

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION

ALBERTO RAMÓN REAL

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo

SUMARIO

Introducción. I. Diversos tipos de contralor Administrativo: A) Autotutela, revisión de oficio, o mediante denuncia o recurso, de los propios actos. B) Jerárquico. C) De descentralización: a) La llamada tutela administrativa, y b) La coordinación o control de autonomía. II. Los Controles Legislativos. Su decadencia e inadecuación al Estado contemporáneo. III. Los Controles Jurisdiccionales. Insuficiencia del contralor jurisdiccional anulatorio y remedios propuestos para mejorarlo. IV. La moderna regulación del procedimiento administrativo y la audiencia y colaboración de los interesados, como factores de democratización de la creación jurídica y de mejora de las relaciones entre la administración y los administrados. V. Otras innovaciones necesarias. Mejora de los métodos preventivos y represivos de irregularidades: Magistraturas fiscalizadoras semejantes al Ministerio Público (Tribunales de Cuentas, Contralorías, Procuradurías, Ombudsman). Controles automáticos de oficio, defensores de la legalidad y el interés público en la Administración. (Experiencias uruguayas en la administración descentralizada y en el sistema paraestatal de asignaciones familiares). Acción de amparo y similares. Anexo (Ley uruguaya Nº 14.245 de 26 de julio de 1974, sobre efectos suspensivos de los recursos contra promociones de funcionarios).

INTRODUCCION

Este trabajo no pretende exponer en detalle los procedimientos de control¹, sino esbozar una visión general, de los principales, con el fin de señalar las insuficiencias, que la experiencia demuestra, del

¹Ver una interesante exposición global sobre *El control del poder en* Dromi, José Roberto, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, 92-112 inspirado en las tipologías de Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª parte.

mentado y prestigioso recurso por exceso de poder francés (o acción de nulidad en el Uruguay), instrumento por excelencia para obtener la anulación de los actos administrativos y, en consecuencia, aparentemente, la más completa satisfacción del orden jurídico vulnerado que así sería restablecido plenamente.

Consideramos que la experiencia permite concluir que se han exagerado los elogios y que el sistema judicialista, angloamericano (y argentino), con el complemento de una buena regulación del procedimiento previo y posterior a la emisión del acto administrativo, puede resistir con ventaja la comparación con su similar francés, integrante y generador del sistema, célebre, del *droit administratif*. Posiblemente la institución del Comisionado Parlamentario (*Ombudsman*) de origen sueco, de gran auge en estos tiempos, admitido hasta en Francia, tímidamente, con el nombre de Mediador (*Le Médiateur*), pueda ser un complemento no desdeñable de la acción de los órganos habitualmente encargados de velar por el imperio del derecho, la racionalidad y la eficacia de la Administración. La experiencia empieza a aleccionar contra la visión exclusivamente contenciosa de la protección del administrado: ésta se puede realizar con mayor oportunidad y eficacia antes de consumarse la ilegalidad, mediante una regulación moderada y justa del procedimiento administrativo no contencioso.

I. *Diversos tipos de Contralor Administrativo*

- A. "Autotutela", revisión de oficio o mediante denuncia, o recurso, de los propios actos

Todo órgano de la Administración, ya sea jerarca o subordinado, ejerce normalmente un poder de revisión de la conveniencia u oportunidad y de la legalidad de sus propios actos, sin necesidad de la intervención de superiores o extraños al sistema orgánico en cuestión.

La revisión puede hacerse de oficio, *motu proprio*, por advertir el autor del acto su deficiencia originaria o inadecuación superviniente a las necesidades de la Administración.

La Administración debe velar siempre por la legalidad. Por ello entendemos que es su primer deber el de rever y revocar o modificar, de oficio, sus propios actos ilegales, en todo tiempo, cuando ningún

límite jurídico se lo impide. La firmeza administrativa no debe confundirse con la cosa juzgada, que no es nunca el fruto del ejercicio de la función administrativa².

El interés público, a veces cambiante, debe también ser atendido, en forma primordial, por la Administración y procede la revocación y modificación de los actos que originariamente, o *a posteriori*, contrarían el interés público, en este caso con las limitaciones derivadas de la naturaleza de las relaciones creadas con terceros, del respeto de los plazos, de las indemnizaciones que puedan corresponder.

El recurso llamado de "oposición", reposición, reconsideración o revocación, es un medio, puesto al servicio de los interesados o afectados por un acto, para que, generalmente dentro de plazos breves, soliciten la revisión por el propio autor de la manifestación de voluntad administrativa, ya sea desde el punto de vista de la equidad, conveniencia, oportunidad o de la juridicidad.

Entendemos que aún después de vencidos los plazos para recurrir, el interesado o cualquier tercero puede *denunciar*, al órgano administrativo emisor de un acto, el grave vicio de ilegalidad o de inconveniencia que lo afecta y esto crea una situación de deber de actuar del administrador, que no puede permanecer inerte ante esa denuncia, dado el poder-deber que posee, de revisar la legalidad y conveniencia de sus actos.

En virtud de lo expuesto y sin perjuicio del deber de resolver los recursos dentro de los plazos pertinentes, entendemos que la administración no puede acogerse a los efectos de su propia omisión y declarar que se produjo negativa ficta por el transcurso del tiempo, negándose a resolver. El transcurso del plazo no *exime* a la Administración de su deber de decidir. Será el administrado quien podrá acogerse a los efectos decisorios fictos del silencio para acudir a la vía contenciosa, pero no el administrador quien pueda escudarse en su propia falta, para traicionar así a su deber y a la confianza que depositó el admi-

²Real, A. R., *La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas*, La Justicia Uruguaya, T. xvii, 47-55. Real, *Extinción del acto administrativo creador de derechos*, trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política (1960). *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1960, 71-77.

nistrado, a la vez que le crea a éste a menudo una situación de indefensión, por la caducidad del plazo para acudir a la vía contenciosa. La jurisprudencia uruguaya ha sentado bases, de acuerdo con la doctrina, para la proclamación, que hoy hace el reglamento general uruguayo, de procedimiento administrativo, de la permanencia del deber de resolver, después del vencimiento de los plazos.

El art. 318 de la Constitución establece el deber de resolver los recursos y peticiones y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha entendido que hay un derecho del administrado, de los implícitos en la naturaleza humana (art. 72) de rango constitucional, a la resolución de las peticiones y recursos³. La doctrina ha coincidido con esa solución⁴ y hoy le impone así la reglamentación del procedimiento administrativo, vigente en el Uruguay (art. 64, inc. 3º, concordante con los arts. 75 y 122 del decreto Nº 640 de 1973, de 8 de agosto de 1973): "En ningún caso el vencimiento del plazo exime a la autoridad correspondiente de emitir un pronunciamiento". De modo que la omisión o retardo del pronunciamiento puede imponer responsabilidad penal (art. 164 C. P.), disciplinaria (arts. 197 y 198 Const.) y patrimonial (arts. 24 y 25 Const.).

B. El control jerárquico

Es amplio, pues el jerarca posee el pleno dominio de los actos del subordinado y en principio los puede sustituir, revocar o modificar como propios, sin perjuicio de las potestades concurrentes de instrucción o dirección de la acción de los subordinados, del poder disciplinario, etc.

Puede actuar de oficio, mediante denuncia, o en virtud del recurso jerárquico interpuesto por interesado y en principio puede determinarse por los mismos fundamentos de legalidad u oportunidad que el subordinado, autor del acto, para revocarlo, con semejantes limitaciones (derechos adquiridos, actos declarativos de derechos legales,

³Fallo 193, de 11 de noviembre de 1959, en autos Boix, Emilio con Estado.

⁴Real A. A., *Los principios generales de derecho en la Constitución*, Montevideo, 1965, 48; también, *Las garantías en el procedimiento administrativo*, Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año xvii Nº 2, 3 y 4-1966, 218 ss., parte final y *Regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay*, La Justicia Uruguaya, T. Lxvi, 12-13.

etc.). No entraremos a la rica problemática del recurso jerárquico, bien estudiada en doctrina, porque ese no es nuestro tema⁵.

C. De descentralización

a) *La tutela administrativa.* Las personas públicas, ya sea de fin especial o de fines generales, suelen estar unidas a un gran centro administrativo y político, que mantiene la unidad del sistema, mediante la llamada *tutela administrativa*, complejo de autorizaciones, aprobaciones y recursos varios, que cambia según los derechos positivos. En nuestro país se menciona la *tutela administrativa* en el art. 317 de la Constitución, que instituye un recurso, subsidiario del de revocación, contra los actos de los servicios descentralizados. Dice organismos sujetos a *tutela administrativa*, expresión genérica, pero que en el caso uruguayo no alcanza a los llamados *Entes Autónomos*, porque otra disposición excluye a estos de los recursos administrativos sustitutivos de su voluntad (art. 194): "Las decisiones definitivas de los Entes Autónomos sólo darán lugar a recursos o acciones ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo o el Poder Judicial, según lo disponga esta Constitución o las leyes, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 197 y 198".

b) *La coordinación o control de autonomía.* Para el contralor de los Entes Autónomos, la Constitución uruguayo instituye procedimientos complejos, con intervención de órganos legislativos: el Senado⁶. Ahora, el cuerpo legislativo unicameral que ejerce el Poder Legislativo: Consejo de Estado.

En esta materia la Constitución de 1966 acentuó el papel del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la intervención del Poder Legislativo.

Ahora el Poder Ejecutivo no sólo puede, como antes, formular observaciones, que pondrá en conocimiento del Senado, en caso de ser desatendidas, sino que podrá, desde luego, disponer por sí "las *rectificaciones*, los *correctivos* o *remociones* que considere del caso, comunicándolos a la Cámara de Senadores, la que en definitiva resolverá".

⁵Ver Méndez, *La jerarquía*, 2ª ed. 1973, 93-97 y 142-145 y nota 297 de indicaciones bibliográficas.

⁶Méndez, *Régimen constitucional de los servicios autónomos en el derecho uruguayo*, en Estudios Jurídicos en Memoria de J. Irureta Goyena (h.), 1955, 415 ss. y especialmente 443-450 sobre "la coordinación".

En épocas más recientes, de crisis político-social y económica, desde el gobierno anterior se ha recurrido al régimen de las "medidas prontas de seguridad" (art. 168, inc. 17 Const.) para suspender y apartar miembros de Directorios y sustituirlos por Directorios interventores, etc. Por interpretación evolutiva se amplió así el repertorio de los medios de control de la administración autónoma.

En los casos mencionados como en los de destitución de miembros de Directorios por omisión, ineptitud o delito, etc. (art. 198) no hay "recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo", o sea que el acto sancionador se excluye del ámbito de la jurisdicción anulatoria por considerarlo (implícitamente) *acto de gobierno*, como también lo son, a tales efectos, las *medidas prontas de seguridad*.

No se excluye la posible intervención del Poder Judicial en el juicio ordinario de responsabilidad que pudieren promover los directores destituidos, en caso de irregularidad jurídica.

II. *Los controles legislativos (Su decadencia e inadecuación al Estado contemporáneo)*

Dado su carácter político y la influencia del régimen de partidos, este contralor de la Administración está muy venido a menos y nunca podría cubrir, en forma sistemática, las necesidades de una gran administración moderna, cuya complejidad y tecnicismo escapan a la competencia y a las posibilidades de trabajo de los parlamentarios, absorbidos por su quehacer legislativo y político. No obstante, los pedidos de informes, las interpelaciones y las comisiones investigadoras, pueden, en ciertas circunstancias políticas, ejercer una acción especialmente preventiva y ejemplar y suscitar el celo de los jefes y controladores administrativos por corregir los defectos señalados. Los grandes institutos como la censura parlamentaria (con la posibilidad de la correlativa disolución) y el juicio político, son demasiado espectaculares y casi siempre irrealizables, pues la vida política transcurre por otros cauces menos aparatosos (como las renunciaciones "por enfermedad", de los Primeros Ministros ingleses, incursos en error u omisión) o es imposible lograr las grandes mayorías requeridas para un cataclismo político (ejemplo el caso de Watergate en USA).

La intervención parlamentaria, requerida para ciertos nombra-

mientos y destituciones de funcionarios (venias o acuerdos), para la emisión de deuda pública, para aprobar, modificar o reprobado los presupuestos y leyes de modificaciones presupuestales, las medidas prontas de seguridad, etc., son medios de contralor y colaboración de los órganos legislativos en el ejercicio de la Administración. Si bien esa colaboración se desenvuelve en principio, en un plano gubernativo y objetivo, de interés general, los interesados tienen, generalmente en el sistema representativo, la posibilidad de hacerse oír por algunos de los componentes de los órganos parlamentarios, cuya investidura electoral los vuelve sensibles a las solicitudes de los grupos e individuos afectados por la medida en cuestión. Naturalmente las posibilidades de éxito en las gestiones ante parlamentarios dependerán de la naturaleza del régimen político. Si gobierna una mayoría compacta y disciplinada (como en Gran Bretaña, generalmente, en la Francia degaullista, en la Argentina peronista, etc.) será difícil que los parlamentarios puedan obtener soluciones no aceptadas por el Poder Ejecutivo, por cuyo mecanismo (extraconstitucional) se frustra el contralor parlamentario. En los regímenes de equilibrio inestable, favorecidos por la representación proporcional, hay mayor juego para las minorías expertas en el arte de la componenda, que solucionan (aparentemente) todo mediante negociaciones (menos los problemas de fondo, que nadie se atreve a enfrentar). Algo de esto ocurría en los Parlamentos uruguayos de los últimos períodos, a causa del desastroso régimen electoral imperante, que organizaba la anarquía gubernativa. El gobierno en minoría no puede gobernar y es hostilizado negativamente. Si, en esas condiciones pretende, como ocurrió en Chile, hacer grandes cambios vivirá al borde de la ilegalidad y de la guerra civil, hasta el desastre. El gobierno en minoría en el Parlamento, no puede hacer su obra principal, que es orientar el proceso legislativo (*indirizzo político* o conducción política). El exceso de control paralizante, es tan malo o peor que la falta de contralor.

III. *Los controles jurisdiccionales (insuficiencia del contralor jurisdiccional anulatorio y remedios propuestos para mejorarlo)*

Desde el surgimiento del moderno Estado constitucional, después de las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, se ha planteado,

agudamente, el problema del contralor jurisdiccional de la Administración. Diversas interpretaciones de la separación de poderes propiciaron distintos regímenes de contralor jurisdiccional de la Administración. La solución más lógica y natural era la judicialista, anglo-americana, ya que el Juez aplica el derecho en los casos controvertidos, como es su función específica, cuando juzga a la Administración, sin por ello trabar a la Administración ni sobreponerse a ella, porque sólo declara lo que ya está establecido en el orden jurídico superior, constitucional y legal.

Francia, que proclamó solemnemente, en su Declaración de 1789, que no tienen constitución los Estados donde no está establecida la separación de poderes, la interpretó, sin embargo, de una manera muy particular, ejecutivista y autoritaria, a propósito de la jurisdicción administrativa, pues desde la revolución, por prejuicios políticos contra la clase judicial, por el recuerdo de los antiguos Parlamentos, etc., estableció la regla de la separación de las autoridades administrativas y judiciales, en cuya virtud los Jueces no podían trabar la gestión de los cuerpos administrativos ni juzgar los actos de la Administración. Se entendió, erróneamente, que juzgar a la Administración, era, también, administrar.

La justicia administrativa sólo pudo estar a cargo de la Administración misma, que es Juez y parte. El Jefe de Estado retiene el poder de juzgar a la Administración (*justicia retenida*) y por principio general el Juez de derecho común es el jerarca administrativo (teoría del *Ministro Juez*).

Fue necesario montar un aparato, dentro de la Administración, para juzgar los litigios administrativos, pero los integrantes de ese aparato eran funcionarios administrativos amovibles, que alternaban funciones consultivas, de asesoramiento a la administración activa y misiones en servicio activo, en la misma, con su tarea jurisdiccional. Los Consejos de Prefectura, presididos por el Prefecto y dirigidos por su Secretario General, tenían, todavía, una integración más definida-mente política.

Esta estructura que, con el tiempo, se fue especializando y perfeccionando, provocó muchos elogios por la sensibilidad para el interés público y la comprensión de las necesidades de la Administración que caracterizarían al Juez administrativo. Se le atribuyó un conocimiento de la materia administrativa, inaccesible al Juez del Poder

Judicial y éste es el más reciente fundamento de la existencia de una justicia administrativa separada del Poder Judicial, después que se volvieron extemporáneos los prejuicios políticos revolucionarios contra el Poder Judicial.

Se ha agregado que una mayor audacia, para limitar a la Administración, deriva del hecho de hallarse el Consejo de Estado inserto en ella, lo que lo lleva a actuar como jerarca, con el recuerdo de la época en que asesoraba al Jefe de Estado para dictar la decisión (*justicia retenida*), sin limitaciones derivadas de la ajenidad del juzgador, con respecto a la parte administrativa. Pero esto es muy relativo, porque desde que se afirmó la regla de la separación de la administración activa y la justicia administrativa, han crecido, por un lado, los temores del Juez de irritar a la Administración y por otro los recelos de ésta, que defiende sus prerrogativas autoritarias frente al juez administrativo, como antes frente al Poder Judicial. El gran perjudicado es el administrado.

En los últimos tiempos se observa un creciente descrédito, reflejado en la doctrina gala, del contencioso anulatorio (recurso por exceso de poder), considerado hasta hace poco, una excelencia del derecho público francés, instrumento modelo del Estado de Derecho. Era frecuente decir que el Consejo de Estado hacía y había hecho, por la protección concreta de los derechos individuales, mucho más que las declaraciones abstractas de la Revolución. Hoy comienzan a destacarse, abiertamente, las manchas y lagunas que alteran la imagen mítica del famoso contencioso administrativo francés. Los estudios sociológico-jurídicos han descendido de las alturas dogmáticas a las pedestres realidades prácticas relacionadas con el rendimiento real de los recursos para el administrado, la duración enorme de su trámite, agravada por su falta de efecto suspensivo, lo ilusorio de la facultad (inejercida) de suspender la ejecución en casos de perjuicio grave o irreparable, siendo serios los fundamentos del recurso, las resistencias, de toda índole, que la Administración opone a la ejecución de sentencia, incluso anulando sus efectos mediante validaciones legislativas retroactivas, harto frecuentes, que confiscan sin indemnización el derecho del litigante victorioso. En la época degaullista, de mayorías parlamentarias masivas y disciplinadas, nada costaba obtener estas validaciones legislativas, inatacables en Francia por carencia de contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de

las leyes, a disposición de los administrados. El poder público se sobrepone al derecho bajo la República como bajo el Imperio. El origen napoleónico de la jurisdicción administrativa suscita reminiscencias latentes. Tales son algunas de las fundadas observaciones que se desprenden de los documentados libros recientes sobre el tema, de Gjidara⁷ y Loschak⁸, que a su vez repiten y difunden conocidas observaciones anteriores de Negrin⁹, Rivero¹⁰ y otros, sobre el mito del contencioso-administrativo francés y que tuvimos ocasión de recordar en un estudio anterior sobre el tema¹¹ presentado a las VIII Jornadas Franco-Latinoamericanas de derecho comparado.

En general, se deplora la orientación excesivamente contenciosa y jurídicista, la protección *a posteriori* de la violación del derecho, que caracteriza al derecho administrativo francés. Además de las fallas que tiene el régimen contencioso, cuando se lo utiliza, debe pensarse en los innumerables casos en que prevalece el autoritarismo administrativo por ignorancia, temor, falta de medios del administrado u otras razones que lo llevan a transar con la arbitrariedad o acatarla.

IV. *La moderna regulación del procedimiento administrativo y la audiencia y colaboración de los interesados, como factores de democratización de la creación jurídica y de mejora de las relaciones entre la administración y los administrados*

Por eso se proponen, entre otros, remedios que vayan al fondo de las estructuras y prácticas administrativas, democratizándolas, dando mayor participación al administrado, antes de dictarse el acto administrativo, al estilo de Inglaterra y Estados Unidos. Una regulación moderna del procedimiento administrativo, que preventivamente impida la arbitrariedad en la mayoría de los casos, y una mejor educación ética, de administradores y administrados, serían condiciones

⁷Gjidara, Marc, *La fonction administrative contentieuse*, Etude de Science Administrative, 1972.

⁸Loschak, Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, 1972.

⁹Negrin, *Le Conseil d'État et la vie publique en France depuis 1958*, P. U. F., 1968.

¹⁰Rivero, J., *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mel Dabin, T. II, 813 ss.

¹¹Real, A. R. *Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXII, 1972, 325-336.

insustituibles para lograr un mayor respeto de la jurisdicción, sin seguir esperándolo todo, en vano, del contencioso¹². Consideramos plausibles estas conclusiones, en gran parte concordantes con las conquistas del derecho público anglosajón, que reflejan a la vez, el sentido práctico nacional y la vivida presencia democrática, inherente a los regímenes políticos inglés y estadounidense¹³.

Argentina con su gran ley de procedimiento administrativo¹⁴ y Uruguay con su reciente y perfeccionado reglamento de la materia¹⁵, están en la recta orientación, como ya lo indicamos en un trabajo anterior¹⁶.

Sería necesario, además, abreviar el máximo, mediante normas procesales adecuadas, el juicio anulatorio, lo cual haría más factible establecer, en principio, el efecto suspensivo de los recursos, salvo los casos, excepcionales, en que el interés público exigiese la ejecución inmediata. Siendo breve el plazo de espera de la sentencia, en general convendría también, a la Administración, evitar hechos consumados de difícil remoción, después de un largo plazo de vida antijurídica de la decisión finalmente anulada. La ejecución de la sentencia anulatoria, uno de los grandes escollos del recurso contencioso por exceso de poder, ganaría así en factibilidad, porque al deber ser, proclamado por el fallo, no se opondría una realidad antijurídica, consolidada por el tiempo y por el tejido de actos e intereses derivados de la misma, como ahora ocurre¹⁷.

V. Otras innovaciones necesarias. Mejora de los métodos preventivos de irregularidades: Magistraturas fiscalizadoras semejantes al Minis-

¹²Gjidara, *ob. cit.*, 428.

¹³Real, A. R., *La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay*, cit., 6. Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª edición, 38-49; Soto Kloss, E., *Notas sobre el procedimiento administrativo en el derecho inglés*, en esta Revista, N° 16, 1974, 59-66.

¹⁴Ley N° 19.549 de 3-iv-72 y decreto N° 1.759 de 3-iv-72, *Revista argentina de derecho administrativo*, junio 1972, 73-94.

¹⁵Decreto 640, de 8 de agosto de 1973.

¹⁶Real, R. R., *La regulación*, cit. Ver *Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay*, en Anuario de Derecho Administrativo Vol. 1 (1975). Ediciones Revista de Derecho Público, Santiago de Chile, 1976, en prensa.

¹⁷Weil, Prosper, *Les conséquences de la annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952.

terio Público (Tribunales de Cuentas, Procuradurías, Contralorías, Ombudsman). Controles automáticos de oficio, defensores de la legalidad y el interés público en la administración, experiencias uruguayas en la administración descentralizada y en el sistema paraestatal de asignaciones familiares, acción de amparo y similares

Mejora de los métodos preventivos de irregularidades: Magistraturas semejantes al Ministerio Público

Por diversos motivos, de insuficiencia, tardanza o ausencia de los controles jurisdiccionales represivos, *a posteriori*, de anulación y/o responsabilidad patrimonial, han proliferado, con suerte y eficacia diversas, varios tipos de control de la legalidad de la actuación administrativa, que llamamos *preventivos*, ya sea porque actúan o pueden actuar antes de la ejecución del acto o antes e independientemente de la promoción de un litigio contencioso-administrativo. Estas magistraturas deben, como el Ministro Público, actuar en el interés impersonal de la legalidad, aun cuando su decisión pueda beneficiar, indirectamente, a titulares de derechos o intereses legítimos.

Una doble preocupación de eficacia de la administración (que no se concibe sin su ajuste a la legalidad) y de protección de los derechos de los administrados, inspira a estas instituciones¹⁸

En primer lugar, cabe citar los órganos especializados en el contralor de legalidad financiera, del tipo de las Contadurías Generales y Tribunales de Cuentas, con diversas competencias, que, en general, incluyen el contralor previo de los gastos y pagos, con el poder de observar los que se reputan ilegales, sin perjuicio de la potestad de insistencia del ordenador, habilitante para la ejecución y determinante de la comunicación al órgano de control político, a los efectos que hubiere lugar¹⁹.

Aunque la preocupación dominante de estos institutos es la legalidad presupuestal objetiva, en ciertos casos éste se refleja, aunque sea indirectamente, en una cierta protección de los derechos de terceros (administrados, interesados en licitaciones públicas, funcionarios,

¹⁸Real, *Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado*, cit.

¹⁹Constitución uruguaya, Sección XIII, del *Tribunal de Cuentas*, (Arts. 208 a 213).

titulares de legítimo interés, personal y directo, en la legalidad de las promociones, etc.).

La Contraloría General de Chile, procedente de la Constitución de 1925 reformada en 1943²⁰, cumplía un papel preventivo general muy útil en ausencia de un contencioso anulatorio. Por otra parte su competencia abarcaba aspectos generales, mucho más amplios que la legalidad financiera y su acción de oficio aseguraba una constancia, permanencia y generalidad, del contralor, muy superiores a las que resultan de la eventual promoción de litigios por los agraviados por la ilegalidad. La iniciativa particular está limitada por debilidades económicas, culturales, de carácter, de independencia, etc., y es esporádica y eventual. No comprende todos los casos en que el agraviado consiente la ilegalidad por ignorancia, temor, comodidad, pereza o falta de recursos para litigar, etc.

No obstante la autoridad que logró la Contraloría chilena, su eficacia decayó bajo el depuesto gobierno socialista, el cual sustituyó las leyes, que no podía obtener por carencia de mayoría parlamentaria, por los *decretos de insistencia*, o sea la nada jurídica, provista de la fuerza ejecutiva del gobierno, nada menos que en materia de nacionalizaciones²¹.

En la Unión Soviética, donde se continúa la autocracia zarista, ahora como monocracia de partido único, con solo semejanzas externas con el constitucionalismo occidental²² y donde está excluida nuestra idea occidental del Estado de derecho, como lo hemos escrito y enseñado, de acuerdo con los especialistas del derecho comparado²³, la Procuraduría, institución que se remonta a Pedro el Grande, —actualizada—, vela por el mantenimiento de la llamada "legalidad socia-

²⁰Real, *Los diversos sistemas*, cit. 332-333. Bernaschina González, *Constitución y leyes complementarias*, Santiago, 1958, 534.

²¹Soto Kloss, E., *Sobre la legalidad de las requisaciones de industrias*, Revista de Derecho Público, N° 13, 1972, 61-80, y *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?* Estudios Jurídicos, vol. 2., 1973, 411-435.

²²Real, A. R., *Derecho Constitucional*, Apéndice de tomo 1 1ª ed. 1958, Montevideo, 95-98.

²³Real, A. R., *El Estado de Derecho*, en Estudios en Memoria de Couture, publicados en 1957 por la Facultad de Derecho, 610-613, y nota 108. *Los diversos sistemas*, cit. 334-335.

lista" que más que una legalidad propiamente dicha, es una disciplina jerárquica de partido, en que los inferiores deben acatamiento a lo mandado por los superiores²⁴. Puede, eventualmente, esta Procuraduría ejercer alguna acción protectora de derechos humanos, violados por algún órgano periférico o local, excedido de sus atribuciones o violador de las disposiciones de los centros de mayor autoridad.

Pero la *vedette* de nuestro tiempo, la institución "de moda", en esta materia, es el *ombudsman*²⁵ o "delegado parlamentario" escandinavo, recientemente extendido al mundo anglo-sajón, hasta a la conservadora y tradicionalista Francia²⁶, donde toma el nombre de "mediador" (*le médiateur*).

Naturalmente, la eficacia de este sistema supone la existencia de democracias parlamentarias estables, un espíritu cívico desarrollado y normalidad económico-social.

²⁴Explicamos que el concepto de la *legalidad socialista* no difiere de la del Estado de policía, puesto que si bien obliga a los funcionarios frente a los gobernantes, con fines de disciplina y afirmación de la autoridad de éstos, no confiere derechos efectivos a los administrados frente a los jerarcas, cuyos actos no pueden discutirse ante una jurisdicción independiente (*El Estado de Derecho* cit. 611).

²⁵Real, *Los diversos sistemas*, cit. 333-334; Legrand, André, *L'Ombudsman scandinave*, 1970; del mismo autor *Los diferentes controles administrativos y políticos del Estado*, Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, año xxii, Nros. 1 a 4, 1972, 139; Marc, F., *Le Commissaire parlementaire britannique pour l'administration. Un bilan de quatre années d'existence*, Revue de Droit Public, 1972, N° 1, 109-134; Padilla Miguel M. *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1972. Este autor considera insuficientes los procedimientos y recursos jurisdiccionales para cumplir con eficacia su finalidad de contralor y aconseja instituir "un sistema que de manera espontánea, ágil e informal, vigile la actividad del poder administrador". Estos requisitos se cumplen por la institución del Ombudsman, "compatible con los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico constitucional" y que "no busca excluir sino complementar otros medios de control".

²⁶Verrier, Patrice, *Le médiateur* (loi du 3 Janvier 1973), Revue du Droit Public, 1973, 941 ss. En 978 ss. se publican la ley y tres decretos complementarios. Nombrado por seis años por decreto dictado en Consejo de Ministros goza de inmunidades, etc. Recibe, por medio de un legislador, reclamaciones individuales por mal funcionamiento de servicios administrativos y puede hacer recomendaciones y denuncias disciplinarias y penales y publicar sus recomendaciones, etc.

Controles automáticos, de oficio, defensores de la legalidad y el interés público, en la Administración

La elevación obligatoria al Ministerio o jerarca, u órgano de control pertinente, de todas las resoluciones del órgano controlado, o de las actas en que se adoptan decisiones controvertidas, votadas negativamente por alguna minoría y observadas por ilegalidad, para dejar a salvo su responsabilidad, son procedimientos útiles para suscitar el control, si se cuenta con servicios técnicos, ágiles y competentes, para el examen oportuno y eficaz de los actos respectivos.

Experiencia uruguaya en la administración descentralizada y en el sistema paraestatal de asignaciones familiares

En el derecho administrativo tradicional del Uruguay las leyes orgánicas de entes autónomos prescribieron a menudo la comunicación al Poder Ejecutivo, de las constancias dejadas en actas por los autores de votos negativos, basados en razones de ilegalidad (ley Nº 9.808 de 9 de enero de 1939, orgánica del Banco de la República, art. 7º, por ejemplo).

Esta noticia actúa como *denuncia* para suscitar el control de oficio del art. 197 de la Constitución (llamado *coordinación* por el Dr. A. Méndez).

En el caso de ciertos servicios descentralizados (dotados de menor autonomía) esta noticia habilita al Poder Ejecutivo, durante cierto plazo, a ejercer un contralor directo de legalidad sobre el acto recurrido, el que puede ser revocado y aún sustituido por ser contrario a las reglas de derecho (art. 6º de la Ley Nº 11.034 de 14 de enero de 1948, orgánica de las ex Cajas de Jubilaciones; art. 4º de la Ley Nº 9.638, de 30 de diciembre de 1936, orgánica del SODRE).

En el sistema orgánico de Asignaciones Familiares (*paraestatal* o *de derecho público no estatal*), se ha ensayado con éxito el *control automático* (inspirado en la experiencia preindicada de la descentralización estatal).

El decreto de 19 de septiembre de 1953, reglamentario de la Ley Nº 11.618 de 20 de octubre de 1950, dispone el envío de las actas de los Consejos de las Cajas de Compensación, de Asignaciones Familiares, al Consejo Central, jerarca del sistema (*autoridad superior*),

el cual, advertido por sus servicios jurídicos, contables, etc., a través del examen sistemático de las actas, puede tomar las medidas pertinentes de *observación y rectificación*, y aún llegar a la *intervención* de los Consejos incursos en ilegalidad, contumaces.

Todos éstos y los semejantes sistemas, que se puedan idear para advertir al superior u órgano de control, para provocar su intervención, correctiva y represiva, son útiles y plausibles.

Después de la vigencia de la Constitución de 1966, se dictaron numerosos decretos reglamentarios, que obligan a la Administración autónoma y descentralizada a enterar de sus actos al Poder Ejecutivo y/u otros organismos, para facilitar el control de legalidad y conveniencia de los mismos. Estos decretos se amparan en la teoría de los *poderes implícitos*; para poder controlar y responsabilizarse políticamente del control o de su omisión, es necesario poder conocer qué hace el ente u autoridad controlada.

Decretos 256-263, de 25 de abril de 1967, que manda enviar copia de todos los acuerdos, convenios o contratos, que celebren los entes autónomos, servicios descentralizados, etc., con organismos internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros.

Decreto 286-67, de 10 de mayo de 1967, que impone remitir al poder Ejecutivo dos copias testimoniadas de las actas de las sesiones de los Directorios de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados o de los actos o resoluciones de los Directores Generales, cuando se trate de organismos así administrados. Una copia se destina al Ministerio respectivo y otra a la Presidencia de la República.

El decreto 353-67 de 8 de junio de 1967, permite que se envíe un resumen de las Actas de los Directorios de los Bancos Oficiales, en vez de las actas.

Véase que de esta manera *se generaliza el control automático*, pues abarca *todos los actos*, aún los votados por unanimidad y aún los de aquellos Entes cuya ley orgánica nada precisa al respecto.

El decreto 844, de 21 de diciembre de 1967, obliga a los entes autónomos y servicios descentralizados, a remitir a los Ministerios respectivos "*los informes y documentos que se les requieran por los Ministros de Estado, en lo concerniente a su competencia*". También deben remitir Balance Anual, Memorias Anuales, Rendiciones de Cuentas, etc. (art. 2º decr. cit.) "a los efectos del art. 197 de la Constitución".

El art. 4º declara que los Ministerios pueden ordenar "la compulsiva directa de antecedentes y remisión de datos e informes en las entidades autónomas y servicios descentralizados". Este es un verdadero poder de inspección. El art. 5º dispone solicitar al Tribunal de Cuentas que comunique al Poder Ejecutivo las irregularidades que compruebe en la administración de entes autónomos y servicios descentralizados.

El decreto 621-68, de 15 de octubre de 1968 manda incluir en las copias de actas el *detalle de las operaciones de crédito realizadas por los Bancos Oficiales*.

El decreto 478-72 de 14 de julio de 1972, dispone que se informe al Poder Ejecutivo, con una anticipación de noventa días, toda creación o ampliación de beneficios sociales a funcionarios de la administración descentralizada. Estas y otras disposiciones y el régimen extraordinario de intervenciones, han favorecido la uniformidad administrativa y la prevención de anomalías e irregularidades, frecuente en el pasado.

La acción de amparo, desenvuelta por la jurisprudencia argentina primero, y luego legislada, en el orden nacional y provincial, y que que debe reputarse garantía implícita en el Uruguay²⁷, puede ser un medio complementario, no desdeñable, de proteger los derechos humanos.

La suspensión jurisdiccional preventiva de los efectos del acto administrativo, regulada en el Uruguay por la Ley Nº 13.318, de 28 de diciembre de 1964 (art. 347) es insuficiente, por la demora de los procedimientos administrativos previos al acceso al Tribunal (recién puede pedirse *en las acciones de nulidad*) y por las restricciones legales y jurisprudenciales, que debilitan esta institución, como el *sursis à exécution* francés²⁸.

Por fin, entendemos recomendable invertir la regla, del sistema franco-uruguayo, y, en menor grado, argentino, de la carencia de efecto suspensivo de los recursos administrativos y contenciosos, regla heredada de la tradición del autoritarismo napoleónico (art. 3º del decreto de 3 de julio de 1806).

Creo mucho más conveniente evitar, siempre que sea posible, la consumación de perjuicios, fruto de la ejecución del acto impugnado

²⁷Real. *Los diversos sistemas de control*, cit. 330-331.

²⁸Real, *Los diversos sistemas de control*, cit. 331-332.

por ilegal, anterior a su definitivo juzgamiento. Por los acertados argumentos del profesor argentino *Dromi*²⁹, acepto, doctrinariamente, el principio del efecto suspensivo de los recursos, que establece la legislación alemana occidental³⁰. Creo que este adelanto jurídico, liberal, tendiente a acentuar la progresiva "jurisdiccionalización" del procedimiento administrativo, debe adoptarse, con excepciones bien estudiadas, por los derechos positivos que actualmente mantienen la antigua solución autoritaria. Así se evitará la consumación de muchas ilegalidades irreparables y se evitará el pago de costosas y siempre insuficientes indemnizaciones.

CONCLUSIONES

1. Es recomendable la regulación fundamental de las garantías del debido procedimiento administrativo, que incluya la participación democrática de los interesados, previa a las resoluciones a recaer, para la mejor defensa preventiva de sus derechos y para que la administración resuelva mejor informada.

Es conveniente y justa la participación de los interesados en el procedimiento normal, constitutivo o fisiológico, y no sólo en el recursivo o contencioso, que supone ya nacida la situación conflictual, la reclamación, o sea la "patología" del derecho (*Bonnard, Gasparri*).

2. Es recomendable la institución de magistraturas del tipo del ombudsman, o "delegado parlamentario", que, con espontaneidad y agilidad, complementen, mediante denuncias de parte y de oficio, el control jurisdiccional *a posteriori*, represivo de la ilegalidad. La defensa del interés público y del imperio objetivo de la regla de derecho deben inspirar las intervenciones del ombudsman, que se reflejan, accesoriamente, en una mejor protección de los derechos del administrado.

3. Es conveniente la institución de sistemas automáticos de control que adviertan o permitan descubrir a los jefes y órganos encargados del control, en general, las irregularidades jurídicas y los aten-

²⁹Dromi, José R., *Acto Administrativo*, 1973, 115-123.

³⁰Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, Dalloz, 1971, 47.

tados al interés público en que incurran las administraciones controladas.

4. La regulación y admisión amplia de la acción de amparo, e institutos similares, permite al Poder Judicial cumplir mejor su misión tutelar de los derechos humanos.

5. El efecto suspensivo de principio de los recursos administrativos y contenciosos, —con las excepciones lógicas y razonables—, se recomienda para evitar la consumación de perjuicios ilegales de difícil o imposible reparación y para facilitar la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas.

Ley uruguaya Nº 14.245, de 26 de julio de 1974, sobre efecto suspensivo de los recursos contra promociones de funcionarios

La ley uruguaya Nº 14.245, de 26 de julio de 1974, publicada en el "Diario Oficial" Nº 19.325, de 2 de agosto de 1974, posterior, en más de un mes al trabajo publicado, consagra una solución coincidente, en términos generales, con la tesis postulada en la parte final del trabajo que antecede, en cuanto a los efectos suspensivos que es conveniente que produzca el recurso administrativo, para evitar males mayores generados por el propio restablecimiento tardío de la legalidad.

Cuando se trata de llenar vacantes producidas por ascenso, ellas no pueden ser provistas hasta el día siguiente al vencimiento del plazo para recurrir. Si se recurre al ascenso productor de la vacante la prohibición se extiende hasta que culminen los procedimientos respectivos o venza el término para recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En este caso recién después de notificada la sentencia que no haga lugar a la demanda podrán proveerse dichos cargos.

Para efectuar la provisión inmediata del cargo por razones de interés público se requiere autorización del Consejo de Ministros en la Administración Central y del Poder Ejecutivo en la administración descentralizada. Nunca se pueden proveer los cargos de grado inferior, necesarios para una eventual regularización (art. 3º).

Por lo demás, todos los ascensos tienen carácter interino hasta que venzan los términos para recurrir o se decidan los recursos y acciones, según lo previsto, antes.

El autor del proyecto, Dr. Espínola, fundó la iniciativa en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no hace uso de la facultad de suspensión (art. 347, Ley Nº 13.318, de 28 diciembre de 1964 y art. 11 apart. 2º, ley 10 de febrero de 1956, derogado por el art. 143 de la Ley Nº 12.802, de 30 de noviembre de 1960). El texto de su proyecto decía que "la interposición del recurso tendrá efecto suspensivo sobre la resolución recurrida".

La Comisión por intermedio del Miembro Informante Dr. Aparicio Méndez expresó (Diario de Sesiones del Consejo de Estado, 58º Sesión, 23 de julio de 1974, pág. 310):

"La iniciativa original, de 29 de abril del corriente año, fue sustituida por el autor, luego de su estudio en Comisión, por la que ahora tenemos el honor de llevar a la aprobación del Consejo. Con el nuevo texto, manteniendo la solución del fondo, se adelantan fórmulas estatutarias tendientes a ordenar el mecanismo de los ascensos sin crear las situaciones que ahora hacen sumamente difícil cumplir las sentencias anulatorias de aquel Tribunal. La jurisdicción anulatoria, en efecto, carece entre nosotros de la agilidad requerida para obtener una reparación jurisdiccional inmediata y efectiva. Mientras se ventila el juicio anulatorio, la Administración, indiferente al problema particular o personal planteado, provee las vacantes

respectivas y hasta se suceden los ascensos alterando fundamentalmente los cuadros del personal. En esas condiciones no solamente se hace imposible el reintegro del funcionario ganancioso: todo o buena parte del personal resulta afectado directa o indirectamente por el movimiento que generan esas provisiones”.

“Se subsanan así las consecuencias de la política cautelosa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en cuanto a la suspensión de los actos administrativos, —tema polémico dentro de nuestro orden institucional— asegurando la posibilidad del cumplimiento de las sentencias de aquel órgano y conciliando esos derechos personales con el de la Administración para proveer, en casos especiales, los cargos cuyo ejercicio se reputa imprescindible”.

Se establecen disposiciones para la provisión de cargos vacantes y ascensos en los organismos estatales

Artículo 1º Los cargos vacantes por cualquier causal no podrán ser provistos hasta el día siguiente del vencimiento del término constitucional establecido para interponer los recursos de agotamiento de la vía administrativa (art. 317 de la Constitución).

En caso de interposición de esos recursos, dicha prohibición se extiende hasta que culminen los procedimientos respectivos o venza el término para recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Si el interesado hiciere uso de esta vía, se podrán proveer dichos cargos a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la sentencia que no haga lugar a la demanda.

Artículo 2º Todos los ascensos tendrán carácter interino hasta que venzan los términos para recurrir o se decidan los recursos administrativos y jurisdiccionales de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior. Los términos correspondientes a interinatos no confirmados se computarán a los efectos de ascensos posteriores como desempeñados en el cargo de origen.

Artículo 3º Cuando razones impostergables de interés público hagan necesaria la provisión inmediata del cargo se requerirá resolución del Consejo de Ministros para la Administración Central y autorización del Poder Ejecutivo para la Administración Descentralizada en general. Para el personal del Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Corte Electoral se exigirá el voto unánime de los componentes de los órganos de decisión. En ningún caso se podrá proveer el cargo de grado inferior necesario para una eventual regularización.

Artículo 4º Las disposiciones de la presente ley no alcanzan al personal de la Judicatura, al Diplomático y Consular, al Militar y al Policial, regidos por sus normas específicas.

Artículo 5º Comuníquese, etc.

