralizado, se produce un desacuerdo sobre el quórum requerido para la aprobación de un reglamento o de una resolución de acuerdo con la Ley Orgánica respectiva.

En cuarto lugar, en lo referente a la competencia del Poder Judicial en materia contencioso administrativa, corresponde afirmar que todos los órganos del Poder Judicial, tales como los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil de Montevideo, Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior, Juzgados de Paz Departamentales de Montevideo y Juzgados de Paz del Interior, tienen competencia en materia contencioso administrativa, con exclusión del contencioso administrativo anulatorio que es privativo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Constitución, art. 309).

En Montevideo, la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo se refiere a expropiaciones, acciones de amparo contra

entidades estatales y el contencioso de reparación. Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil tienen competencia residual, como por ejemplo, problemas de reclamaciones de créditos, como por ejemplo la reclamación de los sueldos retenidos mientras un funcionario estuvo ilegítimamente separado del cargo; las reclamaciones de diferencias de montos jubilatorios.

VI. LA ACCIÓN DE NULIDAD.

La acción de nulidad es un juicio entre partes que se tramita ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El actor es un sujeto que ha sido lesionado en su derecho subjetivo o en su interés directo, personal y legítimo. El interés legítimo en la Constitución uruguaya, es la situación en la que se encuentra una persona que pretende de la Administración un comportamiento que le es favorable, pretensión que puede ser legítimamente satisfecha o no serlo. Sólo habrá una lesión al interés legítimo de una persona, cuando hay un comportamiento administrativo contrario al derecho objetivo.

El demandado siempre es una persona jurídica estatal, a la que pertenece el órgano que dictó el acto administrativo cuya declaración de nulidad pretende el acto. Como se sabe, la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo comprende los actos administrativos contrarios a derecho o dictados con desviación de poder, por cualquier órgano del Estado (Constitución, art. 309).

La acción de nulidad no se dirige en calidad de demandado contra el beneficiario del acto administrativo, el que puede comparecer como tercerista. Así, por ejemplo, si el acto administrativo es el ascenso de un funcionario a un cargo superior en un Ministerio, Ente Autónomo o Servicio Descentralizado; o si el acto administrativo es dictado por la Facultad de Derecho de Udelar disponiendo la designación de un profesor que ha ganado el concurso, la acción de nulidad se entabla contra el órgano que dictó el acto administrativo, no contra el funcionario ascendido o contra el profesor designado por concurso. En todos estos casos, el funcionario ascendido o el profesor designado, podrán comparecer como terceristas en el juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

VI.1.- Condiciones de admisibilidad de la acción de nulidad.

En lo que se refiere a las condiciones de admisibilidad de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debemos decir que son tres: a) el agotamiento de la vía administrativa; b) el accionamiento en plazo; c) la impugnabilidad del acto administrativo.

a) El agotamiento previo de la vía administrativa. De conformidad con lo prescripto por el art. 319 de la Constitución de la República, la acción de nulidad no se puede

ejercer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si previamente no se agotó la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes previstos en el art. 317 de la Constitución. El agotamiento de la vía administrativa se producirá cuando el administrado haya sido notificado de la resolución expresa de la Administración, o cuando hayan vencido los plazos que tiene la Administración para resolver los recursos administrativos, que es de ciento cincuenta días en el caso del recurso de revocación; de doscientos días si se trata de los recursos de revocación y jerárquico; o en su caso de reposición y apelación en el ámbito de los Gobiernos Departamentales; y de doscientos cincuenta días cuando se interpusieron conjuntamente los recursos de revocación, jerárquico y de anulación en subsidio ante el Poder Ejecutivo, en el caso de actos administrativos dictados por órganos inferiores de los Servicios Descentralizados (art. 5° de la Ley N° 15.869 de fecha 22 de junio de 1987, en la redacción dada por el art. 41 de la Ley N° 17.292 de fecha 25 de enero de 2001; art. 147 del Decreto N° 500/991 de fecha 27 de setiembre de 1991 actualizado)

b) El accionamiento en plazo. La acción de nulidad se debe interponer dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del acto expreso que pone fin a la vía administrativa o de la configuración de la denegatoria ficta, so pena de configurarse la caducidad, de conformidad con lo establecido por el art. 319 de la Constitución de la República y el art. 9° de la Ley N° 15.869 de fecha 22 de junio de 1987.

c) La impugnabilidad del acto administrativo. Para que pueda promoverse la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es imprescindible que el acto administrativo sea impugnabile. De conformidad con el art. 26 del Decreto-Ley N° 15.524 de fecha 9 de enero de 1984, en la redacción dada por el art. 1° de la Ley N° 15.869 de fecha 22 de junio de 1987, no pueden ser objeto de la acción anulatória, los actos de gobierno. Además, según el 27 del mencionado Decreto-Ley N° 15.524 tampoco pueden ser objeto de la acción anulatória los actos que se emitan denegando los reclamos por cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho precedente de la Administración; aquellos actos que desestimen la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas; los actos que desestimen las peticiones de los interesados que tiendan al reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de sus créditos a pagos futuros o reclamos similares; y los actos que estén regulados por el derecho privado.

Corresponde agregar de acuerdo con el art. 198 inciso cuarto de la Constitución de la República, no son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las remociones o destituciones de los miembros de los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, dispuestas por el Poder Ejecutivo en base a las facultades de contralor previstas en los arts. 197 y 198 de la Constitución.

Es importante tener en cuenta esta aclaración que formula GIORGI sobre la com-

petencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la acción de nulidad de actos administrativos: “El examen de la justicia, conveniencia, oportunidad o mérito del acto, desborda su competencia, en tanto dichos elementos no integran la juridicidad o legalidad del mismo, y su consideración se libra a la discrecionalidad de la Administración.” (GIORGI, 1958: 195).

En lo que se refiere a la desviación de poder, como una de las causales para disponer la anulación de un acto administrativo, sostiene el autor compatriota citado: existe desviación de poder cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -sea de interés público o privado- a aquel que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos a la Administración. El acto no se ajusta al fin propio o específico del servicio (GIORGI, 1958: 211).

En definitiva, hay desviación de poder cuando hay una traición al fin, que es uno de los elementos esenciales del acto administrativo. Así, por ejemplo, si se sanciona a un funcionario porque presuntamente cometió una falta administrativa, cuando en realidad lo que se está encubriendo es una persecución política, ideológica, gremial o de otra naturaleza.

VI.2.- El trámite procesal de la acción de nulidad.

Debe destacarse que todo el trámite procesal de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es escrito. Las etapas procesales son las siguientes:

1.- DEMANDA: la demanda debe ser presentada por escrito ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro de los sesenta días de agotada la vía administrativa, so pena de caducidad. Es imprescindible en el escrito de demanda, como primer punto a desarrollar, detallar la forma cómo se agotó la vía administrativa desde que se notificó personalmente el acto administrativo impugnado, o si fue publicado en el “Diario Oficial”; así como el o los recursos interpuestos con la fecha precisa, con la fecha en que se produjo la resolución expresa de la Administración rechazando el o los recursos interpuestos, o en su caso, la fecha en que se produjo la denegatoria ficta.

2.- CONTESTACIÓN: la contestación de la demanda, que siempre estará a cargo de un órgano público estatal, debe ser hecha en un plazo de veinte días a partir de la notificación personal. La Administración siempre solicita una prórroga de diez días para contestar la demanda, lo que está contemplado en la ley, por lo que en los hechos la contestación de la demanda se hace dentro de los treinta días de notificada.

3.- APERTURA DE UN PERÍODO DE PRUEBA: una vez contestada la demanda, el Tribunal abre el juicio a prueba, por el término de sesenta días corridos. Dentro de los primeros veinte días, se debe presentar escrito de prueba por cada una de las partes. Dentro de los diez días siguientes, se puede presentar escritos ofreciendo contraprueba de la ofrecida por la parte contraria. Dentro de los treinta días siguientes, se debe producir la prueba ofrecida, con el libramiento de oficios, la declaración de testigos, etc.

4.- ALEGATOS: culminado el período de prueba y certificada la misma, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo decreta que aleguen las partes por su orden, para lo cual cada parte dispone de un plazo de quince días hábiles.

5.- INFORME DEL PROCURADOR DEL ESTADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: una vez presentados los alegatos de bien probado por las partes, se procede a dar vista al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien dará su dictamen por escrito, no siendo vinculante para el Tribunal. En los juicios sobre destitución de funcionarios públicos, sanciones a funcionarios, promociones o ascensos, es decir en todo lo relacionado con la carrera administrativa, se solicita además el asesoramiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

6.- SENTENCIA DEFINITIVA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: la sentencia del Tribunal puede confirmar o anular el acto administrativo impugnado, sin reformarlo. Los efectos de la Sentencia en general son en el caso concreto, pero el Tribunal puede declarar la nulidad del acto administrativo en interés de la regla de derecho o de la buena administración, en cuyo caso producirás efectos generales y absolutos, conforme lo prevé el inciso segundo del art. 311 de la Constitución de la República. Así, por ejemplo, el Tribunal en Sentencia N° 279 de fecha 6 de mayo de 2010, anuló un acto administrativo del Directorio del Banco de la República Oriental del Uruguay de fecha 8 de febrero de 2006, por el que se dispuso que se debía registrar en la ficha carrera del funcionario, las acciones o juicios contra el Ente.

VI.3.- La Sentencia definitiva.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es juez de la legalidad de los actos administrativos, por lo que no juzga el mérito, la oportunidad o la conveniencia de un acto emitido por la Administración. La Sentencia dictada por el Tribunal se hace en ejercicio de la función jurisdiccional y produce cosa juzgada.

a) El contenido de la sentencia. La sentencia del Tribunal sólo puede confirmar o anular el acto administrativo, sin reformarlo. No obstante, en los Considerandos de la sentencia el Tribunal puede dar pautas o criterios a la Administración en cuanto a la forma de resolver los asuntos, para evitar incurrir en ilegitimidades o para la buena Administración.

b) Las causales de anulación. Las causales de anulación están previstas en el art. 309 de la Constitución de la República, esto es que el acto administrativo sea contrario a derecho o que se haya dictado con desviación de poder. El art. 23 del Decreto-Ley N° 15.524 se refiere a desviación, abuso o exceso de poder.

La “desviación de poder” afirma CAJARVILLE PELUFFO existe “siempre que el “fin querido” por la voluntad de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto.” (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 633).

En cambio “abuso o exceso de poder” según CAJARVILLE PELUFFO existirá toda vez “que el acto, apreciado objetivamente, no sea adecuado a los motivos por los que se dictó, o no sea idóneo para lograr el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto”. (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 633).

c) Intereses en atención a los cuales la sentencia puede anular el acto impugnado. En primer lugar, la sentencia puede dictarse para amparar o proteger el derecho subjetivo del demandante. En segundo lugar, la sentencia puede dictarse en interés de la regla de derecho o de la buena administración.

d) Eficacia subjetiva de la sentencia. En lo que se refiere a la eficacia subjetiva de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debemos tener en cuenta el art. 311 de la Constitución de la República, que establece lo siguiente:

Artículo 311. Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.”

En este sentido, debemos tener en cuenta que en el art. 309 inciso tercero de la Constitución, se consagran los requisitos de la legitimación del actor, es decir que tiene que ser titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

En el art. 310 de la Constitución de la República, se establecen las mayorías necesarias para que el Tribunal pueda anular el acto administrativo. En tal sentido, el inciso segundo del art. 310 requiere simple mayoría de los cinco miembros del Tribunal para anular un acto administrativo que lesione un derecho subjetivo. En cambio, en el inciso tercero del art. 310 de la Constitución, se requieren cuatro votos conformes para los demás casos, es decir cuando hay violación de un interés legítimo. Cuando hay lesión de un interés legítimo, pese a que el Tribunal puede confirmar el acto administrativo, por tres votos conformes puede reservar a la parte demandante la acción de reparación.

En el art. 311 de la Constitución de la República, a su vez, establece los dos casos en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede anular el acto administrativo impugnado en atención a los intereses afectados y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso.

Es importante señalar lo que enseña CAJARVILLE PELUFFO sobre el alcance del art. 311 de la Constitución de la República, expresando lo siguiente:

los términos de la dicotomía del art. 311 no parece necesariamente excluyentes, como si ocurre con los del art. 309. Si la situación del actor lesionada no configura un derecho subjetivo y sin embargo está legitimado para promover la acción, necesariamente será un “interés legítimo”, además personal y directo; la hipótesis está necesariamente fuere el

inciso 1º del art. 311. Pero en cambio, si el actor fue lesionado en un derecho subjetivo, ese es precisamente el interés directamente tutelado por la norma, en la expresión constitucional el “interés de la regla de derecho” contrariada en el caso, con lo cual la locución constitucional tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo. Cuando la norma violada por el acto impugnado confiera derechos subjetivos no solo al actor sino también a otros sujetos en similares situaciones, el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” puede justificar la anulación con “efectos generales y absolutos. Las hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 638).

d) Eficacia sustancial de la sentencia anulatoria. La sentencia por la que se declara la anulación de un acto administrativo, consiste en la supresión definitiva de sus efectos con retroactividad al momento de su perfeccionamiento. En otros términos, si un funcionario fue destituido por la Administración, la sentencia anulatoria retrotrae sus efectos a la fecha en que se dictó el acto administrativo impugnado. Es como si nunca hubiera sido dictado ese acto administrativo de destitución del funcionario, habrá que restituirlo al cargo y abonarles todos los haberes que le hubieran correspondido cobrar durante ese tiempo entre la resolución que dispuso la sanción de destitución y la fecha del efectivo reintegro al cargo.

VII.- CONCLUSIONES.

El análisis realizado para estudiar el contencioso administrativo en el Derecho Comparado y en nuestro país, revela claramente la necesidad de introducir reformas a corto plazo, con la finalidad de modernizar y descentralizar un sistema que ya ha quedado obsoleto con el tiempo.

Tenemos un sistema orgánico mixto de lo contencioso administrativo, que no funciona con la agilidad y eficiencia que requiere un Estado moderno. La repartición de competencias entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Poder Judicial, perjudica notoriamente a los administrados. Genera caos y confusión, por lo que hay que promover cambios en bien de la Justicia y del Derecho.

Han transcurrido casi setenta años de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y no hemos sido capaces de introducir cambios que permita la consolidación plena del llamado Estado de Derecho democrático y social. La Administración debe estar controlada, más aún cuando cada vez asume mayores competencias y cometidos, avasallando los derechos y libertades de los ciudadanos.

Se hace necesario e imprescindible contar con un sistema contencioso administrativo ágil, eficiente y moderno, al que puedan acceder todos los ciudadanos del país, terminando con una fuerte e injusta centralización en Montevideo de un solo Tribunal,

que está desbordado por la cantidad de expedientes tramitados, así como por la diversidad de temas y materias, muchas veces de escasa significación desde el punto de vista económico, pero que tienen mucha importancia para cada uno de los administrados.

El tiempo que lleva un juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo posiblemente le sirva a los gobernantes de turno, porque los errores y las injusticias cometidas, serán resueltas en otra Administración. Pero no sólo es una injusticia para los administrados, para los ciudadanos, sino que es sobre todo, una afrenta al Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ALESSI, R. (1970), Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Barcelona: Ed. Bosch.

CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (2012). Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. Montevideo: F.C.U.

CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (2016). Recursos Administrativos. Montevideo: F.C.U.

DE LAUBADÉRE, A. (1984). Traité de Droit Administratif. Tomo I. París: Libraire Générale de Droit et Jurisprudence.

DELPIAZZO, C. (2017). Derecho Administrativo General. Volumen 2. Montevideo: Ed. Amalio Fernández.

DURÁN MARTÍNEZ, A. (2015). Contencioso Administrativo. Montevideo: Ed. Amalio Fernández.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1994). Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Ed. Civitas.

GIORGI, H. (1958). El Contencioso Administrativo de Anulación. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MC-COLL, J. (1995). La Constitución de 1952. Montevideo: Cámara de la Cámara de Senadores.

MÉNDEZ, A. (1952). Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo. Montevideo: Biblioteca de "Revista de Derecho Público y Privado.

MÉNY, I. (1998). El sistema político francés. París: La documentation française.

SAYAGUÉS LASO, E. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Montevideo: F.C.U.

SOMMERMANN, K.P. (2009). El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho. En ABERASTURY, P. (Coordinador), La Ley de la Justicia Administrativa Alemana. (1-20). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

TARIGO, E. (1999). Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación. Montevideo: F.C.U.

TARIGO, E. (1972). Estudios sobre el Código de Organización de los Tribunales. Montevideo: F.C.U.

VEDEL, G. (1980). Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Normas.

Uruguay. Ley N° 17.292. Ley de Urgencia. Administración Pública y Fomento y Mejoras del Empleo. Diario Oficial: 29 de enero de 2001.

Uruguay. Ley N° 15.869. Recursos administrativos. Diario Oficial: 2 de julio de 1987.

Uruguay. Ley N° 15.750. Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales. Diario Oficial: 8 de julio de 1985.

Uruguay. Decreto-Ley N° 15.524. Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial: 30 de enero de 1984.

Uruguay. Decreto-Ley N° 15.464. Derogación a la Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales. Diario Oficial: 30 de septiembre de 1983.

Uruguay. Decreto N° 500/991. Aprobación del Procedimiento Administrativo y Disciplinario aplicable al Funcionario Público de la Administración Central. Diario Oficial: 3 de octubre de 1991.