
IMPRESINDIBLE REORGANIZACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (*)

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica
y Director del Instituto de Derecho Informático (U. de la R.)
Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho
Administrativo Económico (PMDAE)
y Profesor de Derecho Informático (UM)

I. CONSTATAACION UNANIME

Pocos días atrás acaba de aparecer el tomo II del libro **"Sobre Derecho Administrativo"** (F.C.U., Montevideo, 2007) del Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO.

Bajo el título "Visión actual del contencioso administrativo uruguayo", dice en sus págs. 591 y 592:

"El contencioso administrativo uruguayo padece una profunda crisis. En particular en lo que refiere al anulatorio, puede afirmarse que al día de hoy ha colapsado; no porque se haya paralizado o destruido, sino porque ha llegado a un extremo de postulación como garantía de los derechos e intereses de los habitantes. No es una opinión personal enferma de pesimismo; es la opinión generalizada en el foro y en la Cátedra, incluso es al menos la de algunos de los propios integrantes y ex integrantes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo".

Semanas antes, se había publicado el libro sobre **"Contencioso Administrativo"** (F.C.U., Montevideo, 2007) del Prof. Augusto DURAN MARTINEZ.

En su capítulo XVI, titulado "Evaluación del sistema", formula la siguiente afirmación acerca del funcionamiento actual del contencioso administrativo oriental (pág. 501):

"Es verdad que el sistema ha colapsado, sobre todo en lo relativo al contencioso de anulación, aunque el funcionamiento del contencioso de reparación también deja mucho que desear. Y es verdad que esa opinión es una opinión generalizada entre los que conocemos el tema".

Varios años atrás, ya había anunciado el Prof. Daniel Hugo MARTINS en la obra colectiva que compartiera con los Profs. Jesús GONZALEZ PEREZ y Consuelo SARRIA, **"Justicia Administrativa"** (UNSTA, Tucumán, 1981, pág. 70):

"La síntesis de la realidad uruguaya en materia contencioso administrativa es bastante decepcionante. Los procedimientos judiciales, luego de agotada la vía administrativa, necesarios para anular un acto administrativo, demoran no menos de tres años y para obtener un fallo favorable es necesario sortear todos los obstáculos que representan el haber recurrido correctamente y haber presentado, en plazos breves, la demanda y la prueba, haber interpretado correctamente el derecho de fondo y que el Tribunal lo reconozca".

En época más reciente, el Prof. Mariano R. BRITO había formulado una serie de sugerencias para una reforma legislativa, inspiradas en el propósito garantista de hacer eficaz el control jurisdiccional de la Administración (en **"De la justicia de lo contencioso administrativo"**, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VIII, pág. 81 y sigtes.).

Por mi parte, reiteradamente, he señalado la necesidad de una reforma urgente de nuestra Justicia administrativa. Así, en **"Desafíos actuales de control"** (F.C.U., Montevideo, 2001, pág. 59) y en **"Derecho Administrativo uruguayo"** (UNAM - Porrúa, México, 2005, pág. 450 y sigtes.), dije:

"Para que el control jurisdiccional sea efectivamente -y no nominalmente- una garantía de la plena vigencia del Estado de Derecho, es preciso superar algunos problemas actuales que lo han puesto en crisis".

Entre ellos, ya antes había planteado la necesidad de considerar la importancia de la especialización de los magistrados en Derecho público, la ejecución de las sentencias y la amplia recepción de medidas cautelares frente a la Administración (ver: Carlos E. DELPIAZZO - **"Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo"**, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 51 y sigtes., y **"Medidas cautelares en el**

(*). Conferencia pronunciada el 28 de junio de 2007 en las II Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Derecho Administrativo", en A.A.V.V. - "Curso sobre medidas cautelares", F.C.U., Montevideo, 1999, pág. 207 y sigtes.).

II. COMPROBACION ESTADISTICA

Para dar base objetiva a la reflexión, en oportunidad de la conferencia pronunciada el 11 de abril de 2005 bajo el título "**¿Justicia o injusticia administrativa?**", realicé un análisis estadístico -sin pretensiones científicas- de la jurisprudencia del TCA, tomando como punto de partida:

a) el trabajo publicado en la Rev. D.C. y P., tomo IV, N° 22-23, pág. 261 y sigtes., titulado "Las empresas ante diez años de jurisprudencia del TCA" - período 1977 a 1986; y

b) los datos proporcionados por el TCA - período 2001 a 2004.

Para cotejar objetos comparables, analicé las sentencias definitivas de los años 1981 a 1984 contra las de los años 2001 a 2004, o sea, 2 cuatrienios separados 20 años:

- entre 1981 y 1984 se dictaron 1.024 sentencias, de las que sólo el 19 % fueron anulatorias

- entre 2001 y 2004 se dictaron 3.069 sentencias, de las que sólo el 17 % fueron anulatorias

Por lo tanto, se triplicaron las sentencias y, curiosamente, disminuyeron 2 % las anulatorias en el período democrático respecto al de facto.

Como comentara el Prof. José Aníbal CAGNONI en sus clases, quien mire los resultados cuantitativos de nuestra jurisprudencia anulatoria, podrá pensar que Uruguay ha alcanzado en alto grado el perfeccionamiento de su Estado de Derecho dado que la Administración actúa casi siempre con ajuste a Derecho ya que sólo se anula un 17 % de sus decisiones cuestionadas.

Si se atiende a los pedidos de suspensión de la ejecución de actos administrativos en el mismo período 2001 a 2004, de los 175 pedidos registrados, sólo se resolvieron favorablemente 4 casos, ninguno durante los años 2002 y 2004.

Por otra parte, en toda la historia del TCA, éste nunca hizo reserva a la parte demandante de la acción de reparación prevista en el art. 310, inc. final de la Constitución "si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada".

III. CAUSAS DE LA CRISIS

Entre otras **causas** del colapso, pueden señalarse las siguientes principales:

- a) el desborde de asuntos;
- b) la falta de especialización de los magistrados;
- c) los condicionamientos de la acción anulatoria;

- d) la insuficiencia de las medidas cautelares; y
- e) las dificultades para la ejecución de las sentencias.

Para responder a ellas, se han formulado multiplicidad de **iniciativas**, ninguna de las cuales ha prosperado hasta ahora.

Sin perjuicio de las soluciones de carácter jurisprudencial (que dependen del propio TCA), corresponde referirse a las principales propuestas de reformas legislativas y constitucionales que se han planteado.

Entre las soluciones instrumentadas por la vía legislativa, cabe destacar:

a) el proyecto de ley redactado por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, con la colaboración del Profesor Horacio CASSINELLI MUÑOZ y que fuera avalado por el entonces Director del Instituto de Derecho Administrativo, Prof. Daniel Hugo MARTINS, de julio de 1985;

b) el anteproyecto de ley redactado a pedido del TCA por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, en junio de 2000;

c) los mensajes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al Poder Ejecutivo de junio de 2003 y de mayo de 2005, basados en el anteproyecto antes referido, los cuales fueron desglosados por el Poder Legislativo de los respectivos proyectos de leyes de Rendición de Cuentas y de Presupuesto Nacional.

Por otra parte, una propuesta de solución por la vía constitucional puede encontrarse en el proyecto de reforma de las Secciones XV y XVII de la Constitución redactado por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo a pedido del Colegio de Abogados (cuyo Directorio lo hizo propio), en setiembre de 2003.

IV. SOLUCIONES ORGANIZATIVAS

En todas las iniciativas reseñadas, se regularon temas de organización, de competencia y procesales.

Asimismo, en cada una de las oportunidades, se hicieron los siguientes **deslindes metodológicos**:

a) entre reformas posibles por ley y reformas necesitadas de modificar la Constitución; y

b) entre reformas limitadas al ámbito del TCA o que afectaban al Poder Judicial.

El análisis siguiente se limitará a las soluciones organizativas tendientes a neutralizar las dos primeras causas de la crisis actual -el desborde de asuntos y la falta de especialización de los magistrados- y a agilizar el proceso contencioso anulatorio, aunque las iniciativas apuntaron siempre a la solución de todos los problemas.

A) Vía legislativa

El fundamento de esta vía para ampliar la organización de lo contencioso administrativo está dado por el art. 320 de la Constitución, a cuyo tenor se dispone:

“La ley podrá, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

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”.

Según ha expuesto el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO en magistral síntesis (ob. cit., pág. 597):

“La competencia posible de estos órganos jurisdiccionales inferiores también ha sido discutida. [1] Se ha sostenido que siendo la función jurisdiccional en principio propia del Poder Judicial, la ley sólo podría atribuirles competencia en la materia que corresponde a su órgano superior, el propio Tribunal, única exceptuada de aquella atribución constitucional de principio: lo anulatorio y eventualmente lo reparatorio si esto último se admitiera como posible competencia del Tribunal. [2] En sentido contrario, se sostiene que lo anulatorio es necesariamente competencia del propio Tribunal y no se podría atribuir a órganos inferiores, de manera que para éstos sólo restaría lo reparatorio de daños causados por actos administrativos. [3] En la tesis más amplia, se sostiene que puesto que serán órganos dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, su competencia legal podrá tener todo el alcance que cabe atribuir a esa jurisdicción en su significación técnica: conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho público, en las cuales es parte una entidad estatal.

Todos los proyectos elaborados desde 1985 han previsto la creación de órganos inferiores en lo contencioso administrativo, variando su ubicación institucional y la competencia atribuida, utilizándose en este aspecto soluciones adecuadas a las tres interpretaciones del art. 320 de la Constitución antes expuestas”.

Por mi parte, soy de la opinión de que el constituyente ha querido posibilitar la configuración de un sistema orgánico encabezado por el TCA -por eso, habla de “órganos inferiores”- al estilo del Poder Judicial, a cuyas disposiciones se remite utilizando idénticas expresiones a las empleadas respecto a la SCJ por el art. 239, num. 2° de la Carta, atribuyéndolo

le “la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica”.

Como ya he tenido oportunidad de destacarlo antes de ahora a propósito del Poder Judicial (ver: Carlos E. DELPIAZZO - **“Derecho Administrativo Especial”**, A.M.F., Montevideo, 2006, volumen I, págs. 86 y 87; y **“La Administración de Justicia”**, en Rev. Judicatura, Montevideo, 2006, N° 44, pág. 107 y sigtes.):

“En su sentido natural, el vocablo “superintendencia” quiere decir suprema administración, alude a la jerarquía y es la expresión más pura de la concentración funcional. Dicha superintendencia se manifiesta, en el caso, tanto en lo directivo, como en lo correctivo, en lo consultivo y en lo económico.

En la superintendencia directiva está comprendida la norma constitucional que establece que “En el ejercicio de sus funciones, se comunicará directamente con los otros Poderes de Gobierno” (art. 240).

También constituye expresión típica de la misma la potestad de nombrar a todos los Jueces y funcionarios del Poder Judicial (art. 239, nums. 4°, 5°, 6° y 7°) y la potestad reglamentaria, consistente en la posibilidad de dictar normas generales bajo la forma de Reglamentos, Acordadas u órdenes de carácter general, inherentes al gobierno interno de la administración de Justicia.

Con respecto a la superintendencia correctiva, la misma se traduce en la potestad disciplinaria que ejerce la Suprema Corte de Justicia sobre todos los integrantes del Poder Judicial.

La superintendencia consultiva, sin perjuicio de las discrepancias que se han planteado acerca de su alcance, desde el punto de vista etimológico parece equiparable a la disciplinaria o correctiva.

Finalmente, la superintendencia económica está desarrollada en el art. 239, num. 3° de la Constitución (coincidente con el art. 220), conforme al cual compete a la Suprema Corte de Justicia “Formular los proyectos de presupuestos del Poder Judicial y remitirlos en su oportunidad al Poder Ejecutivo para que éste los incorpore a los proyectos de presupuestos, acompañados de las modificaciones que estime pertinentes”.

Además, en función de esta superintendencia económica, a la Suprema Corte de Justicia le corresponde ejecutar las normas presupuestales referentes al Poder Judicial”.

A mi juicio, tales aseveraciones son trasladables íntegramente al TCA para el caso de que la ley disponga “crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa”, expresión esta última que debe interpretarse en su más amplio sentido.

En el proyecto de julio de 1985, la técnica seguida fue la de adecuar el decreto ley orgánico del TCA

Nº 15.524 de 9 de enero de 1984, haciéndolo en los siguientes términos:

a) la Justicia administrativa será ejercida por el TCA, el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (TACA) y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo;

b) los Ministros del TACA y los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo serán designados por el TCA de conformidad con lo establecido en el art. 230 de la Constitución;

c) el TACA conocerá en segunda instancia en todos los asuntos en que el Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales sean actores o demandados;

d) los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo tendrán competencia en Montevideo en los asuntos en que los indicados entes estatales sean actores o demandados, con las excepciones que se indican;

e) al TCA se reserva conocer en instancia única de las demandas de nulidad previstas en el art. 309 de la Constitución y en las contiendas y diferencias cuya jurisdicción le atribuye el art. 313 de la Constitución, así como entender en el recurso de casación contra las sentencias del TACA.

En el proyecto de junio de 2000, la técnica seguida fue la de un texto legal independiente con el siguiente contenido en materia organizativa:

a) creación gradual bajo el TCA de un Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anulatorio (TACA) y hasta 6 Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio;

b) los Ministros del TACA y los Jueces Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio serán designados por el TCA de conformidad con lo establecido en el art. 230 de la Constitución y disposiciones concordantes de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales Nº 15.750 de 24 de junio de 1985;

c) el TACA conocerá en segunda instancia de las apelaciones que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio;

d) los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio *conocerán en instancia única* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, en los asuntos de menor cuantía, cuando se trate de calificaciones de funcionarios públicos o sanciones disciplinarias leves, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que no superen los 5 días;

e) asimismo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio *conocerán en primera instancia* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la

Constitución, en los asuntos de cuantía media, cuando se trate de lesiones a funcionarios públicos en su calidad de tales y no quepan en las previsiones anteriores ni dispongan la extinción de la relación funcional o una sanción grave, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que superen los 5 días y no excedan de 30 días;

f) el TCA conocerá en instancia única de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, que no correspondan a los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio, así como de las contiendas y diferencias a que refiere el art. 313 de la Constitución;

g) los procesos que se tramiten ante el TCA continuarán desenvolviéndose de acuerdo al decreto ley Nº 15.524, mientras que los que se tramiten ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio y el TACA se desenvolverán de conformidad con el CGP;

h) los órganos competentes para entender en primera o en única instancia lo serán también para decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo y para disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los arts. 311 a 317 del CGP; y

i) dichos órganos serán competentes para disponer lo necesario para la ejecución de las sentencias.

En los mensajes del TCA de 2003 y 2005 - sustancialmente iguales entre sí- se introdujeron leves variantes a la iniciativa descripta, fundamentalmente en aspectos procesales, tales como la regulación de las cuantías y la limitación de excepciones, y la previsión de las dotaciones presupuestales necesarias para la puesta en funcionamiento de las nuevas oficinas.

B) Vía constitucional

Bajo el título de “Congelamiento constitucional”, el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO (ob. cit., págs. 613 y 614) señala lo siguiente:

“A la indiferencia política se agrega, como grave dificultad para remediar los defectos señalados del régimen, la congelación de sus rasgos principales en normas constitucionales... Históricamente, esa constitucionalización tuvo el mérito de poner en funcionamiento de inmediato el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su jurisdicción anulatoria, cuya creación por ley, prevista desde la Constitución de 1934, no había ocurrido casi veinte años después. Pero para lograrlo, la Constitución de 1952 debió regular muchos detalles que, transcurridos cincuenta años, conservan soluciones inconvenientes o que

plantean difíciles problemas interpretativos. La jerarquía constitucional de muchas de esas normas no se justifica por su contenido y ha impedido remediar muchos de los graves defectos expuestos”.

A pesar de compartir tales afirmaciones, coincido con el Prof. Augusto DURAN MARTINEZ cuando dice al respecto (ob. cit., pág. 505):

“... advierto que junto al defecto del congelamiento, la constitucionalización del sistema también tiene sus bondades pues impide que un gobierno autoritario, con poca cultura jurídica, que cuente con amplias mayorías legislativas, pueda conseguir leyes que en definitiva arrasen con el contencioso administrativo y desaparezcan así las escasas garantías que quedan”.

Procurando guardar equilibrio entre las ventajas de la constitucionalización y los inconvenientes de la misma, es que se gesta el proyecto de reforma que, a pedido del Colegio de Abogados del Uruguay, redactamos en el año 2003. El mismo se sustentó en las siguientes bases:

a) la ampliación a 7 del número de integrantes de la SCJ y su funcionamiento por salas de 3 miembros;

b) el traspaso de la jurisdicción constitucional al Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo (TCCA);

c) la transformación del TCA en TCCA, manteniendo su integración con 5 miembros, pero requiriendo sólo 3 votos conformes para dictar sentencia en materia contencioso administrativa y los 5 para la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos;

d) la creación de Tribunales y Juzgados en dependencia del TCCA y nombrados por éste;

e) la previsión de que los órganos de esta jurisdicción puedan no sólo anular el acto impugnado sino también suspenderlo, disponer las demás medidas cautelares que juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños y perjuicios causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de las sentencias;

f) la posibilidad de que la acción de reparación por los daños causados se acumule a la acción anulatoria;

g) la flexibilización del régimen de los recursos administrativos, estableciendo que el plazo para recurrir será establecido por la ley (no siendo nunca menor a 10 días) y que el plazo para instruir y resolver no podrá ser mayor a 150 días; y

h) la imposición, por vía de Disposición Transitoria, de que a los 90 días siguientes al momento en que el plebiscito fuera proclamado afirmativo por resolución firme de la Corte Electoral, “se instalarán 2 Juzgados Letrados de Primera Instancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y a los 360

días siguientes a aquella misma fecha, se instalarán 2 Juzgados Letrados más y un Tribunal de Apelaciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos miembros serán designados conforme a lo previsto en la Sección XVII. Mientras no se dicte la ley correspondiente, las atribuciones de esos órganos serán determinadas por el Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, y se aplicarán en lo pertinente las normas del Código General del Proceso”.

V. LUCHA POR LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La vigencia plena del principio de juridicidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico. De lo contrario, dicho principio quedaría en simple declaración programática.

Dentro de estos mecanismos, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, entendido como “la comprobación de la regularidad de lo actuado o de lo proyectado u omitido por los órganos públicos, realizada por órganos jurisdiccionales y mediante procesos jurisdiccionales que culminan con una sentencia” (así: Carlos E. DELPIAZZO - “Desafíos actuales del control” cit., pág. 57).

Desde el punto de vista objetivo, la universalidad del control jurisdiccional de la Administración significa que cualquier acto o conducta, positiva o negativa, puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos jurisdiccionales, a instancia de cualquier persona o entidad (pública o privada) a quien dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses.

Desde el punto de vista subjetivo, la referida justiciabilidad del Estado se traduce en “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas” (así: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ - “El derecho a la tutela jurisdiccional”, Civitas, Madrid, 2001, pág. 33).

Tal derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.

Pero de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional si la misma no es efectiva. Por eso, es preciso afirmar como principio general, la “tutela jurisdiccional efectiva”.

Es que el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, sino algo sustancial de todo Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la Justicia, le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los hombres tienen por el hecho de ser hombres y que los ordenamientos positivos se limitan a recoger.

Mientras no se avance en el sentido de fortalecer y dar coherencia a una Justicia Administrativa dotada de los medios jurídicos y recursos materiales necesarios para su funcionamiento, el esfuerzo de abogados, magistrados y funcionarios continuará chocando en la práctica cotidiana contra la inercia del Leviatán burocrático que son las Administraciones públicas. Así, seguirá siendo verdad que *"la Justicia administrativa es una revolución pendiente"* para el Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria (así: Tomás Ramón FERNANDEZ - **"Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria"**, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 110 y sigtes.).