

# 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

*Augusto Durán Martínez\**

- I -

1. Con fecha 25 de mayo de 1976 se aprobó la ley federal de procedimiento administrativo alemana (en adelante LPA), que entró en vigor el 1º de enero de 1977.

Con algunas modificaciones, esta ley continúa vigente.

2. Esta ley tiene por objeto la codificación del procedimiento administrativo. Pero como bien advirtió FROMONT, por un lado esa codificación es parcial y, por otro, desborda en mucho la materia *procedimiento administrativo*.<sup>1</sup>

Esa codificación es parcial porque:

a) no se aplica a los Länder (aunque la unificación del procedimiento se ha conseguido porque la mayoría de los Länder han adoptado leyes casi iguales);

b) no ha pretendido derogar las leyes federales vigentes en ese momento en materia de procedimiento administrativo, sino que se aplica en forma subsidiaria;<sup>2</sup>

c) no regula todos los procedimientos administrativos sino que hay procedimientos especiales regulados por otras leyes. Así, el procedimiento administrativo tributario se rige por el Código Fiscal aprobado por la ley federal de 13 de marzo de 1976, que entró en vigor el 1º de enero de

---

\* 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 Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

<sup>1</sup> FROMONT, Michel, "République Fédérale d'Allemagne. La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Novembre-décembre 1977, N° 6, pp. 1284 y ss.

<sup>2</sup> FROMONT, Michel, "République Fédérale d'Allemagne. La codification ...", loc. cit., pp. 1295 y ss.

1977 y los procedimientos de seguridad social se rigen por el Código de derecho social, aprobado por ley de 13 de diciembre de 1975 que entró en vigencia el 1º de enero de 1976.<sup>3</sup>

Esta LPA, por otro lado, sobrepasa en mucho la regulación del procedimiento administrativo, porque regula también aspectos sustantivos del acto administrativo, de los contratos administrativos y aun aspectos de organización administrativa.<sup>4</sup>

3. En Uruguay esta ley recibió elogios casi de inmediato. En efecto, a poco de entrar en vigencia, REAL se refirió a ella como un “acontecimiento de grandes proyecciones científicas.”<sup>5</sup> Y enseguida agregó que “constituye un acontecimiento destacable en el derecho comparado, por la influencia intelectual que tendrá el ejemplo en cuestión y por los estudios que provocará, tanto en Alemania como en otros países.”<sup>6</sup>

## - II -

1. A fin de comprender cabalmente nuestro tema es preciso tener en cuenta el concepto de procedimiento administrativo y de acto administrativo de la LPA.

2. El artículo 9 de la LPA, cuyo *nomen juris* es *concepto de procedimiento administrativo*, dice así: “A los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público.”<sup>7</sup>

3. El artículo 35 de la LPA, cuyo *nomen juris* es *noción de acto administrativo*, dice: “1Un acto administrativo es toda disposición, decisión u otra medida del poder público dictada por una autoridad administrativa para la reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo. 2Un acto administrativo de destinatario general es un acto administrativo dirigido a un círculo de personas determinado o determinable por criterios generales o que concierne a la naturaleza de derecho público de un bien o de su uso por la colectividad.”

4. De estos textos se extrae que la LPA, con relación al procedimiento administrativo y al acto administrativo, refiere únicamente a aquella actividad que produce efectos externos a la administración. También se advierte que la noción de acto administrativo prevista en el artículo 35 no comprende al reglamento.

<sup>3</sup> FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, en *Revue du Droit Public* ..., mars-avril 1978, N° 2, pp. 405 y ss.

<sup>4</sup> FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ..., loc. cit., pp. 1284 y ss.

<sup>5</sup> REAL, Alberto R., “La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1978, t. I, p. 368.

<sup>6</sup> REAL, Alberto R., “La codificación ...”, loc. cit., p. 369.

<sup>7</sup> La versión en castellano de la LPA que emplearemos pertenece a los Profesores Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patria-Gottschau y Pedro Aberastury, con la colaboración de Konrad Secheuermann.

- III -

1. Como bien ha expresado FROMONT, la LPA contiene el esbozo de una teoría general de las consecuencias de la irregularidad de un acto administrativo elaborado a partir de una jurisprudencia muy arraigada.<sup>8</sup>

2. El punto de partida de esta teoría es la noción de *eficacia*.

La LPA dedica a la eficacia del acto administrativo su artículo 43.

Este artículo establece:

**“Artículo 43. Eficacia del acto administrativo.**

(1) 1Un acto administrativo tiene eficacia con respecto a quien le está destinado o a quien le afecta en el momento en que se le notifica. 2El acto administrativo tiene eficacia con el contenido que se le notifica.

(2) Un acto administrativo continúa teniendo eficacia en tanto y en la medida que no sea retirado, revocado, anulado de alguna otra manera, o que se extinguió por el transcurso del tiempo o de otra manera.

(3) Un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos.”

3. De este artículo, en particular de su numeral tercero, se desprende que la eficacia se relaciona con la producción de efectos jurídicos.

Coincido plenamente con esa posición. Ya he sostenido, siguiendo a BISCARETTI DI RUFFIA<sup>9</sup> y FRUGONE SCHIAVONE,<sup>10</sup> que un acto es eficaz cuando tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.<sup>11</sup>

Del apartado primero de ese artículo se desprende con total precisión el comienzo de la eficacia y su alcance: la eficacia comienza en el momento de la notificación y con el contenido que se notifica.

El apartado segundo refiere a la duración de la eficacia. El acto produce efectos hasta que sea *retirado* (Rücknahme), *revocado* (Widerruf), anulado o extinguido por el transcurso del tiempo o de otra manera.

Queda claro, pues, que los efectos jurídicos del acto no desaparecen si el acto o sus efectos no son extinguidos por alguno de los modos indicados en ese artículo 43.

---

<sup>8</sup> FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1304.

<sup>9</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1973, p. 176.

<sup>10</sup> FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1974, t. 74, N° 1 al 10, pp. 9 y ss.

<sup>11</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 233.

4. De lo expuesto se desprende que los actos irregulares, salvo una especial categoría que enseguida se indicará, producen efectos jurídicos pese a su irregularidad y esos efectos se extinguen solo en la medida en que sean cesados.

5. Esa categoría de actos irregulares que no producen efectos jurídicos, según el tercer numeral del artículo 43, es la referida en el artículo 44.

Este artículo en sus primeros dos apartados establece:

**“Artículo 44. Nulidad del acto administrativo.**

(1) Un acto administrativo es nulo, en la medida que se encuentra afectado por un vicio particularmente grave, y esto es evidente considerando razonablemente todas las circunstancias relevantes.

(2) Sin perjuicio de que las condiciones previstas en el apartado 1º se encuentren cumplidas es nulo el acto administrativo

1. que fue dictado por escrito o por vía electrónica, pero no se encuentra identificada la autoridad administrativa que lo dicta;

2. que, en virtud de una norma, puede ser solamente dictado mediante la entrega de un documento pero que no corresponde a la forma establecida;

3. que una autoridad administrativa dictó fuera de su competencia fundada por el Artículo 3, apartado 1º nº 1 sin estar autorizada para ello;

4. que nadie puede por razones de hecho ejecutar;

5. que requiere el cometido de un acto ilícito que constituye un tipo legal penal o de sanción administrativa;

6. que viola las buenas costumbres.”

El término alemán *Nichtigkeit* ha sido traducido como *nulo* en este artículo así como en el apartado 3 del artículo 43, en la versión que estamos manejando. Sin embargo, ha sido traducido por FROMONT como *inexistente*.<sup>12</sup>

No es lo mismo nulo que inexistente. A mi juicio hay inexistencia cuando no se reúnen los presupuestos y elementos requeridos para el perfeccionamiento del acto administrativo;<sup>13</sup> hay acto nulo cuando contiene un vicio grave en alguno de sus presupuestos o elementos esenciales.

Si se analizan los ejemplos dados por el apartado 2 del artículo 44, se advertirá que sólo el que figura en el tercer numeral puede considerarse un caso de inexistencia; los demás serían casos de actos con vicios graves. Por tanto, parece más adecuado en las hipótesis del artículo 44 hablar de acto nulo más que de inexistencia.

<sup>12</sup> FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1306.

<sup>13</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad ...”, loc. cit., p. 232.

6. Considerando los artículos 43 y 44 de la LPA, se desprende que todos los actos irregulares que producen efectos jurídicos son todos aquellos que contienen un vicio, no incluidos en el artículo 44.

7. El artículo 45 regula el saneamiento de vicios del procedimiento y de forma,<sup>14</sup> el 46 refiere a las consecuencias de los vicios del procedimiento y de forma<sup>15</sup> y el 47 prevé la conversión de un acto administrativo viciado por otro acto administrativo y establece los requisitos para ello.<sup>16</sup>

Se percibe así en la LPA la preocupación por la conservación de los efectos jurídicos del acto pese a su irregularidad en caso de determinados vicios.

8. Los artículos 48 y 49 refieren a la revocación del acto administrativo. El primero de los artículos citados regula el caso de *Rücknahme*, término que en francés es traducido por FROMONT como *retrait*<sup>17</sup> y en español en el texto que estamos utilizando como *retiro*. El otro artículo regula el caso de *Widerruf*, término que es traducido como *révocation*<sup>18</sup> y *revocación* en francés y español respectivamente.

Como en nuestro país no se emplea habitualmente el término *retiro* emplearé el término *revocación* en los dos artículos, revocación por razones de legitimidad en el caso del artículo 48 y revocación por razones de mérito en caso del artículo 49.

---

<sup>14</sup> “**Artículo 45. Saneamiento de vicios del procedimiento y de forma.**

(1) Una vulneración a las reglas del procedimiento o de forma que no llevan a la nulidad del acto administrativo en virtud del Artículo 44, no se considera cuando

1. la solicitud necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente presentada;
2. la fundamentación necesaria es posteriormente dada;
3. la audiencia necesaria de una parte es posteriormente realizada;
4. la resolución de una comisión cuya cooperación es necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente realizada;
5. la cooperación necesaria de otra autoridad administrativa es posteriormente realizada.

(2) Actuaciones en virtud del apartado 1 pueden ser posteriormente cumplidas hasta el fin de la última instancia que se pronuncia sobre los hechos del proceso ante la Justicia Administrativa.

(3) 1 Si un acto administrativo se encuentra desprovisto de la fundamentación necesaria o si la audiencia necesaria de una parte, previa al dictado de un acto administrativo, fue omitida y si, por eso, el plazo de la impugnación del acto administrativo no fue observado, la inobservancia del plazo del recurso no se considera culpa del impugnante. 2 El evento determinante para el plazo de reposición según el Artículo 32, apartado 2 ocurre en el momento de la realización posterior de la actuación procedimental omitida.”

<sup>15</sup> “**Artículo 46. Consecuencias de vicios del procedimiento y de forma.**

La anulación de un acto administrativo, que no es nulo según el Artículo 44, no puede ser requerida solamente por el hecho de haber vulnerado reglas de procedimiento, de forma o de competencia en razón del territorio, si es evidente que la vulneración no ha influido en la decisión del fondo.”

<sup>16</sup> “**Artículo 47. Conversión de un acto administrativo viciado.**

(1) Un acto administrativo viciado puede ser convertido en otro acto administrativo si éste tiene la misma finalidad, si la autoridad administrativa que lo dicta hubiera podido dictarlo lícitamente en el modo procedimental y en la forma realizada y si los requisitos para su dictado están cumplidos.

(2) 1 Apartado 1 no se aplica si el acto administrativo resultante de la conversión del acto administrativo viciado se encontraría en contradicción con la intención reconocible de la autoridad administrativa emisora, o si sus consecuencias jurídicas serían más desfavorables para el afectado que aquellas del acto administrativo viciado. 2 Además, una conversión es inadmisiblesi el acto administrativo viciado no podría ser retirado.

(3) Una decisión que solamente puede ser emitida en forma de decisión legalmente vinculada no puede ser convertida en una decisión discrecional.

(4) El Artículo 28 se aplica por analogía.”

<sup>17</sup> FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1308.

<sup>18</sup> FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1308.

En este estudio centraré mi atención en el artículo 48.

- IV -

1. El artículo 48 de la LPA dice:

**“Artículo 48. Retiro del acto administrativo ilícito.**

(1) 1Aun después de ser inimpugnable, un acto administrativo ilícito puede ser retirado, total o parcialmente, con efectos para el futuro o para el pasado. 2Un acto administrativo que crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (acto administrativo beneficioso-*begünstigender Verwaltungsakt*), sólo puede ser retirado bajo las restricciones de los apartados 2 a 4.

(2) 1Un acto administrativo ilícito que garantiza una prestación monetaria única o periódica o una prestación material divisible o que es requisito para ello, no puede ser retirado en la medida que el beneficiario ha puesto confianza en la firmeza del acto administrativo y su confianza, ponderándola con el interés público en un retiro, es digna de protección. 2La confianza es en principio digna de protección cuando el beneficiario ha realizado las prestaciones concedidas o si ha llevado a cabo una disposición patrimonial que no puede mas anular o sólo soportando prejuicios no exigibles. 3El beneficiario no puede invocar la confianza, cuando él

1. obtuvo el acto administrativo mediante engaño doloso, amenaza o corrupción;

2. obtuvo el dictado del acto administrativo por indicaciones que eran incorrectas en aspectos esenciales o que eran incompletas;

3. conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave.

4En los casos previstos en la tercera frase, el acto administrativo es en principio retirado con efecto retroactivo.

(3) 1En caso de retiro de un acto administrativo ilícito, no comprendido en el apartado 2, la autoridad administrativa debe, a solicitud, recompensar al afectado el perjuicio patrimonial sufrido por su confianza en el acto administrativo, en la medida que su confianza, ponderándola con el interés público, es digna de protección. 2Apartado 2º, 3ª frase se aplica. 3Sin embargo, el perjuicio patrimonial no debe ser recompensado mas allá del monto del interés que el afectado tiene en la firmeza del acto administrativo. 4El monto del perjuicio patrimonial a recompensar es fijado por la autoridad administrativa. 5La pretensión sólo puede ser requerida dentro de un año; el plazo corre luego de que la autoridad administrativa lo comunicó al afectado.

(4) Cuando la autoridad administrativa tiene conocimiento de hechos que justifican el retiro de un acto administrativo ilícito, el retiro es admisible solo dentro de un año a partir del momento del conocimiento. Esto no se aplica en el caso del apartado 2, 3ra frase, nº 1.

(5) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre el retiro después de la inimpugnabilidad del acto administrativo; esto se aplica igualmente si el acto administrativo a retirar fue dictado por otra autoridad administrativa.”

2. Como se ha dicho, este artículo refiere a la revocación de un acto administrativo por razones de legitimidad (*Rücknahme, retrait, retiro*).

3. Conforme a lo dispuesto en su apartado primero, lo establecido en este artículo rige aún en el caso de actos inimpugnables.

Centraré mi atención en estos casos y no analizaré la revocación con recurso.

COVIELLO observa que la palabra *inimpugnable*, en alemán *unanfechtbar*, equivale en el derecho administrativo argentino a *firmeza*. Acto inimpugnable es un acto administrativo firme.<sup>19</sup>

Lo mismo se puede decir en nuestro medio. Pacíficamente entiende nuestra doctrina que acto administrativo firme es un acto inimpugnable.<sup>20</sup>

4. El primer apartado del artículo en estudio comienza sentando el principio de que todo acto administrativo ilegítimo puede ser revocado aún sin recurso y que dicha revocación puede incluso ser con efectos retroactivos. Pero enseguida establece una excepción a ese principio: el caso de los actos administrativos que crean o confirman un derecho o una ventaja jurídicamente relevante, es decir, el caso del acto administrativo beneficioso.

El acto administrativo beneficioso no puede en principio ser revocado aun por razones de legitimidad. Los apartados 2 a 4 de este artículo fijan estrictamente los requisitos para el *retiro* del acto administrativo beneficioso.

5. El apartado segundo impide el *retiro* del acto beneficioso que otorgue una prestación pecuniaria o material, en protección de la confianza que el beneficiario del acto ha puesto en la firmeza del mismo.

La ley recoge aquí la construcción jurisprudencial de protección de la confianza legítima, que se deriva del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y del principio de la buena fe.<sup>21</sup>

COVIELLO, en un intento de precisar la protección de la confianza legítima expresó:

*“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 quie-*

<sup>19</sup> COVIELLO, Pedro J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004, p. 60, llamada 90.

<sup>20</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957, t. 55, p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo, vol. V*. Montevideo, 2007, p. 310; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad ...”, loc. cit., p. 234; ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “Procedimiento recursivo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, (Coordinador)*. Universidad Católica del Uruguay/ Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político –Serie Congresos y Conferencias N° 5, 3ª edición actualizada. Montevideo, 2000, p. 62.

<sup>21</sup> PIELOW, Johann C., “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. 101 y ss.; LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas. Madrid, 1993, pp. 95 y ss.; MÜLLER-GRUNE, Sven, “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, en *MACHADO ARIAS, Juan P., (coordinador) Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung. México, 2009, p. 44.

nes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, 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; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y, en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización.”<sup>22</sup>

La jurisprudencia alemana mencionada, relacionada con la protección de la confianza legítima, se formula especialmente a partir del caso denominado de la “viuda de Berlín”.

COVIELLO, con referencia a este caso, explicó:

“A través del pronunciamiento del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, del 14/11/1956, se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien oficialmente se le había notificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión. Basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, la viuda concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas.

La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25/10/1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no sólo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión.”<sup>23</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley indica que no se puede invocar la confianza y, por tanto, corresponde la revocación con efecto retroactivo cuando el beneficiario: a) obtuvo el acto mediante engaño doloso, amenaza o corrupción; b) obtuvo el acto por indicaciones incorrectas en aspectos esenciales o incompletas; c) conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave.

Fuera de esos casos precedentemente indicados la revocación por razones de legitimidad es posible en el plazo de un año, previa ponderación del interés público en el retiro con la protección de la confianza y pago de la indemnización por los perjuicios causados.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> COVIELLO, Pedro J.J., *La protección ...*, p. 462.

<sup>23</sup> COVIELLO, Pedro J.J., *La protección ...*, loc. cit., pp. 37 y ss.

<sup>24</sup> Excede el propósito de este trabajo el estudio detallado de este artículo. Por eso me remito a la excelente obra de COVIELLO ya citada (COVIELLO, Pedro J.J., *La protección ...*, pp. 56 y ss.). Ver también BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en *Revista Trimestral de Direito Público. Instituto de Direito Administrativo Paulista*. Malheiros Editores. São Paulo, N° 53, pp. 28 y ss.



## - V -

1. En el Uruguay no existe una ley nacional de procedimiento administrativo. El proyecto de Código de Luis VARELA, que refería fundamentalmente al Contencioso Administrativo pero contenía también una regulación del procedimiento administrativo,<sup>25</sup> nunca fue aprobado.

2. El procedimiento administrativo a nivel nacional está regulado por el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, con las modificaciones dispuestas por el decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007.<sup>26</sup> Su Libro I refiere al procedimiento administrativo en general y el Libro II al procedimiento disciplinario.

Aunque formalmente este cuerpo normativo es un decreto del Poder Ejecutivo, sus disposiciones no tienen necesariamente naturaleza reglamentaria. En puridad se trata de un texto ordenado donde se recopilan en forma sistematizada principios generales del derecho y normas constitucionales legislativas y reglamentarias referidos a la materia. Es pues un verdadero código de procedimiento administrativo cuyos artículos tienen el valor y fuerza del mismo valor y fuerza de la regla de derecho de donde provienen.

3. No contiene ese código una definición general de procedimiento administrativo. Sí, en cambio, contiene una de procedimiento disciplinario. En tal sentido, el artículo 168 define al procedimiento disciplinario como “el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes disciplinarios”.

Por eso CAJARVILLE PELUFFO, generalizando la definición del artículo 168 referida, definió el procedimiento administrativo “como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes, para dictar un acto administrativo o ejecutarlo.”<sup>27</sup>

Esta definición de CAJARVILLE PELUFFO es pacíficamente admitida en nuestro medio. En puridad ella, así como la contenida en el artículo 168 del decreto N° 500/991 citado, parten de SAYAGUÉS LASO cuando definía al procedimiento administrativo como “el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración al desarrollar su actividad.”<sup>28</sup>

4. El artículo 120 del decreto referido precedentemente define al acto administrativo como “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos”.

Más allá de que estimo que debería decirse que acto administrativo es *una declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos*, debo admitir que la definición de nuestro derecho positivo es generalmente admitida.

5. Si comparamos estas definiciones con las de la LPA se advierte que nuestra definición de procedimiento administrativo incluye al procedimiento interno y la de acto administrativo incluye

<sup>25</sup> VARELA, Luis, *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi y C<sup>a</sup>. Editores, Montevideo, 1906, t. II, pp. 328 y ss.

<sup>26</sup> Cuenta como antecedente inmediato el decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973 y este a su vez, el decreto N° 575/966, de 23 de noviembre de 1966.

<sup>27</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, p. 165.

<sup>28</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, t. I, pp. 461 y ss.

a los de efectos generales (artículo 120, inciso segundo), cosa que no sucede en el texto germano.

A los efectos del presente estudio referiré a la revocación de actos administrativos subjetivos, que nuestro Código de Procedimiento denomina *resoluciones* (artículo 120, inciso tercero), pues es lo que hemos analizado a la luz de la LPA.

## - VI -

1. El decreto N° 500/991 no contiene un esbozo de una teoría general de las consecuencias de la irregularidad de un acto administrativo, como se ha visto contiene la LPA. No obstante, regula algunos aspectos relacionados con el tema.

2. El artículo 2 del decreto citado, en su literal g) recoge el principio de materialidad,<sup>29</sup> también llamado de trascendencia.<sup>30</sup>

Este principio es desarrollado en el artículo 7. Este artículo establece: “Los vicios de forma de los actos de procedimiento no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuido las garantías del proceso o provocado indefensión. La nulidad de un acto jurídico procedimental no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de aquél. La nulidad de una parte de un acto no afecta a las otras que son independientes de ella, ni impide que el acto produzca los efectos para los que es idóneo.”

CAJARVILLE PELUFFO comentando este artículo afirmó: “El art. 7° consagra así el *principio de trascendencia*, propio de la teoría de las nulidades: el incumplimiento de la forma no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que produce. Pero acertadamente el Decreto aprecia esa trascendencia o relevancia en relación con el fin propio del acto de procedimiento vicioso y con las garantías que el derecho otorga al interesado en el procedimiento, y no en relación con la legalidad o ilegalidad material o de fondo del acto final.”<sup>31</sup>

Como se advertirá, es notoria la afinidad existente entre el artículo 46 de la LPA y el artículo 7 de nuestro decreto, en particular su primera parte.

3. El decreto N° 500/991, a diferencia de la LPA, no contiene ningún artículo que refiera de un modo general al saneamiento de vicio en las formalidades.

No obstante, refiere al tema al regular las potestades de la Administración al resolver el recurso jerárquico.

En tal sentido el artículo 165 establece:

“La resolución del recurso jerárquico confirmará, modificará o revocará total o parcialmente el acto impugnado. Cuando el jerarca estime que existe vicio de forma, podrá convalidar el acto impugnado, subsanando los defectos que lo invaliden.”

<sup>29</sup> Ver al respecto FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, “Principios del Procedimiento Administrativo”, en *VV.AA., El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991, p. 34.

<sup>30</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Introducción al procedimiento ...”, loc. cit., p. 199; CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Procedimiento administrativo común”, en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho...*, t. II, pp. 247 y ss.

<sup>31</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Procedimiento administrativo común”, loc. cit., p. 247.

Es cierto que esta disposición refiere a la resolución del recurso jerárquico y no a la del de revocación. Pero esto es así para asignar tal potestad al órgano jerarca o aclarar la situación en caso de duda. Pero no es necesario decir nada con relación a la resolución de un recurso de revocación, porque va de suyo que la autoridad que dictó un acto puede, en el ámbito de un recurso de revocación, enmendar los errores formales padecidos y dictar el acto con las formalidades omitidas en el momento de resolver el recurso. Tanto es así que si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anula un acto administrativo por un vicio de forma, nada impide que la Administración dicte de nuevo ese mismo acto cumpliendo con todas las formalidades exigidas.

Tampoco procede la convalidación de vicios formales por parte del Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación, porque el Poder Ejecutivo no puede modificar el acto impugnado. En efecto, el artículo 167 del decreto N° 500/991 dice que este Poder “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”. Si no puede reformarlo, no puede subsanar los vicios formales padecidos.<sup>32</sup>

4. No contiene nuestro decreto N° 500/991 un artículo como el 48 de la LPA que regula de una manera general la cuestión de la revocación de actos administrativos por razones de legitimidad. No obstante, el artículo 166 de nuestro decreto al regular los efectos de la resolución que haga lugar a un recurso interpuesto contra una norma general, contiene una solución que nos ilustra sobre cuál es la situación general en nuestro ordenamiento jurídico.

Analizaré este punto en un apartado separado, por la importancia que tiene para nuestro estudio.

## - VII -

1. El artículo 166 citado tiene como antecedente el artículo 143 del decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973.

Este artículo 143 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>33</sup>

En un viejo trabajo publicado originalmente en 1989<sup>34</sup> me referí al tema de la siguiente manera:

“El acogimiento del recurso puede implicar la derogación o modificación del reglamento impugnado (si se trata de los recursos de revocación o jerárquico a nivel nacional o de los recursos de reposición o apelación a nivel departamental) o su anulación (si se trata del recurso de anula-

<sup>32</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, pp. 186 y ss.

<sup>33</sup> El artículo 143 del decreto N° 640/973 transcrito proviene, con la misma redacción, del artículo 107 del decreto N° 575/966, de 23 de noviembre de 1966, con la única diferencia que este artículo 107 contenía al final la siguiente referencia: “(Dec. 12- V- 64, art. 30)”.

Esa referencia es parcialmente incorrecta ya que el artículo que corresponde es el 28 y no el 30. En definitiva el texto del artículo 143 del decreto N° 640/973 proviene del artículo 28 del decreto de 12 de mayo de 1964.

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Impugnación de reglamentos”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 251 y ss.

ción interpuesto para ante el Poder Ejecutivo, contra los actos de los Servicios Descentralizados).

En todos estos casos se produce una alteración del ordenamiento jurídico objetivo por lo que el acto que resuelve el recurso debe llevar forma de reglamento.

En los casos en que el acogimiento del recurso implique la derogación o reforma del reglamento impugnado, el artículo 143 del decreto 640/973, de 8 de agosto de 1973 prescribe su publicación en el Diario Oficial. Es cierto que el referido Decreto es aplicable solo en la Administración Central, pero tratándose de una solución de principio, ella se aplica en todos los casos aún fuera del ámbito de aplicación del citado decreto; aunque sea por analogía, ya que se dan todos los presupuestos (afinidad de hechos e identidad de razón)<sup>35</sup> para ello. Y por las mismas razones, se impone la publicación en el Diario Oficial del acto que hace lugar a un recurso de anulación aunque nada diga expresamente el Derecho positivo.

La derogación implicará el cese de los efectos del reglamento impugnado; la modificación, el cese de los efectos afectados por el acto que acoge la impugnación y el surgimiento de nuevos efectos previstos en el nuevo acto o simplemente el surgimiento de nuevos efectos; y la anulación implicará la extinción del reglamento recurrido. En todos estos casos, los efectos del acto que hace lugar al recurso son *erga omnes* como toda modificación del Derecho objetivo, pero el ámbito temporal de vigencia de los mismos dependerá de la causal invocada. Comúnmente se habla de las causales de mérito o de legitimidad, por lo que corresponde su análisis por separado.

a) impugnación por razones de mérito.

La doctrina admite que por vía de los recursos de revocación, reposición, jerárquico y apelación pueda impugnarse un acto por razones de mérito. No procede el mérito en cambio en el recurso de anulación que sólo admite la causal de legitimidad.

Tratándose de un acto subjetivo es admisible el mérito ya que si bien la Administración debe actuar siempre para el fin debido, teóricamente puede encontrarse ante dos o más opciones igualmente válidas. Pero la situación no es la misma ante un acto regla y debe tenerse en cuenta que al impugnarse un reglamento, se procura una alteración en el Derecho objetivo.

Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un reglamento, dice la jurisprudencia francesa<sup>36</sup>; el ordenamiento jurídico general debe poder evolucionar, opina AUVRET<sup>37</sup>; “porque ninguna cosa no puede ser en este mundo fecha que algunt emendamento non haya de haber”, arguye ALFONSO EL SABIO en sus Partidas<sup>38</sup>

Pero razones de orden y certeza obstan la modificación excesivamente frecuente o inmóvil del ordenamiento objetivo. Por eso, inspirada en la prudencia política de la que nos ha-

<sup>35</sup> BARBÉ PÉREZ, Héctor, “La analogía como método y técnica de integración del Derecho”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1964, t. 61, pp. 25 y ss.

<sup>36</sup> LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Sirey, Paris, 1979, p. 169.

<sup>37</sup> AUVRET, Patrick, *La notion de droit acquis en Droit administrative français*. Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l'étranger. Paris, 1985, vol. 1, p. 59.

<sup>38</sup> *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*. Librería de Rosa y Bouret. Paris, 1861, t. I, p. 15.

blaba ARISTÓTELES<sup>39</sup>, las Siete Partidas fijaban las condiciones precisas para enmendar las leyes<sup>40</sup>. Y por eso Santo TOMÁS, luego de decir que “la ley humana es un dictado de la razón que guía los actos humanos” deducía que la ley puede cambiarse justamente por dos causas: “de parte de la razón, porque es natural que pueda ésta llegar paulatinamente de lo imperfecto a lo perfecto” y de parte de los hombres cuya conducta regula dicha ley al mudarse las condiciones de éstos<sup>41</sup>; pero luego aclaraba “La ley humana puede cambiarse rectamente en cuanto dicho cambio sea necesario para la mayor utilidad del pueblo. Mas la misma mutación de la ley, por sí misma, engendra ya un cierto detrimento al bien común; porque mucho cuenta la costumbre para la observancia de la ley. Por lo mismo, cuando se cambia una ley, disminuye su fuerza coactiva, favorecida por la costumbre. Por tanto nunca ha de cambiarse una ley, a menos que los inconvenientes del cambio compensen”<sup>42</sup>

Lo expuesto revela que el cambio del ordenamiento objetivo es debido o no procede, lo que hace desaparecer la opción, propia del mérito, y traslada la cuestión al ámbito de la legitimidad.

Pero aún debemos –para poder precisar los efectos del acto que hace lugar al recurso– analizar dos situaciones: la primera, si el acto en el momento de dictado fue apto para el fin debido pero luego perdió esa condición; la segunda, si *ab initio* no fue apto para el fin debido.

En el primer caso –y siempre que no haya habido decaimiento–, como es en el momento de la resolución del recurso que se aprecia el cambio de las circunstancias y “como la justicia no puede darse en el desorden que resultaría de la constante sustitución de las consecuencias jurídicas de las situaciones pasadas producida por la retroactividad”<sup>43</sup>, en principio, los efectos de la derogación o modificación serán *ex nunc*. Aunque podrían excepcionalmente ser *ex tunc* así lo exige el interés público y no se lesionan derechos adquiridos.

En cambio si el reglamento resulta *ab initio* inapto para el fin debido, se encuentra en la misma situación que las comúnmente consideradas de legitimidad que veremos a continuación.

#### b) impugnación por razones de legitimidad.

La impugnación por razones de legitimidad procede en todos los recursos.

Como, salvo el caso recientemente analizado, la legitimidad se juzga a la fecha de la emisión

<sup>39</sup> ARISTÓTELES, *Moral o Nicómaco*. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972, p. 162.

<sup>40</sup> *Ley XVII. Por quales razones se deben emendar las leyes*. Porque ninguna cosa non puede ser en este mundo fecha que algunt emendamiento non haya de haber; por ende si en las leyes acaescieren algunas cosas que sean hi puestas que se deban emendar, hase de facer desta guisa: si el rey lo entendier, primero que haya su acuerdo con homes buenos et entendudos et sabidores del derecho, et cate bien quales son aquellas cosas que se debe emendar, et esto que lo faga con los mas homes buenos que podiere hacer, et de mas tierras porque sean muchos en el acuerdo ca maguer el derecho noble cosa es et buena, quanto mas acordado es et mas entendido, tanto es mejor et mas firme. Et quanto desta guisa fuere bien acordado, debe el rey facer saber por su tierra los yerros que ante habie en las leyes en que eran, et como tiene por derecho de mudarlas; et esta es una de las mayores et mejores maneras por do emendar se puedan. Pero si el rey tantos homes non pudiere haber, ni tan entendudos ni tan sabidores, halo de facer con aquellos que entendiere que mas aman á Dios, et á él et al pro de la tierra.” (Las Siete Partidas, ps. 15 y 16).

<sup>41</sup> TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica. Tratado de la Ley. Capítulo VIII (I, II, cuestión 97, artículo 1)”, en *TOMÁS DE AQUINO. Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Principes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975, p. 47.

<sup>42</sup> TOMÁS de AQUINO, op. cit., loc. cit., p. 48.

<sup>43</sup> LEVRERO BOCAGE, Constancio. “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Cuaderno N° 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968, p. 263.

del acto y como los recursos en nuestro sistema tienen un marcado acento subjetivo, pues responden primordialmente a la defensa de los derechos e intereses de los administrados<sup>44</sup>, la Administración ante tal causal no tiene opción, debe acoger el recurso con efectos *ex nunc*<sup>45</sup>.

Tan es así que si se ha deducido la acción de nulidad y la Administración hace lugar a la impugnación pero con efectos *ex nunc*, no cesa la materia de la contienda pues continúan los efectos del acto primitivo hasta la fecha de la resolución del recurso<sup>46</sup>. Y esto es recogido por el artículo 95 del decreto-ley 15.524.

O sea, la derogación y la modificación en el caso producen una alteración de los efectos del reglamento impugnado a la fecha de su emisión; la anulación provoca su extinción a la misma fecha, como si nunca hubiera existido<sup>47</sup>.

Pero esta afirmación requiere algunas precisiones.

Por lo pronto, el artículo 143 del decreto 640/973 ya citado establece que en caso de derogación o reforma del reglamento impugnado subsistirán los actos dictados en aplicación del mismo.

Obviamente que la norma se refiere a la derogación o reforma con efectos retroactivos, de lo contrario ella sería innecesaria. Y obviamente se refiere a actos de ejecución no impugnados ya que los impugnados pueden ser objeto de revisión al considerarse los respectivos recursos. Y este artículo no hace otra cosa que recoger un principio que surge claramente de nuestro sistema que impide la revocación de los actos administrativos firmes y estables<sup>48</sup>, por lo que resulta aplicable en todos los casos, aún fuera del ámbito de aplicación del mencionado decreto 640/973. Y por iguales razones, lo expuesto resulta también aplicable en caso de anulación en vía administrativa aunque nada diga al respecto expresamente el Derecho positivo.

Pero ocurre que los derechos que puede crear el reglamento<sup>49</sup> asumen la calidad de derechos adquiridos sólo cuando ingresan al patrimonio de un sujeto<sup>50</sup> y esto se produce no solamente por imperio del acto subjetivo dictado en ejecución del reglamento<sup>51</sup> sino también, a veces, cuando ocurre el supuesto de hecho previsto por el acto reglamentario sin necesidad de que se dicte acto jurídico alguno.

¿Y qué ocurre en esta última hipótesis? A nuestro juicio, la salvaguardia de los derechos adquiridos –que en definitiva es lo que configura el fundamento de la estabilidad del acto–, asegura también la intangibilidad de éstos cuando existen, pese a los efectos *ex tunc* del acto que resuelve el recurso, aún en ausencia de textos expresos que consagren tal solución. La Administración no

<sup>44</sup> MÉNDEZ, Aparicio. “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1979, t. I, pp. 263-264.

<sup>45</sup> Naturalmente que ello en el ámbito y en el sentido del recurso ya que por lo no recurrido se rige por otros principios.

<sup>46</sup> GIORGI, Héctor. *El contencioso administrativo de anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958, p. 278.

<sup>47</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Revocación del acto administrativo*. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, t. IV, Octubre-Noviembre de 1987, N° 21, p. 161.

<sup>48</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Revocación ...*, loc. cit., pp. 167 y ss.

<sup>49</sup> HAURIU, Maurice. *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Dixième Edition. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 56.

<sup>50</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. “Los derechos adquiridos en el Derecho público chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago, 1984, t. 81, primera parte, sección Derecho, p. 21.

<sup>51</sup> AUVRET, Patrick. *La notion de droit acquis...*, loc. cit., p. 68.

puede causar perjuicios innecesarios.

Pero procede aún una precisión más. Adviértase que en la especie no hay un acto subjetivo de aplicación; no ha sido pues posible un recurso al respecto por lo que la Administración no puede alegar razones de firmeza. Por tanto, si ese derecho adquirido del tercero resulta incompatible con el del recurrente, aquél –en razón de su ilegitimidad– habrá de ceder ante el de éste, de lo contrario carecería de sentido el recurso.

O sea, los efectos *ex tunc* de la derogación, reforma o anulación en sede administrativa de un reglamento como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, sólo pueden afectar derechos de terceros cuando han sido adquiridos sin necesidad de acto de ejecución alguno al verificarse el supuesto de hecho previsto por el reglamento, si esos derechos resultan incompatibles con el del recurrente.”

2. En función de las ideas expuestas precedentemente, redacté el texto del actual artículo 166 del decreto N° 500/991.

Este artículo 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 que, como se ha visto, 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.

Declaro que tuve muy presente al respecto la jurisprudencia francesa originada a partir del fallo Dame CACHET del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1922,<sup>52</sup> la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso CARMAN DE CANTÓN de 1936,<sup>53</sup> así como los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional sobre Procedimiento Administrativo argentina (ley N° 19.549 de 3 de abril de 1972 modificada por la ley N° 21.686 de 1977).

<sup>52</sup> HAURIUO, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Sirey. Paris, 1929, t. II, pp. 100 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Del fallo Dame CACHET al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo* ..., pp. 167 y ss.

<sup>53</sup> LINARES, Juan F. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1975, pp. 349 y ss.; COMADIRA, Julio R. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981, pp. 75 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Revocación del acto...”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo* ..., pp. 210 y ss.

El artículo 166 del decreto N° 500/991 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>54</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>55</sup>

Este artículo 166 presupone la inviabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo firme y estable<sup>56</sup> aún por razones de legitimidad. He sustentado esta posición en reiteradas oportunidades.<sup>57</sup> He reaccionado así contra la tradicional tesis de REAL quien sostenía el deber de la Administración de revocar los actos administrativos ilegítimos aún sin recurso y aún si fuesen creadores de derechos,<sup>58</sup> recientemente compartida por CAJARVILLE PELUFFO<sup>59</sup> y admitida por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de reconocer que la jurisprudencia mayoritaria se ha orientado en el sentido de la tesis de REAL advierto que existen sentencias en la línea por mí sustentada. De especial importancia en este aspecto es la sentencia N° 13, de 12 de agosto de 2005 del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno<sup>60</sup>

<sup>54</sup> AUBY, Jean M. /DRAGO, R., *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>55</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.

<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*. Acali 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> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Revocación del acto ...", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo ...*, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada administrativa", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo ...*, pp. 352 y ss.

<sup>58</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; REAL, Alberto, R. *Nuevos estudios de derecho administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1976, pp. 84 y ss.

<sup>59</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Cuestiones sobre la revocación o reforma de los actos administrativos", en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre derecho ...*, t. II, pp. 126 y ss.

<sup>60</sup> El caso fue el siguiente:

Una empleada doméstica se jubiló. Tiempo después presentó al Banco de Previsión Social una solicitud de publicación, una solicitud de jubilación por edad avanzada. Como consecuencia de esa petición se realizó una investigación sobre la jubilación ya otorgada y a raíz de ella el Banco consideró que la pasividad doméstica había sido otorgada ilegítimamente. En consecuencia, revocó de oficio el acto que otorgó esa jubilación por razones de legitimidad e intimó el reintegro de toda la pasividad percibida indebidamente, bajo apercibimiento de acción judicial. Al no producirse el pago, el Banco de Previsión Social inició acción judicial reclamando la suma de \$ 158.546 indexada, con intereses e ilíquidos.

La demanda fue rechazada en todos sus términos por la sentencia indicada.

En dicha sentencia, luego de mencionarse en el CONSIDERANDO XXVI la conocida tesis de REAL al respecto, se expresa: "XXVII.- Para el Sentenciante, en cambio, el principio de legalidad objetiva es tutelar de la persona humana, es decir, preserva al administrado de la discrecionalidad de la Administración, mediante el ajuste de la misma a derecho, a normas generales de aplicación en todos los casos. Pero ese principio tutelar de la persona humana no puede transformarse en la herramienta mediante la cual se terminen desconociendo los derechos de los propios individuos.

XXVIII.- El apego de la Administración a la 'legalidad' pasa a un segundo plano ante ciertos derechos fundamentales de las personas, como es el derecho humano a la seguridad jurídica, por lo que -debe pregonarse claramente- ciertas situaciones serán inmodificables, aún cuando el acto que les da nacimiento adolezca de un vicio que lo haga susceptible de anulación.

XXIX.- Ante un acto administrativo particular o resolución, art. 120, inc. 3° Dec. 500/991, viciado pero que ha generado



Al no existir en el Uruguay una disposición como el artículo 48 de la LPA, no he sostenido las disquisiciones allí previstas puesto que son propias del derecho positivo. Pero sí he sostenido que es preciso distinguir entre inexistencia e ilegitimidad. Ante inexistencia del acto no puede existir cosa juzgada administrativa o estabilidad, porque precisamente no hay acto; ante una ilegitimidad, es decir ante un vicio en los presupuestos o elementos del acto, cualquiera sea su entidad, sí.

De manera que ante un acto ilegítimo, aunque posea un vicio grave, si ese acto es firme y estable no se puede revocar.<sup>61</sup>

No obstante, luego de esta afirmación he efectuado una salvedad: esa restricción a la revocabilidad del acto no procede cuando existen maniobras fraudulentas o dolo del beneficiario. Es que 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.<sup>62</sup>

Como se percibe, hay aquí también una coincidencia entre mi pensamiento y lo dispuesto en los numerales 1 a 3 del apartado 2, del artículo 48 de la LPA. No es de extrañar, pues esto es una

---

efectos jurídicos durante largos períodos, que permitan sin hesitaciones establecer a la situación como de 'derecho adquirido', la potestad revocatoria de la Administración cede ante el derecho particular que es concedido en el acto. En nuestro ordenamiento, la tutela de la 'legalidad' no está por encima de la tutela de la persona humana y de sus derechos fundamentales reconocidos expresa o implícitamente, art. 7, 72 y 332 de la Constitución.

XXX.- Se trata de 'actos estables' para no utilizar la terminología más resistida de 'cosa juzgada administrativa', especialmente denostada por Real, para quien 'no hay ... cosa juzgada administrativa, porque el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es un sacrilegio constitucional' (REAL, A.: 'La fundamentación del Acto Administrativo', LJU, t. 80, p. 9).

XXXI.- Empero la opinión del ilustradísimo doctrino, existe a criterio de este decisor un derecho humano fundamental a la seguridad jurídica, de expreso reconocimiento Constitucional en el art. 7º de la Carta, por el cual determinadas situaciones jurídicas, una vez consolidadas, se vuelven inmodificables, aún cuando -repetimos- el acto que les ha dado nacimiento adolezca de un vicio que lo torne anulable. Tal es lo que ocurre a criterio de este juzgador en el caso de autos.

XXXII.- Esta posición ha sido sostenida en nuestro derecho por el Prof. Augusto Durán Martínez, para quien: '...La seguridad jurídica deriva, a nuestro juicio, a la vez de la naturaleza de ser sustancial y racional del hombre. Es pues de raíz natural. Pero además, en el Derecho Constitucional Uruguayo, por derivar de la esencia misma del hombre, está comprendido en el art. 72 de la Constitución. Eso hace que en nuestro derecho positivo la seguridad jurídica sea un principio general de Derecho de máximo valor formal. Y de allí radica el fundamento de la cosa juzgada ... Y ese fundamento de la cosa juzgada judicial es el mismo de la llamada cosa juzgada administrativa, o como se dice en nuestro medio, de la estabilidad del acto administrativo... Las mismas razones existentes para predicar la inmutabilidad de una sentencia injusta, existen para predicar la inmutabilidad de un acto administrativo creador de derechos, aunque sea ilegítimo ...' (Durán Martínez, A.: 'Cosa Juzgada Administrativa', en 'Estudios de Derecho Administrativo' Parte General, Mvd. 2003, p. 351).

XXXIII.- El acto administrativo no pasa a la autoridad de cosa juzgada por no haber sido recurrido, por ser firme, sino por la situación de fondo, es decir, por haber dado nacimiento a derechos que se adquieren en el patrimonio de terceros." En el CONSIDERANDO XXXIV la sentencia evocó con acierto el conocido fallo 'Dame Cachet' del Consejo de Estado francés y en el CONSIDERANDO XXXV el caso 'Carman de Canton' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, caso de notable parecido al tratado en el Juzgado de Paz Departamental de San José. Luego el Sentenciante continuó:

"XXXVI.- Sostener la irrestricta potestad de la Administración Pública de revocar de Oficio y sin recursos los actos administrativos viciados, sin limitaciones, es consagrar una potestad revisiva cuyos alcances podrían llegar incluso a desconocer la estabilidad en el cargo de los funcionarios de la Administración, aún los Magistrados, toda vez que algún vicio alcance al acto en que fueron designados, que pudiera ser puesto de manifiesto sin limitación, temporal por parte de la propia autoridad que lo ha dictado.

XXXVII.- Como se estableciera en la propia sentencia citada en el caso 'Carmen (Sic) de Cantón' (num. 3º) '... el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inmovibles, porque de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible...' (Ver La Justicia Uruguayaya, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.).

<sup>61</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada ...", loc. cit., p. 354.

<sup>62</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada ...", loc. cit., p. 354.

cuestión de principio.

A esa salvedad he agregado una precisión. Esos derechos adquiridos con ilegitimidad en virtud de dolo o maniobras fraudulentas pueden consolidarse por prescripción conforme al Derecho común. Existiendo prescripción el acto es estable aunque haya existido dolo o fraude. No debe olvidarse en definitiva que el fundamento de la prescripción es el mismo que el de la cosa juzgada.<sup>63</sup>

3. Mi concepción así como la de la sentencia N° 13, de 12 de agosto de 2005, del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno citada, se ha basado en la seguridad jurídica y en los derechos adquiridos.

Es que ese es el fundamento de los fallos Dame CACHET y CARMAN de CANTÓN ya mencionados, de los cuales he partido.

Con el tiempo he advertido que la protección de la confianza legítima desarrollada por los alemanes, no sólo no es incompatible con lo que he sustentado, sino que desde otra perspectiva coadyuva a sostener la estabilidad de los actos firmes creadores de beneficios.<sup>64</sup>

Tengo el convencimiento de que en la medida en que se profundice en nuestro medio el conocimiento de la noción de la protección de la confianza legítima se dará un muy importante paso para el afianzamiento del Estado de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Moral o Nicómaco*. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972.

AUBY, Jean M. /DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, t. III. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962.

AUVRET, Patrick, *La notion de droit acquis en Droit administrative français*, vol. 1. Revue du Droit public et de la Science Politique en France et a l'étranger. Paris, 1985.

BARBÉ PÉREZ, Héctor, "La analogía como método y técnica de integración del Derecho", t. 61, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1964.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en *Revista Trimestral de Direito Público*, N° 53. Instituto de Direito Administrativo Paulista. Malheiros Editores. São Paulo.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1973.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. "Recursos administrativos", en *AA.VV. Procedimiento Administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1977.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Cuestiones sobre la revocación o reforma de los actos administrativos", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.

<sup>63</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada ...", loc. cit., p. 354.

<sup>64</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2007, vol. V, pp. 139 y ss. y 236; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2010, vol. VI, p. 211 y ss.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Procedimiento administrativo común”, en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, t. 55, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957.

COMADIRA, Julio R. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981

COVIELLO, Pedro .J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004.

DEBBASCH, Charles/ RICCI, Jean C., *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1985.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Del fallo Dame CACHET al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Impugnación de reglamentos”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Cosa juzgada administrativa”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. V. Montevideo, 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. VI. Montevideo, 2010.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “Procedimiento recursivo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, (Coordinador). Universidad Católica del Uruguay/ Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político –Serie Congresos y Conferencias N° 5, 3ª edición actualizada*. Montevideo, 2000.

FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, N° 6. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Novembre-décembre 1977.

FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, N° 2. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Mars-avril 1978.

FRUGONE SCHIAVONNE, Héctor, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 74, N° 1 al 10. Montevideo, 1974.

FRUGONE SCHIAVONNE, Héctor, “Principios del Procedimiento Administrativo”, en *VV.AA., El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991.

GIORGI, Héctor. *El contencioso administrativo de anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ CASSAGNE, Juan C. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.

HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Dixième Edition. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921.

HAURIUO, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II. Sirey. Paris, 1929.

LA JUSTICIA URUGUAYA, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166.

LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas. Madrid, 1993.

*Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, t. I. Librería de Rosa y Bouret. París, 1861.

LEVRERO BOCAGE, Constancio. “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Cuaderno N° 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968.

LINARES, Juan F. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1975.

LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Sirey, París, 1979.

MÉNDEZ, Aparicio. “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Montevideo, 1979.

MÜLLER-GRUNE, Sven, “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, en *MACHADO ARIAS, Juan P., (coordinador) Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung. México, 2009.

ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit, 2ème Tirage, fascicule VI, París, 1970-1971.

PIELOW, Johann C., “El principio de la confianza legítima (vertrauensschutz) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativos”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. Funeda. Caracas, 1998.

REAL, Alberto, R. “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en *REAL, Alberto, R., Estudios sobre derecho administrativo*, t. II. F.C.U. Montevideo, 1967.

REAL, Alberto R., “La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Montevideo, 1978.

REAL, Alberto, R. *Nuevos estudios de derecho administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1976.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Montevideo, 1953.

SOTO KLOSS, Eduardo. “Los derechos adquiridos en el Derecho público chileno (Réquiem para una inepticia doctrinaria)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, primera parte, sección Derecho, . Santiago, 1984.

TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica. Tratado de la Ley. Capítulo VIII (I, II, cuestión 97, artículo 1)”, en *TOMÁS DE AQUINO. Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975.

VARELA, Luis, *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo. Ensayo de un Código sobre la materia*, t. II. Turenne, Varzi y C<sup>a</sup>. Editores, Montevideo, 1906.