
PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN RECURSIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Augusto DURÁN MARTÍNEZ

Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho (UCU)
Profesor de Derecho Público, Facultad de Derecho (UdelaR)

I

1. La regulación de los recursos administrativos encuentra su base en los artículos 317 y 318 de la Constitución. Su marco legislativo general está compuesto fundamentalmente por el decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987, y ley N° 17.292, de 25 de enero de 2001 (artículos 40, 41 y 42). La normativa reglamentaria básica figura en el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

2. No obstante lo expresado, existen disposiciones legales especiales que para algunos casos prevén ciertos apartamientos de ese régimen general. La contratación administrativa configura uno de esos casos.

3. Ese régimen especial de los recursos administrativos en el ámbito de los procedimientos de contratación figura expresamente en el artículo 62 del TOCAF. Pero no es la única norma que refiere al tema: hay alguna excepción expresa a lo allí previsto y existen otras disposiciones que sin aludir expresamente a los recursos tienen incidencia directa en algunos aspectos de su régimen jurídico.

4. Partiré, por tanto, del artículo 62 del TOCAF para luego considerar las otras disposiciones que imponen apartamientos de lo dispuesto en ese artículo 62 o del régimen general.

II

1. El artículo 62 del TOCAF proviene del artículo 510 de la ley N° 15.903, de 10 de noviembre 1987, con la modificación efectuada por el artículo 527 de la ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996.

La modificación que esta última ley efectúa a la anterior es la introducción del inciso tercero del actual artículo 62 del TOCAF que luego se analizará, referido a la remisión de las copias de los escritos al Tribunal de Cuentas.

2. El antecedente inmediato anterior al artículo 62 del TOCAF es el artículo 49 del Proyecto de ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968, de 6 de febrero de 1968, invocando el artículo 512 de la ley N° 13.640, de 26 de diciembre de 1967.

Este artículo 49 decía:

“Podrán ser impugnados por persona interesada, en cualquier etapa de su trámite:

- 1) El llamado a licitación, cuando se invoque incumplimiento de preceptos de la ley o su reglamentación, en particular cuando no se haya cumplido el requisito de su publicación o se presume la circunstancia a que se refiere el Art. 33. Esta impugnación deberá ser formulada dentro de los 10 días contados a partir de la última publicación efectuada, o de la recepción de la invitación a cotizar en licitaciones restringidas, concursos de precios o contrataciones directas.
- 2) La adjudicación, cuando no recaiga en la oferta más ventajosa, particularmente si la adjudicación recayere sobre ofertas que no cumplan con las bases y condiciones reputadas esenciales de los pliegos respectivos.

De toda impugnación presentada ante la autoridad responsable del llamado el reclamante lo hará saber al Tribunal de Cuentas con los fundamentos de su reclamación. La reclamación tendrá efecto suspensivo, salvo en los casos en que la administración actuante, por expresa resolución declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. El procedimiento de la reclamación se sustanciará y resolverá conforme a las normas constitucionales o leyes especiales que regulen la materia.

Resuelta la reclamación se apreciarán las responsabilidades de los órganos o funcionarios y la del propio reclamante. Si éste hubiese actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento se tomará nota para considerar la aplicación de sanciones de apercibimiento, suspensión o eliminación del Regis-

tro de Proveedores del Estado, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieren corresponder por reparación del daño que la impugnación hubiese causado a la Administración.”

3. Con anterioridad al decreto N° 104/968 mencionado no existía un régimen especial para los recursos administrativos contra los actos dictados en el marco de un procedimiento de contratación administrativa, por lo que se aplicaba enteramente el régimen general.

III

1. El artículo 62 del TOCAF establece:

“Los actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos correspondientes en las condiciones y términos preceptuados por las normas constitucionales y legales que regulan la materia.

El plazo para recurrir se computará a partir del día siguiente a la notificación o publicación.

El interesado remitirá copia del escrito o impugnaciones presentadas al Tribunal de Cuentas, disponiendo de un plazo de cuarenta y ocho horas a tales efectos.

Los recursos tendrán efecto suspensivo, salvo que la Administración actuante, por resolución fundada, declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios.

Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los órganos o funcionarios responsables y del propio recurrente. Si éste hubiere actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento, se le aplicarán sanciones de suspensión o eliminación del Registro de Proveedores y Contratistas del Estado, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración.”

2. El primer inciso remite al régimen general. Podría no decir nada al respecto y la solución sería la misma, pues es el régimen de principio.

El segundo inciso en nada innova con respecto a lo dispuesto en el régimen general. Es cierto que, a diferencia del artículo 317 de la Constitución, no incluye la expresión “si correspondiere” luego de la mención a la notificación personal, como no lo hace tampoco el artículo 4 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987. Pero ello es irrelevante puesto que,

como toda interpretación de una norma jurídica infravalente, debe efectuarse **desde la Constitución**¹, aunque la ley no lo diga se debe efectuar la notificación personal o la publicación en el Diario Oficial, según corresponda.

3. Las particularidades aparecen en los incisos tercero, cuarto y quinto.

De todas maneras, debe decirse que el primer inciso no es inútil pues fija el ámbito de aplicación de todo el artículo con lo que incluye, obviamente, los incisos tercero, cuarto y quinto. Ese régimen particular rige para los recursos contra los **actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación**.

IV

1. El texto indicado de ese primer inciso del artículo 62 nos obliga a efectuar dos precisiones: a) a qué tipo de contrataciones refiere; y b) a qué tipo de procedimientos refiere.

2. La norma dice simplemente *contratación*, sin referir a algún tipo de contratación particular.

No obstante, corresponde advertir que como ese artículo 62 se encuentra en la Sección 2 del TOCAF cuyo *nomen juris* es “**De los Contratos del Estado**”, cabe concluir que comprende todo contrato celebrado por el Estado, tomando este último término en el sentido de Estado aparato en su más amplia acepción.

Considero que nuestro Derecho Positivo reconoce la sustantividad del contrato administrativo y adopta como elemento distintivo el subjetivo: contrato administrativo es aquél en que por lo menos una de las partes es el Estado.² El artículo 62 del TOCAF se aplica, pues, en todo contrato administrativo entendido en la forma indicada.

3. La otra precisión que corresponde es respecto al otro término que figura en el artículo en análisis: *procedimientos*.

El artículo alude a los actos administrativos dictados en los *procedimientos de contratación*, es decir en los procedimientos tendientes a la celebración de un contrato administrativo.

No especifica ningún procedimiento especial; por tanto, comprende a todos, ninguno queda excluido.

El artículo 33 del TOCAF menciona una serie de procedimientos de contratación administrativa pero no son los únicos; existen otros previstos por dispo-

1. BIDART CAMPOS, G.J., Teoría general de los derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 386 y ss.; RISSO FERRAND, M., Derecho Constitucional, F.C.U., Montevideo, 2005, t. I, p. 235.
2. DURÁN MARTÍNEZ, A., Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, Montevideo, 1999, p. 277.

siciones especiales. Todos ellos están comprendidos en la expresión *procedimiento de contratación* del artículo 62, ya que por su generalidad no admite excepción alguna.

Incluso debe admitirse que en esta expresión está incluida la contratación directa. En efecto, en la contratación directa la Administración procede a seleccionar al cocontratante sin un procedimiento competitivo, pero eso no quiere decir que no siga ningún procedimiento. La Administración en este caso sigue un determinado procedimiento administrativo para elegir a su contraparte y para formar su voluntad orgánica y este procedimiento, como es un procedimiento de contratación administrativa, queda también comprendido en el régimen del artículo 62 del TOCAF.

4. Conforme a lo expresado, este artículo 62 se aplica en todo procedimiento de contratación administrativa. Con lo cual quedan excluidos aquellos actos dictados en procedimientos que no son finalizados a la celebración de un contrato aunque se encuentren en el ámbito de la contratación administrativa, por ejemplo, un acto que impone una sanción por un incumplimiento contractual.

5. Como se percibe, este artículo es de una amplitud mucho mayor que el artículo 49 del Proyecto de Ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968. En efecto, aquel artículo 49 refería únicamente a la impugnación del llamado a licitación y a la del acto de adjudicación, mientras que el texto vigente comprende todos los recursos contra cualquier acto dictado en los procedimientos de contratación administrativa.

6. Este artículo 62 es una norma de excepción, por lo que es de interpretación estricta. Todo lo que no está expresamente en él comprendido queda excluido y por ende regido por el régimen general.

V

1. El tercer inciso del artículo 62 impone determinadas formalidades que deben ser observadas.

No se trata de formalidades concomitantes sino posteriores a la presentación de los escritos. En efecto, la ley asigna un plazo para su cumplimiento. Aunque nada impide un cumplimiento simultáneo.

2. Con relación a este punto, cabe precisar: a) quién debe cumplir esas formalidades; b) en qué consisten; c) dónde se cumplen; d) cuál es el plazo para su cumplimiento; e) el sentido de esas formalidades; f) la consecuencia de la omisión de esas formalidades.

3. La ley obliga al *interesado*.

Tratándose de un artículo que refiere a los recursos administrativos, no cabe duda de que la expresión *interesado* comprende al recurrente.

Como la norma no alude al recurrente sino al interesado, cabe concluir que están comprendidos en ella -además de los recurrentes- todos los interesados aunque no sean recurrentes. Así, por ejemplo, el tercero beneficiado por el acto impugnado que puede verse afectado por el acto que resuelve los recursos es un interesado no recurrente comprendido en el tercer inciso de este artículo 62. También a este interesado alcanza esta obligación.

Como se percibe, la solución vigente se aparta de la de su antecedente que refería al reclamante.

4. Las formalidades aquí previstas consisten en la remisión al Tribunal de Cuentas de copia del escrito o impugnaciones presentados.

Obviamente no se remiten los originales, pues los mismos deben permanecer en la repartición donde se instruye el recurso.

Como la ley no exige ninguna especificación respecto a la copia, la oficina receptora no puede añadir ninguna exigencia no prevista en el ley. No puede así exigir copia autenticada, ni siquiera firmada. Basta una copia simple.

Por supuesto que esa copia debe ser fiel, extremo que en su momento el Tribunal de Cuentas tendrá oportunidad de verificar y, si no lo es, será un elemento más a tener en cuenta al juzgar las responsabilidades del caso.

La presentación de esas copias no tienen ninguna formalidad especial. Puede hacerse por cualquier medio idóneo que acredite su recepción.

Las copias remitidas son de los escritos o impugnaciones presentados. Comprende así los recursos, la fundamentación posterior si la hubiere, los escritos de prueba presentados en el marco del procedimiento recursivo o evacuaciones de vistas o escritos presentados por los terceros interesados en el mantenimiento del acto. La expresión *escrito* que emplea la ley es de una acepción tan amplia que no admite exclusiones.

5. Como se ha dicho, las copias referidas precedentemente se presentan en el Tribunal de Cuentas de la República.

Las debe presentar el propio interesado. "El interesado remitirá copia", dice la ley. No corresponde por tanto que se presenten ante el órgano que dictó el acto impugnado y solicitar que este efectúe tal remisión al Tribunal de Cuentas.

6. La ley fija un plazo para la remisión de las copias: cuarenta y ocho horas.

No aclara desde cuándo se cuentan esas cuarenta y ocho horas, ni cómo se cuentan.

El artículo 134 del TOCAF regula de una manera general la forma de cómputo de los plazos fijados en

ese cuerpo normativo. Dicho artículo dice: "Los términos fijados en esta ley se computarán en días hábiles y no se computará el día de la notificación, citación o emplazamiento."

Este artículo no es directamente aplicable al caso porque refiere a plazos fijados en días, mientras que el ahora en estudio es fijado en horas y además toma en cuenta, a los efectos del inicio del cómputo, la notificación, citación o emplazamiento, extremos que no están contemplados en el artículo 62 en estudio.

El decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que puede ser de aplicación en los procedimientos especiales como lo es el presente, por su artículo 112 establece:

"Los plazos se contarán siempre a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate."

Como se advierte, la norma refiere genéricamente a los plazos, sin especificar si son fijados en horas, días, meses o años. Por tanto, desde ese punto de vista cabe concluir que este artículo puede ser de aplicación para el plazo del artículo 62 del TOCAF.

Hago notar empero que, a los efectos del inicio del cómputo, este artículo alude a la notificación o publicación del acto, procediendo de manera análogo al artículo 134 del TOCAF.

Hago notar también que algo análogo ocurre en el artículo 93 del Código General del Proceso, que dice:

"**Artículo 93. Comienzo de los plazos.** Los plazos establecidos para las partes comenzarán a correr, para cada una de ellas, el día hábil siguiente al de la respectiva notificación, salvo que por disposición de la ley o por la naturaleza de la actividad a cumplirse, tengan el carácter de comunes, en cuyo caso comenzarán a correr el día hábil siguiente al de la última notificación."

Como se percibe, en todas estas normas el hecho que se toma en cuenta a los efectos del inicio del cómputo de un plazo es la notificación, citación, emplazamiento o publicación. Es decir, algo que puede ser de conocimiento de la persona obligada a hacer algo dentro de ese plazo.

En el caso del artículo 62 del TOCAF no se toman en cuenta esos hechos porque no existen. Por eso el momento que se toma en cuenta para el inicio del cómputo es la presentación del escrito, hecho que por cierto conoce muy bien el interesado ya que de él depende y él efectúa la presentación.

Procede entonces, a mi juicio, la aplicación de la solución del artículo 112 del decreto N° 500/991. Hago notar, por otra parte, que tanto en este artículo como en el 134 del TOCAF, como en el 93 del C.G.P., no se cuenta el día en que se produce el hecho tomado como referencia a los efectos del inicio del cómputo del plazo. La diferencia radica en que

en el TOCAF y en el C.G.P. se alude a días hábiles, cosa que no ocurre en el artículo 112 del decreto N° 500/991 que dice simplemente "*a partir del día siguiente.*"

Estas cuarenta y ocho horas del artículo 62 del TOCAF se computan, a mi juicio, a partir de la hora cero del día siguiente al que se produjo la presentación del escrito.

El artículo 113 del decreto N° 500/991 regula la forma de cómputo de los plazos fijados en días, en meses y en años. No refiere a los plazos fijados en horas, por lo que no es aplicable al artículo 62 del TOCAF el sistema de cómputo previsto en el artículo 113 del decreto N° 500/991.

Al no establecerse nada al respecto en nuestro derecho positivo, cabe concluir que las horas fijadas en el artículo 62 del TOCAF se cuentan en horas naturales.

Corresponde, sí, la aplicación del artículo 114 del decreto N° 500/991 que establece:

"Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de la oficina del día respectivo. Los términos o plazos administrativos que vencieren en día feriado se extenderán hasta el día hábil inmediato siguiente."

Esta disposición se debe coordinar con el inciso segundo del artículo 113 del mismo decreto que dice: "Los días son hábiles o inhábiles según funcionen o no, en ellos, las oficinas de la Administración Pública, son horas hábiles las correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de las respectivas oficinas de la administración Pública."

Conforme a estas disposiciones, las cuarenta y ocho horas previstas en el artículo 62 del TOCAF se computan naturales a partir de la hora cero del día siguiente al de la presentación del escrito, vencen a la hora del cierre de atención al público de la oficina donde se deben entregar las copias, es decir, del Tribunal de Cuentas, y si vencen en día feriado el vencimiento se traslada hasta el día hábil inmediatamente siguiente hasta la hora de cierre de atención al público del Tribunal de Cuentas.

7. La finalidad de la remisión de las copias de los escritos indicados al Tribunal de Cuentas es a los efectos de facilitar al Tribunal el ejercicio de su actividad de contralor sobre la contratación administrativa.

En los hechos no se avanza mucho con esto, porque no se puede efectuar un estudio serio del caso solamente con las copias remitidas; es preciso la totalidad del expediente. Pero la totalidad del expediente no se remite pues sigue su curso en su oficina de origen. Y aunque se remitiera copia de las actuaciones seguidas hasta ese momento, también el estudio sería incompleto porque no comprendería las actuaciones posteriores. El Tribunal solo tendrá todos los elementos cuando culmine el procedimiento.

De todas maneras, es importante porque alerta al Tribunal de Cuentas acerca de la existencia de un procedimiento de contratación cuestionado y posibilita un control más minucioso. Es importante, además, porque pone al Tribunal de Cuentas en actitud vigilante acerca del cumplimiento en forma del efecto suspensivo de los recursos.

8. Finalmente, cabe señalar que la ley no establece las consecuencias de la omisión de la remisión de estas copias o de su remisión tardía.

Al no decirse nada en la ley, estimo que el Tribunal no puede rechazar una copia remitida tardíamente y que su remisión tardía o su no remisión no afecta para nada al obligado de cumplir con tal trámite.

Por cierto que al interesado le conviene remitir en tiempo y forma al Tribunal de Cuentas las copias de sus escritos pues de esa manera, al facilitar el control del Tribunal, la actuación de este puede servir a sus intereses. Si no remite las aludidas copias, el Tribunal de Cuentas puede no enterarse a tiempo del problema o puede no facilitar su actividad de contralor, pero ello no incide en la tramitación del recurso o en la eventual acción de nulidad posterior. Dicho de otra manera, la omisión de remitir esas copias, o el hacerlo tardíamente, configura un tipo de omisión que no afecta la regularidad del procedimiento, por lo que no tiene por esa sola razón consecuencias negativas para el omiso.

VI

1. El cuarto inciso del artículo 62 impone el efecto suspensivo de los recursos y habilita a la Administración a su levantamiento. Es decir, la solución legal en nuestro tema es la inversa a la del régimen general.

2. Analizaré: a) el alcance del efecto suspensivo; b) cuándo comienza; c) hasta cuándo dura ese efecto suspensivo; d) quién lo puede levantar; e) los requisitos para levantar el efecto suspensivo.

3. CASSINELLI MUÑOZ, al estudiar la suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco de la ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987, advirtió que la ley en sus artículos 2 y 3 emplea una terminología diferente. Hace notar que mientras que en el artículo 2 la ley refiere a la suspensión de la ejecución del acto, en el artículo 3 alude a la suspensión del acto. Sostuvo que esa referencia a la suspensión del acto contenida en el artículo 3 debe entenderse como una abreviatura, una extensión del lenguaje que se remite a la suspensión de la ejecución

prevista en el artículo 2 de dicha ley. Concluye así que la suspensión prevista en esta ley es la ejecución del acto y no la de los efectos del acto.³

El artículo 150 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, regula la suspensión en el marco del procedimiento recursivo. La terminología empleada al respecto es la misma que la de la ley. En efecto, en su primer inciso se habla de suspensión de la ejecución del acto mientras que en el segundo se habla de suspensión de los actos. Por tanto, de compartirse la opinión de CASSINELLI MUÑOZ con relación a la ley N° 15.869, se debe seguir la misma tesitura en la interpretación del artículo 150 del decreto N° 500/991.

4. CAJARVILLE PELUFFO sostuvo una posición distinta. Entendió que la suspensión puede recaer tanto sobre la ejecución del acto como sobre los efectos del acto.⁴

5. Es obvio que el acto administrativo, una vez dictado, no se puede suspender; lo que se puede suspender son sus efectos. Dado la amplitud de los términos empleados en el artículo 3 de la ley N° 15.869 y del artículo 150 del decreto N° 500/991 citado, y teniendo en cuenta además que el tercer inciso de este artículo habilita a disponer medidas cautelares en forma amplia, considero que resulta admisible por esta vía tanto la suspensión de la ejecución del acto como la de los efectos del acto aun cuando estos se produzcan sin necesidad de acto de ejecución alguno. Me inclino así más por la posición de CAJARVILLE PELUFFO que por la de CASSINELLI MUÑOZ.

En el caso concreto del artículo 62 del TOCAF esta solución que adopto, siguiendo a CAJARVILLE PELUFFO, parece especialmente de recibo, ya que la norma habla genéricamente de "efecto suspensivo". Su amplitud es tal que admite que comprenda todos los efectos del acto administrativo, y no se limita exclusivamente a la ejecución. No existe, por otra parte, esa dualidad de terminología empleada en la ley N° 15.869 y el artículo 150 del decreto N° 500/991.

El efecto suspensivo en el ámbito de la contratación administrativa hace que no solo no sea posible la ejecución del contrato o su celebración, en su caso, sino que también suspende todo efecto derivado del acto administrativo en cuestión. No debe olvidarse que este artículo 62 se aplica a recursos contra cualquier acto del procedimiento de contratación y no únicamente respecto del que pone fin al procedimiento.

6. La ley no dice expresamente cuándo comienza el efecto suspensivo del recurso.

3. CASSINELLI MUÑOZ, H., Efectos de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, en *Tercer Coloquio, Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Editorial Universidad, Montevideo, pp. 7 y ss.

Cuando los recursos no tienen efecto suspensivo, es obvio que si los mismos no impiden la ejecución del acto ésta puede efectuarse aun antes del vencimiento del plazo para recurrir.

Esta conclusión se deriva de la *ejecutividad*, una de las características del acto administrativo.

Al respecto, con gran claridad decía SAYAGUES LASO: "En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta peculiar característica del acto administrativo se denomina *ejecutividad*".⁵

En principio, pues, los recursos no afectan la *ejecutividad* del acto. Este debe ejecutarse, salvo que la suspensión de su ejecución sea expresamente dispuesta conforme a lo establecido en el artículo 150 del Decreto N° 500/991 citado, y dándose cumplimiento a las exigencias allí previstas.⁶

La solución varía cuando la ley impone el efecto suspensivo de los recursos. En estos casos, los recursos afectan la *ejecutividad* del acto, por lo que no pueden ejecutarse.⁷ En consecuencia, cabe sostener que la Administración no puede ejecutar el acto mientras esté pendiente el plazo para recurrir. Sostener lo contrario equivaldría a convertir en letra muerta la disposición que impone el efecto suspensivo de los recursos, porque bastaría que la Administración se adelantara al recurrente y ejecutara el acto de inmediato para que ese efecto suspensivo no se produjera.

Los actos administrativos respecto de los cuales la ley atribuyó efecto suspensivo a los recursos carecen de la nota de *ejecutividad*. O, mejor dicho, ella aparece recién cuando el acto adquiere firmeza o si el efecto suspensivo es expresamente levantado cuando ello es posible.⁸

De manera que, en los casos en que la ley dispone el efecto suspensivo de los recursos, el acto impugnado no puede en principio ejecutarse mientras esté pendiente el plazo para recurrir. O sea, en el caso de los actos administrativos comprendidos en el ar-

tículo 62 del TOCAF, nacen con efectos suspendidos. Por cierto que la Administración puede levantar ese efecto suspensivo del modo que más adelante se indicará.

7. Cabe preguntarse ahora acerca de hasta cuándo dura el efecto suspensivo previsto en el inciso 4 del artículo del artículo 62 del TOCAF.

Para la interpretación de este inciso partiré de la regla establecida en el artículo 17 del Código Civil.

"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción."

En esa misma línea, LARENZ decía que la interpretación es problemática.

"El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra."⁹

Por eso, "toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal."¹⁰

Pero luego el filósofo del derecho citado indica:

"El sentido literal, a extraer del uso del lenguaje, constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de la interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal, ya no es compatible con él aun en la 'más amplia' de las interpretaciones, no puede valer como contenido de la ley. El sentido literal no es, por regla general, evidente, sino que deja margen para numerosas variantes de interpretación."¹¹

4. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo. Concepto, objeto y eficacia temporal de la suspensión jurisdiccional, en *V.V.A.A., Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Universidad Católica del Uruguay/ Amalio M. Fernández, Montevideo, 2000, pp. 64 y ss.

5. SAYAGUÉS LASO, E., Tratado de Derecho Administrativo, séptima edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS, F.C.U., Montevideo, 1998, t. I, p. 407.

6. DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento de la vía administrativa. Un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 163 y ss.

7. En los casos en que la ley impone el efecto suspensivo de los recursos, a veces faculta a la Administración a levantarlo dando cumplimiento a determinadas exigencias (art. 62 del TOCAF), pero en otros no (art. 27 del decreto-ley N° 14.335, de 23 de diciembre de 1974). En estos últimos casos, en consecuencia, la Administración no puede disponer el levantamiento del efecto suspensivo (DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento..., en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público...*, vol. I., pp. 163 y ss.).

8. DURÁN MARTÍNEZ, A., Casos de Derecho Administrativo, Ingranusi Ltda./Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 1999, vol. I, p. 72; DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento..., en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público...*, vol. I, pp. 164 y ss.

9. LARENZ, K., Metodología de la ciencia del Derecho. Ariel Derecho, Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994, p. 308.

10. LARENZ, K., ob. cit., p. 316.

11. LARENZ, K., ob. cit., p. 341.

Por tal razón más adelante dice:

“La conexión de significado de las leyes es indispensable en cuanto ‘contexto’ para comprender el significado específico de un término o de una frase precisamente en este contexto textual.”¹²

Por último, destaco el siguiente pensamiento del autor que acabo de citar:

“Siempre que el posible sentido literal y la conexión de significado de la ley dejen margen a diferentes interpretaciones, se ha de preferir aquella interpretación que mejor se ajuste a la *intención reguladora* del legislador y al *fin* de la norma respectiva (interpretación histórico-teleológica). La intención reguladora y los fines del legislador pueden averiguarse en base a la situación histórica, al motivo de la regulación, a las declaraciones de intención del legislador, así como en base al contenido mismo de la regulación en cuanto ésta esté claramente orientada a un fin. En la interpretación de la ley, el juez está vinculado, por principio, a los fines de la ley y a las decisiones de valor del legislador a ellas subyacentes.”¹³

La interpretación literal del cuarto inciso de este artículo 62 del TOCAF que se está analizando lleva a sostener que el efecto suspensivo dura hasta que la Administración lo levante por resolución fundada, y ello en los casos en que dicha suspensión afecte inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. O sea que ese efecto suspensivo continúa hasta que la Administración expresamente lo levante por las razones indicadas.

Por cierto que esa interpretación es absurda. No es razonable que esa sea la única vía para levantar el efecto suspensivo. No es posible sostener entonces, por ejemplo, que si la ejecución del acto está suspendida y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechaza la demanda continúa la suspensión porque la Administración no la levantó.

Por eso DELPIAZZO efectuó una interpretación del artículo 62 del TOCAF que trasciende su tenor literal. En tal sentido, con relación a estos actos administrativos expresó: “en caso de ser impugnados, deben ser suspendidos en su ejecución hasta tanto ocurra una de dos cosas: o se resuelva el recurso o se levante el efecto suspensivo de la impugnación mediante el dictado de un acto fundado, el cual debe estar apoyado en la circunstancia real de afectar inaplazables necesidades del servicio o causar perjuicios.”¹⁴

O sea, a su juicio, no hay una sola vía para levantar el efecto suspensivo del recurso como parece desprenderse del tenor literal del texto, sino dos: a) el levantamiento expreso del efecto suspensivo; y b) la resolución de los recursos.

A mi juicio DELPIAZZO captó bien el problema, pero no coincidió exactamente con su interpretación. Comparto que son dos las vías para dejar sin efecto la suspensión de la ejecución del acto. Una de ellas es efectivamente la que dice el propio artículo 62, pero la otra a mi juicio no es la resolución de los recursos, aunque por cierto conjuntamente con esa resolución se puede disponer el levantamiento del efecto suspensivo.

Pienso que para encarar este tema hay que tener en cuenta el fundamento del efecto suspensivo de la interposición de los recursos en el artículo 62 del TOCAF y el sentido que tienen los recursos administrativos en nuestro sistema constitucional.

No hace mucho expresé:

“Como se recordará la Constitución de 1934 previó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pero no lo creó directamente sino que cometió su creación a la ley.

Como esa ley no se dictó, el tema fue de preocupación especial en el momento de la gestación de la Constitución de 1952, cuyo texto como se sabe surgió de un acuerdo entre el Partido Nacional y el Partido Colorado.

En una disertación sobre este mismo tema hace unos meses en la sede del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Profesor Gonzalo AGUIRRE RAMÍREZ recordó que el Partido Nacional pugnó por la creación del Tribunal por el propio texto constitucional; en cambio el Partido Colorado prefería la solución que venía de la Constitución de 1934, es decir dejar librado a la ley la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El diferendo se solucionó de común acuerdo. El Tribunal se creaba de inmediato como pretendía el Partido Nacional, pero se inventó el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad como una manera de demorar el acceso a la vía jurisdiccional.

Esa solución que proviene de la Constitución de 1952 es en esencia lo que ahora está vigente.”¹⁵

Conforme a nuestra realidad, en nuestro país los recursos administrativos jamás pueden ser considerados una garantía del hombre como ocurre en otros

12. LARENZ, K., ob. cit., p. 342.

13. LARENZ, K., ob. cit., p. 342.

14. DELPIAZZO, C.E., *Contratación administrativa* - Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, pp. 199 y ss.

15. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Recursos administrativos. Modificaciones dispuestas por la ley N° 17.292*, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público...*, vol. I, p. 193.

países, sin perjuicio de que bien entendidos puedan servir para la defensa de los derechos o intereses de los afectados por el acto impugnado o como un instrumento de control interno.

Por eso, con acierto CAJARVILLE PELUFFO expresó: “así regulados y entendidos los recursos no son ciertamente una ‘garantía’ para el lesionado; son un desmedido privilegio de la Administración.”¹⁶ Es que así solo sirve para dilatar el acceso a la verdadera garantía que es la jurisprudencial.¹⁷

En definitiva, nuestros recursos administrativos sirven para agotar la vía administrativa y esta sirve para poder presentar la acción de nulidad.

Está claro que la vía recursiva se cumple mediante un procedimiento administrativo y culmina con un acto administrativo (expreso o ficto), y que la vía jurisdiccional se cumple mediante un procedimiento jurisdiccional y culmina con un acto jurisdiccional.

Pero, por lo visto, es clara también la conexión que existe entre el agotamiento de la vía administrativa y la acción de nulidad.

Agotada la vía administrativa el acto pasa a ser definitivo, como decía GIORGI¹⁸ y posteriormente lo estableció el artículo 24 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, por lo que puede deducirse la acción de nulidad (art. 309 y 319 de la Constitución).

La definitividad no puede confundirse con la firmeza.

CASSINELLI MUÑOZ ha indicado “que un acto es firme respecto a una persona, cuando ésta no tiene derecho a que se decida sobre ninguna impugnación suya del acto, actual o futura, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. La firmeza no es otra cosa que la ausencia de un derecho de decisión.”¹⁹

Personalmente he opinado “que más que la ausencia de un derecho a la decisión, es la ausencia de un derecho a la revocación del acto. En efecto, si el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo (conforme al artículo 8 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987), solicita la revocación, la Administración tiene la obligación de decidir, pero esa decisión puede no implicar la revocación del acto.”²⁰

La firmeza se adquiere: “a) si no se recurre en tiempo contra un acto originario; b) si no se acciona

en tiempo contra un acto definitivo; c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso-administrativa que confirma el acto impugnado.”²¹

De lo expuesto se desprende que ante un acto definitivo es posible presentar la acción de nulidad. No es posible, en cambio, presentar la acción de nulidad contra un acto administrativo firme.

DELPIAZZO explicó con todo acierto el fundamento del efecto suspensivo de los recursos administrativos impuesto por el artículo 62 del TOCAF.

“Lo que el legislador ha querido es, -dijo- en el caso concreto de la adjudicación, que no se perfeccione el contrato y se comience a efectuar el suministro, la obra o el objeto licitado hasta tanto no se resuelva una impugnación que puede derivar en la impertinencia de ese contrato.”²²

En consecuencia, siendo ese el fundamento no es lógico sostener que el efecto suspensivo se levante con la resolución de los recursos, pues en ese momento el acto adquiere definitividad y puede ser impugnado mediante la acción de nulidad.

De esa manera, si el contrato se celebra y se ejecuta y luego la sentencia del T.C.A. anula el acto de adjudicación, se contradice el fundamento de la solución legal previsto en el cuarto inciso del artículo 62 del TOCAF.

La única forma de respetar el fundamento de la norma es sostener que el efecto suspensivo se levanta cuando el acto adquiere firmeza.

Por tanto, estimo que el efecto suspensivo de los recursos previstos en el artículo 62 se levanta de dos maneras: a) cuando la Administración lo levanta expresamente cumpliendo las exigencias legales; o b) cuando el acto impugnado adquiere firmeza administrativa.

8. Con relación al órgano que puede levantar el efecto suspensivo, la ley asigna competencia a “la Administración actuante”.

Esa referencia a la Administración actuante es tan amplia que a mi juicio comprende a cualquier órgano de la Administración que deba resolver cualquiera de los recursos interpuestos. O sea, el levantamiento del efecto suspensivo puede ser dispuesto por el órgano con competencia para resolver el recurso de revocación o por el que deba resolver el recurso je-

16. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U., Montevideo, 1987, p. 8.

17. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos ..., 1987, p. 102, llamada 40.

18. GIORGI, H., 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, pp. 161 y 162.

19. CASSINELLI MUÑOZ, H., Recurso erróneo contra acto administrativo firme, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 1957, t. 55, p. 36.

20. DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación del acto administrativo, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*, Montevideo, 1999, p. 207.

21. CASSINELLI MUÑOZ, H., Recurso erróneo ..., loc. cit., p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, A., Cosa juzgada administrativa, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Administrativo - Parte general...*, p. 349.

22. DELPIAZZO, C.E., Contratación ..., p. 200.

rárquico o, en su caso, por el Poder Ejecutivo en oportunidad de considerar el recurso de anulación.

9. Para el levantamiento del efecto suspensivo la ley exige un requisito de fondo y otro de forma.

El de fondo es que la suspensión afecte inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. El de forma es que se motive adecuadamente.²³ Por supuesto que la motivación es de principio,²⁴ pero aquí la ley la exige expresamente.

El requisito de fondo constituye una situación de hecho que debe apreciar la Administración. Pero esa apreciación en definitiva se encuentra sujeta a control jurisdiccional. De ahí la importancia de que el acto en cuestión esté adecuadamente motivado.

VII

1. El inciso final del artículo 62 es extraído en forma prácticamente textual del último inciso del artículo 49 del Proyecto de Ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968. Las diferencias existentes son meramente terminológicas y no alteran en absoluto la esencia.

2. Esta norma refiere a la apreciación de las responsabilidades de todos los que han intervenido en el procedimiento de contratación. Impone pues, expresamente, que la Administración evalúe las responsabilidades del caso.

3. Esa evaluación de responsabilidad se efectúa tanto respecto de los que actúan por el sector público como respecto de los que actúan por el sector privado. En efecto, alude por un lado a órganos o funcionarios y por otro lado al recurrente.

4. El giro empleado por la ley al referirse a la apreciación de las responsabilidades de los órganos y de los funcionarios es poco técnico pero ilustra acerca de la amplitud del alcance del control. La Administración debe evaluar la responsabilidad de todos los funcionarios intervinientes, incluso la de los titulares de los órganos.

5. En cambio, el sujeto pasivo del control en lo que respecta al sector privado es mucho más restringido: está limitado al recurrente.

Ya se había visto que los obligados a remitir copias de los escritos al Tribunal de Cuentas eran los interesados, término amplio que comprendía al recurrente pero no excluía a otros. Ahora, en cuanto a la responsabilidad, la ley refiere exclusivamente al recurrente.

Esto es lógico, porque mientras que al Tribunal de Cuentas le sirve la óptica de todos los interesados en un procedimiento donde haya una impugnación, a los efectos de las responsabilidades interesa la conducta del recurrente que es el impugnante, y no la del tercero beneficiado por el acto recurrido porque este en definitiva es el impugnado.

Es cierto que ese tercero pudo haber comprometido su responsabilidad en el procedimiento principal cuando obtuvo la adjudicación. En ese caso, se aplicarán las normas generales pero no el régimen del artículo 62 que es de excepción y por ende de interpretación estricta.

6. La causa generadora de la responsabilidad a los efectos de este artículo es distinta según se trate de los funcionarios, incluidos los titulares de los órganos, o según se trate del recurrente.

En el primer caso ella es de máxima amplitud: comprende cualquier conducta que haya provocado una irregularidad y cualquiera sea el grado de culpabilidad. En el caso del recurrente, la responsabilidad se compromete únicamente en caso de haber actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamentos.

7. El control respecto de los funcionarios lo efectúa la Administración. Lo puede hacer al resolver el respectivo recurso, pero siempre en el ámbito de la competencia del órgano actuante.

En el caso de los recursos de revocación y jerárquico, la Administración aplicará los poderes inherentes a la jerarquía si los tiene, y en el grado en que los tenga. En el caso del recurso de anulación, el Poder Ejecutivo podrá poner en marcha los mecanismos de los artículos 197 y 198 de la Constitución.

En este último caso, este control versará sobre los titulares del órgano jerarca del Servicio Descentralizado correspondiente puesto que la responsabilidad de los funcionarios del ente se debe hacer efectiva por medio de su jerarca.

8. La sanción que debe recaer en caso de los funcionarios dependerá de la gravedad de la falta y se hará efectiva previo cumplimiento de las reglas del debido procedimiento.

9. Con relación al recurrente, también se debe dar pleno cumplimiento a las reglas del debido procedimiento. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los funcionarios, la ley solo prevé dos sanciones posibles por acto administrativo: la suspensión o eliminación del Registro de Proveedores y Contratistas del Estado. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que se debe hacer efectiva por acto jurisdiccional.

23. DURÁN MARTÍNEZ, A., Casos ..., vol. I, p. 72.

24. DURÁN MARTÍNEZ, A., La obligación de motivar: un principio de derecho administrativo, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General* ..., pp. 65 y ss.

El Registro de Proveedores del Estado, conforme al artículo 65 del TOCAF, es llevado por el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que los demás organismos autónomos puedan llevar sus propios registros. Esta expresión, *organismos autónomos*, comprende tanto a los entes descentralizados como a los Gobiernos Departamentales.²⁵

La sanción a que alude el artículo 62 del TOCAF refiere al Registro de Proveedores del Estado. Comprende así al que lleva el Poder Ejecutivo como sus similares llevados por los órganos dotados de autonomía.

Siendo varios los Registros de Proveedores y siendo varios los órganos con potestad de sancionar, corresponde señalar que esta medida se puede disponer únicamente respecto del registro que depende del órgano sancionador.

El TOCAF también menciona otros registros. Por ejemplo, el artículo 66 alude al Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, llevado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.²⁶ Como este registro no está mencionado en el artículo 62 no corresponde la suspensión o eliminación del registro por esta vía. Eso no impide por cierto que ello pueda ocurrir conforme a otras disposiciones.

En estos casos, cabe plantear la duda acerca de cuál es el órgano competente para disponer esta sanción.

En caso de los recursos de revocación y jerárquico, considero que el órgano competente es el que debe resolver el único o el último recurso interpuesto, ya que por ser el jerarca máximo es el que puede disponer la suspensión o eliminación de la inscripción de un registro llevado dentro de su sistema orgánico.

En el caso del recurso de anulación, el Poder Ejecutivo puede disponer una suspensión o eliminación con relación al Registro de Proveedores del Estado de su dependencia; pero no puede, al menos directamente, disponer esta sanción con relación a los Registros que puedan llevar los Servicios Descentralizados. Con relación a estos, el Poder Ejecutivo podría emitir un acto de directiva al Directorio de ese Servicio Descentralizado para que este aplique esa medida. En caso de que esta directiva fuera desatendida podría, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 197 de la Constitución y siguiendo estrictamente su secuencia, disponer la suspensión o eliminación del Registro llevado por el Servicio Descentralizado.

VIII

1. El artículo 186 de la ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005, agregó un literal S al numeral 3) del artículo 33 del TOCAF que invierte el principio sentado en el artículo 62 precedentemente analizado en lo relativo al efecto suspensivo.

Ese literal S dice:

“S) La contratación de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL), destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en régimen de libre competencia.

Las impugnaciones o recursos que en tales casos se interpusieran, en cualquier etapa del procedimiento, no tendrán efecto suspensivo, salvo que así lo resuelva el jerarca de la empresa contratante.”

2. Este literal S impone una nueva excepción a la licitación pública y además, para estos procedimientos de contratación exceptuados de la licitación pública -y solo para estos-, se establece que los recursos carecen de efecto suspensivo.

Por eso es importante determinar con precisión cuáles son las impugnaciones comprendidas en esta norma.

3. De la simple lectura de este literal S se advierte que se trata de una solución particular para ANTEL. No se aplica en ningún otro órgano u organismo del Estado.

4. No obstante, cabe precisar que no se aplica a todo contrato que celebre ANTEL. La norma refiere a contrataciones de bienes y servicios destinadas a servicios que se encuentren en régimen de libre competencia.

La redacción no es del todo precisa, por lo que plantea algunas dudas.

Véase que ANTEL es una empresa estatal prestadora de servicios de telecomunicaciones. Toda su actividad está finalizada a ello. Preciado ese aspecto, cabe reconocer que hay actividades relacionadas directamente con el cometido indicado y otras que lo están solo indirectamente. Así por ejemplo, no cabe duda de que las contrataciones necesarias para construir una antena están directamente relacionadas con la prestación de sus servicios. ¿Pero qué sucede con las que se realizan para construir una cantina para los funcionarios o una guardería destinada a solucionar los problemas a sus trabajadoras madres de familia? Las contrataciones que se

25. DELPIAZZO, C.E., *Contratación ...*, p. 147.

26. Sobre el Registro de Proveedores del Estado y el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, ver DELPIAZZO, C.E., *Contratación ...*, pp. 546 y ss.; VÁZQUEZ, M.C./ VIDAL, A.M./ GOMILA, A., *El Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas*, PRONADE, Montevideo, 1993, Colección Manuales burocráticos N° 18.

vinculan solo indirectamente con la prestación de los servicios de ANTEL, ¿están comprendidos en la norma de excepción? El punto es dudoso, pero parecería que no ha sido intención del legislador incluir este tipo de contratos en la norma de excepción. Creo que el legislador pensó en contrataciones afectadas directamente a la prestación del servicio.

Fundamento mi posición en que, aun en estos casos, no todos los contratos destinados a la prestación de los servicios están comprendidos en el régimen de excepción: solo lo están aquellos relacionados con los servicios prestados en régimen de libre competencia.

5. Corresponde ahora determinar cuáles son los servicios prestados en régimen de libre competencia.

Como a mi juicio se ha extinguido el monopolio otrora existente en materia de telecomunicaciones²⁷, todos los servicios que presta ANTEL son en régimen de concurrencia. Por tanto, la nueva norma habilitaría a ANTEL a prescindir de la licitación pública y a acudir a la contratación directa en toda contratación de bienes o servicios destinada a la prestación de sus servicios.

No obstante, como en ANTEL no se ha seguido mi opinión y de hecho el ente continúa ejerciendo determinados servicios en régimen monopólico, ANTEL no podría aplicar este literal S) con relación a aquellos servicios si desea ser consecuente con su actitud. ANTEL solo podría aplicar el literal S) con relación a esos servicios que continúa prestando en régimen de monopolio si entiende que se encuentran de derecho en régimen de libre concurrencia y reconoce que continúa solo de hecho el monopolio. La ley, al introducir las expresiones “*de hecho o de derecho*”, estaría reconociendo la supresión de *jure* de los monopolios, como en su momento lo he sostenido.

Reconociendo que en los hechos ANTEL ha continuado prestando servicios en régimen de monopolio, aun en el marco de esos servicios de hecho monopolizados presta otros en régimen de libre competencia. Parecería que la finalidad de la ley es comprender también a esos servicios en el régimen de excepción. Pero el punto es dudoso, por lo que sería deseable una ley interpretativa al respecto.

6. Este literal S prevé una excepción más a la licitación pública, pero no la impone. Nada impide así que ANTEL, aunque se encuentre facultada para acudir a una contratación directa, acuda a una licitación pública.

En ese caso, no procede la excepción al régimen recursivo porque, conforme a la redacción del segundo inciso del literal S, este inciso solo se aplica cuando se acude al procedimiento de excepción. “En tales casos”, dice el segundo inciso, lo que denota que la ausencia del efecto suspensivo rige únicamente cuando se acude al procedimiento de excepción previsto en el inciso primero.

7. La ley aclara también que esa solución se aplica en todas las impugnaciones o recursos interpuestos en cualquier etapa del procedimiento, con lo que comprende todas las impugnaciones efectuadas ante cualquier acto en los procedimientos comprendidos en esta norma de excepción, y no únicamente respecto del principal.

Es en todos estos casos, pues, que los recursos tienen efecto suspensivo.

8. ROTONDO TORNARÍA y FLORES DAPKEVICIUS sostuvieron al respecto que la ley retoma en la especie la regla general del derecho positivo uruguayo sobre el efecto no suspensivo de los recursos administrativos.²⁸ Pero enseguida se verá que su régimen jurídico no coincide totalmente con el general.

9. La ley no fija los requisitos para disponer el efecto suspensivo. Estimo que corresponde aplicar las disposiciones correspondientes del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

Es cierto que el artículo 1° de este decreto, al fijar su ámbito orgánico de aplicación, se refiere a la Administración Central. Pero advierto que este decreto reúne principios generales de derecho, normas constitucionales, legales y reglamentos de ejecución de leyes, por lo que en todos estos casos sus disposiciones pueden ser de aplicación más allá de la Administración Central.

El artículo 150 precisamente configura un reglamento de ejecución de los comprendidos en el numeral 4° del artículo 168 de la Constitución, por lo que puede ser de aplicación general e incluir procedimientos seguidos ante un Servicio Descentralizado, como es el caso de ANTEL.

Una ley especial puede, con relación a ANTEL, establecer requisitos particulares para la suspensión de los efectos de los actos impugnados. Pero al no hacerlo, procede la aplicación del artículo 150 del decreto N° 500/991. Este artículo configura una norma reglamentaria de las leyes que regulan los recursos administrativos, incluida la específica aplicable a ANTEL, aunque esta última sea posterior en el tiempo al citado reglamento.

27. DURÁN MARTÍNEZ, A., Monopolios estatales y derecho de la competencia en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 101 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Competencia de ANTEL en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público ...*, p. 235.

28. ROTONDO TORNARÍA, F./FLORES DAPKEVICIUS, R., Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional, F.C.U., Montevideo, 2006, p. 34.

El artículo 150 del decreto N° 500/991, establece: “Fuera de los casos preceptivamente fijados por la ley, en los recursos administrativos interpuestos ante la Administración, ésta podrá, a petición de parte interesada o de oficio, disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte recurrente daños graves y que de la mencionada suspensión no se siga perturbación grave a los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero.

La reglamentación podrá asimismo prever la suspensión para todos o para determinada clase de actos, en las condiciones que se establezcan.

Del mismo modo, se podrá disponer toda otra medida cautelar o provisional que, garantizando la satisfacción del interés general, atienda al derecho o interés del recurrente durante el término del agotamiento de la vía administrativa, con el fin de no causarle injustos e inútiles perjuicios.”

Conforme a esta norma, el recurrente podrá solicitar, y la Administración disponer, la suspensión de la ejecución del acto impugnado siempre que: a) la ejecución del acto produzca al recurrente graves daños; b) la suspensión de la ejecución del acto no provoque perturbación grave a los intereses generales; c) la suspensión de la ejecución del acto no provoque perturbación grave a derechos fundamentales de terceros.

Para que se disponga la suspensión de la ejecución del acto en vía administrativa, planteada en el procedimiento recursivo, es preciso que se cumplan acumulativamente las tres exigencias ya mencionadas que indica el artículo 150 del decreto N° 500/991.²⁹

10. Advierto por otra parte que este literal **S** faculta a disponer el efecto suspensivo al **jerarca**. Cabe plantearse así si tal potestad la tiene también el órgano subordinado en los casos en que este haya dispuesto la contratación, y el Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación.

Este punto es dudoso. Pero hago notar que la norma no alude genéricamente a la Administración o al órgano que resuelve los recursos sino concretamente refiere al jerarca de la empresa contratante. Por tanto, conforme al texto de la ley parecería que solo este podría disponer ese efecto suspensivo. Lo podría hacer al resolver el recurso de revocación cuando fue el propio jerarca el que dictó el acto, o al resolver el recurso jerárquico cuando fue un subordinado el que lo dictó.

11. Finalmente, aclaro que este literal **S** significa

una excepción al artículo 62 del TOCAF únicamente en lo relativo al efecto suspensivo. En todo lo demás, rige plenamente el artículo 62 indicado. Vale decir, subsiste la obligación de remitir copias de los escritos al Tribunal de Cuentas así como la apreciación de las responsabilidades del caso, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 62.

IX

1. El último aspecto que deseo considerar es el de las potestades de la Administración al resolver los recursos.

2. Como se sabe, los recursos de revocación y jerárquico se pueden interponer tanto por razones de mérito como por razones de legitimidad. En cambio, el recurso de anulación solo se interpone por razones de legitimidad.

3. Cuando solo existen razones de mérito, pacíficamente se ha entendido que la revocación solo es posible si las condiciones de fondo lo permiten y no procede la *reformatio in pejus*.

Si el acto es creador de derechos, no puede ser revisado por razones de mérito. Por ser creador de derechos, el acto es estable y el recurso por razones de mérito no levanta las restricciones para su revocación.

4. Si los recursos son interpuestos por motivos de legitimidad, si el acto es efectivamente ilegítimo procede la revocación, modificación o sustitución planteada.

No solamente en este caso se levantan las restricciones a la estabilidad del acto sino que, en virtud del principio de legalidad y del carácter tutelar de los derechos e intereses de los particulares que tienen los recursos, su acogimiento constituye un acto debido. Y por poseer el acto impugnado en este caso un vicio *ab initio*, necesariamente los efectos del acto que hace lugar a los recursos se retrotraen a la fecha del acto originario.³⁰

Las potestades de la Administración indicadas se desenvuelven en el ámbito y en el sentido del recurso. Los principios enunciados en el fallo Dame CACHET del Consejo de Estado francés, de 3 de noviembre de 1922³¹, son enteramente aplicables en nuestro derecho e impiden, en principio, la llamada *reformatio in pejus*. Los aspectos no recurridos de un acto administrativo gozan de estabilidad, por lo que no pueden ser revocados ni siquiera por razones de legitimidad.

29. DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de derecho administrativo, Montevideo, 2005, vol. IV, pp. 251 y ss.

30. DURÁN MARTÍNEZ, A., Cosa juzgada administrativa, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 355; DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación del acto administrativo, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 206.

31. DURÁN MARTÍNEZ, A., Del fallo Dame Cachet al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, pp. 167 y ss.

En la línea del fallo Dame CACHET se debe citar la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación inaugurada con el caso CARMAN DE CANTÓN en el año 1936.³²

CAJARVILLE PELUFFO, contrariamente a lo que he sostenido precedentemente, admitió la *reformatio in pejus* cuando es por razones de legitimidad. Manifiestó que aun sosteniendo que la revocación por ilegitimidad es en principio discrecional para la Administración, cuando hay recurso se transforma en un acto debido.³³ El recurso levantaría así, a su juicio, las restricciones a la revocabilidad del acto.

No comparto esta afirmación. La *reformatio in pejus* supone que la Administración modifique un aspecto del acto no impugnado, por tanto se rige por los principios y normas de la revocación sin recurso y no de la revocación con recurso. La revocación con recurso hace que las potestades de la Administración se desenvuelvan en el ámbito y en el sentido del recurso; lo no recurrido se rige por los principios de la revocación sin recurso, lo que impide la *reformatio in pejus*.

Si bien el Tribunal de lo Contencioso Administrativo aún no ha recibido mi opinión, sí lo ha hecho el Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de que ha considerado ilegítima la revocación de oficio de actos administrativos firmes y estables.³⁴ También en el ámbito del Poder Judicial han aparecido sentencias en tal sentido, como la N° 13 de 12 de agosto de 2005 del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno redactada por el brillante magistrado Gabriel OHANIÁN AGOPIÁN³⁵, confirmada en segunda instancia.

5. Lo expuesto precedentemente era enteramente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa con anterioridad al TOCAF.

En efecto, el artículo 504 de la ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, ley que sustituyó al Proyecto de ley de Contabilidad y Administración Financiera puesto en vigencia por el artículo 104/968 ya citado, al referirse a las ofertas que no se ajusten a los requisitos o condiciones de admisibilidad, “serán invalidadas en el mismo acto”. Por tanto, si esto no

32. DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación ..., *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 210.

33. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos ..., 3ª edición, pp. 251 y ss. en especial llamada 67.

34. Tribunal de Cuentas de la República, el 14 de diciembre de 2005 dictó varias resoluciones todas en el mismo sentido, en las que, aunque con un error en la redacción, se desprende inequívocamente la recepción de mi opinión. En efecto, en el CONSIDERANDO 2) y en el 4.b) se remite expresamente a mis trabajos sobre el tema. El error aparece en el mencionado CONSIDERANDO 4.b) en cuanto dice, “no son posibles de revocación los actos administrativos firmes”; debió decir “firmes y estables”. Por error se omitió la expresión “y estables”, pero el sentido del querer del Tribunal es inequívoco en cuanto a la coincidencia con mi opinión.

35. 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 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. 7° 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 Cantón’ 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

ocurría la oferta resultaba admitida. Y si ese acto no era recurrido en tiempo y forma, por ser firme y estable no admitía una revisión de oficio posterior.³⁶

6. No obstante, la ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990 introdujo una importante modificación. En efecto, por el artículo 653 modificó entre otros los artículos 502 y 504 de la ley N° 15.903.

En el artículo 502 incorporó un segundo inciso con el siguiente texto: "La admisión inicial de una propuesta no será obstáculo a su rechazo si se constatare luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego."

En el artículo 504 en su tercer inciso se expresó: "Las ofertas que no se ajusten a los requisitos o condiciones esenciales de admisibilidad establecidas en los pliegos de condiciones generales o particulares serán invalidadas." Nótese que ya no dice como decía la ley anterior, "serán invalidadas en el acto." Esto es coherente con la modificación efectuada en el artículo 502 que admitía expresamente una invalidación posterior.

El TOCAF, en su versión original, es decir la adoptada por el decreto N° 95/991, de 26 de febrero de 1991, por sus artículos 54 y 56 recogió los artículos 502 y 504 de la ley N° 15.903, en la redacción dada por el artículo 653 de la ley N° 16.170.

En estos casos, por existir una expresa habilitación legal, es que he sostenido la posibilidad de la inhabilitación de una propuesta por no reunir las condiciones de admisibilidad requeridas, aun luego de haber sido admitida.³⁷

Posteriormente, el artículo 397 de la ley N° 16.226, de 29 de octubre de 1991 introdujo una nueva modificación al artículo 504 de la ley N° 15.903, modificado por el artículo 653 de la ley N° 16.170. En efecto, al referirse al acto de apertura de las ofertas ahora se dice: "En dicho acto no se podrá rechazar la presentación de ninguna propuesta sin perjuicio de su invalidación posterior ...". Esta modificación ha sido incorporada al artículo 56 del TOCAF en su versión actual.

El nuevo texto no solo impide una admisión tácita en el acto de apertura, sino que además, confirma la posibilidad de inhabilitar una propuesta ya admitida si se comprueba luego que no cumple los requisitos de admisibilidad.

En estos casos excepcionales en los que la ley expresamente admite la revocación de oficio de actos administrativos firmes y estables por razones de le-

gitimidad (artículos 54 y 56 del TOCAF), obviamente la *reformatio in pejus* debe admitirse.³⁸ Pero debe admitirse únicamente a los efectos de descartar una propuesta ilegítimamente admitida, que es lo que prevén esas normas. Estas son normas de excepción, y por tanto de interpretación estricta.

7. No obstante lo expresado, corresponde precisar en qué recursos cabría esa *reformatio in pejus* en el sentido indicado.

No cabe duda de que la misma procede en el recurso de revocación, porque la potestad de descartar una propuesta indebidamente admitida, en una interpretación contextual de los artículos 54 y 56 del TOCAF, debe entenderse que corresponde al ordenador respectivo. Ese órgano que originalmente admitió la propuesta, si advierte su error al resolver un recurso de revocación interpuesto puede descartar la propuesta indebidamente admitida.

Esto no corresponde en el recurso de anulación porque una *reformatio in pejus* supone una modificación del acto impugnado, lo que está vedado al Poder Ejecutivo al resolver este recurso. La Administración tiene en el recurso de anulación potestades más limitadas que en los otros recursos. En efecto, el artículo 167 del decreto N° 500/991 dice al respecto: "La resolución del Poder Ejecutivo sobre el recurso de anulación se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmando o anulándolo, sin reformarlo."

Advierto por otra parte que cabe, con relación al recurso de anulación, lo que enseguida se dirá respecto al recurso jerárquico en casos de desconcentración privativa.

Pero ¿qué sucede en el caso del recurso jerárquico? En este caso hay que distinguir si estamos en presencia de una desconcentración no privativa o de una desconcentración privativa. Si hay desconcentración no privativa, es posible esa *reformatio in pejus* porque el jerarca también tiene la competencia que la ley ha asignado al órgano subordinado. Pero si hay desconcentración privativa la *reformatio in pejus* no procede porque la norma objetiva de derecho no le ha asignado esa competencia al jerarca sino al subordinado. En este último caso, el jerarca solo puede entender por la vía del recurso jerárquico si este es interpuesto en tiempo y forma, lo que hace que los poderes del jerarca se vean limitados por el ámbito y por el sentido del recurso.

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. 3°) '... 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 Uruguaya, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.).

36. DURÁN MARTÍNEZ, A., La licitación pública, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, pp. 322 y ss.

37. DURÁN MARTÍNEZ, A., La licitación pública, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 324.

38. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2003, vol. III, pp. 222 y ss.