

LA LLAMADA VÍA DE EXCEPCIÓN DEL GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE RIVERA. UN CASO DE DESAPLICACIÓN SINGULAR DE ACTOS LEGISLATIVOS GENERALES

DR. DANIEL GARCÍA REYES*

DR. HUGO LAVECCHIA**

1. INTRODUCCIÓN

1.1.- ¿Qué es la vía de excepción?

La llamada vía de excepción puede definirse, *a priori*, como el instrumento jurídico -a nuestro juicio, ilegítimo- mediante el cual se deroga, en los hechos y para el caso concreto, una norma legislativa departamental, esto es, “un decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción”¹, según lo denomina el artículo 260 de la Constitución Nacional.

A efectos de una mayor comprensión del tema, se expondrán algunos casos prácticos que revelarán la trascendencia del objeto a estudio.

Caso 1:

La Ordenanza del Plan de Ordenamiento Territorial de la Microrregión de Rivera (conocido como Plan Director) estableció una zonificación de la ciudad de Rivera y su zona de influencia, determinando para cada zona los usos permitidos y prohibidos, los tamaños mínimos de los padrones, el tipo de vivienda, entre otros aspectos.

Por vía de excepción se han autorizado usos en principio no permitidos (un depósito en zona residencial, por ejemplo), fraccionamientos en los cuales las parcelas resultantes son menores a la superficie mínima permitida o la construcción de una vivienda económica en una zona donde expresamente se prohíbe ese tipo de construcción.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Especialista en Derecho Público y Administrativo, ex docente encargado de la Cátedra de Derecho Público II (Administrativo) del Instituto Universitario Punta del Este (Sede Rivera). E-mail: doctordanielgr@hotmail.com

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Ex profesor de las materias “Introducción al Derecho de la Empresa” y “Derecho y Empresa” de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad de la Empresa (UDE). Ex profesor de la materia Derecho Público III (Administrativo) del Instituto Universitario Punta del Este (Sede Rivera). Profesor (Interino) de las materias “Principios Generales del Derecho” y “Seminario sobre armonización de los tratados internacionales de DDHH y el derecho interno” en el Centro Regional de Profesores del Norte (Rivera). Asesor Jurídico de la Junta Departamental de Rivera. Socio del estudio Suárez-Lavecchia. E-mail: hlavecchia@suarezlavecchia.com.uy.

¹ Tradicionalmente, en el Departamento de Rivera al acto legislativo a que hace referencia el art. 260 de la Constitución Nacional se le llama “Ordenanza”.

Caso 2:

En el año 2010 se aprobó una Ordenanza que estableció un régimen especial de refinanciación de adeudos, al cual se podían amparar los contribuyentes dentro de un plazo determinado a computarse desde la promulgación del acto legislativo departamental. Varios meses después del vencimiento del plazo, comparecieron vecinos integrantes de una cooperativa de viviendas que adujeron no haberse amparado en su momento al régimen especial por problemas con el Banco Hipotecario del Uruguay.

Por vía de excepción se les permitió el amparo, aun cuando el plazo legal ya había vencido con holgura.

Caso 3:

El Presupuesto Quinquenal 2011-2015 de la Intendencia Departamental de Rivera estableció la posibilidad para los propietarios de automóviles dados de baja del padrón vehicular por no haberse rematriculado en su momento, regularizar su situación abonando por todo concepto un 10% de la deuda calculada sin multas ni recargos. A dichos efectos, se establecía un plazo determinado para la presentación ante la Intendencia (6 meses a partir de la promulgación de la norma). No obstante, varios meses después del vencimiento del plazo, se presenta un ciudadano desde Canelones informando que había adquirido un vehículo automotor empadronado en Rivera, el cual no había rematriculado en su momento. Asimismo, adujo no contar con los medios económicos para hacer frente a la deuda devengada y solicitó se le permitiera el amparo al referido régimen especial.

También aquí, por vía de excepción, se habilitó el amparo aun cuando el plazo legal ya había vencido con antelación.

Caso 4:

Desde hace varios años, se exonera del pago del 50% del impuesto de contribución inmobiliaria y del 100% del impuesto a los terrenos baldíos a pasivos que posean un único inmueble y respecto de los cuales concurren además las siguientes circunstancias: a) el ingreso mensual total de los residentes en el padrón no debe superar un determinado monto mensual, b) el pasivo resida efectivamente en el padrón, c) se demuestre, a través de declaración jurada y de informe de Asistente Social de la Intendencia, la veracidad de la situación denunciada.

El monto del ingreso mensual exigido al conjunto de los residentes en el padrón se ha ido aumentando con el tiempo (actualmente es de 20 UR), pero asimismo, es común que aquellos que superan el mismo por poca cantidad comparezcan pidiendo se les conceda el beneficio por vía de excepción.

Así, en la práctica puede constatarse que si el "informe social" realizado por los técnicos de la Intendencia demuestra una situación de dificultad económica, se accede al planteo.

Caso 5:

El art. 46 de la Ordenanza General de Tránsito exonera del impuesto de patente de rodados a "un vehículo de propiedad o uso de los jueces letrados y fiscales letrados departamentales".

En varios ejercicios han comparecido ante la Intendencia, solicitando también ser exonerados por vía de excepción, jueces de paz departamentales y seccionales, a lo cual en varias oportunidades se ha accedido. No obstante, en lo que va del período legislativo 2010-2015 la vía de excepción solo se ha otorgado respecto a los jueces de paz seccionales del interior del departamento.

1.2.- ¿Cómo opera la vía de excepción?

La llamada vía de excepción es una práctica administrativa del Gobierno Departamental de Rivera, cuyo origen en el tiempo se desconoce, pero que se ha incorporado como un procedimiento normal para el dictado de ciertos actos administrativos en el ámbito del departamento.

Para decirlo claramente, la fuente de este procedimiento es sin dudas la costumbre, más allá de lo que diga el art. 9 del Código Civil.

En efecto, sin que en ninguna norma de derecho positivo se establezca tal posibilidad, el reiterado procedimiento asumido como jurídicamente obligatorio, es el siguiente:

- a) El interesado se presenta por escrito siempre ante el Intendente Departamental, explicando su situación y solicitando ampararse a una ordenanza que no le comprende, o por el contrario, solicitando se desaplique a su respecto alguna norma departamental de rango legal que claramente lo afecta. Los fundamentos para tal planteo son varios, y refieren a la "justicia" de lo pedido, a la "conveniencia" para la Administración, a la necesidad de resolver problema entre particulares y así evitar "conflictos" y "pleitos", a situaciones personales de "penuria económica" y un largo etcétera.
- b) En la Intendencia el petitorio del interesado discurre por diversas oficinas, la cuales varían de acuerdo a la índole del mismo. Si los informes técnicos son favorables, se recomienda al Intendente acceder a lo solicitado "por vía de excepción", siempre requiriendo la previa anuencia de la Junta Departamental.
- c) El Intendente dicta entonces una Resolución, en la cual pide concretamente a la Junta "anuencia" para acceder "por vía de excepción" a lo solicitado por el gestionante.
- d) Llegado el expediente a la Junta, el mismo es remitido a la Comisión de Legislación, previo informe jurídico. Dicho informe en general se limita a evidenciar la no pertinencia de lo solicitado de acuerdo al ordenamiento jurídico departamental. La Comisión de Legislación, si así lo entiende conveniente, emite su informe sugiriendo al Plenario el acceder a lo solicitado.
- e) En sesión plenaria, la Junta otorga la anuencia, bastando para ello la mayoría simple de presentes.
- f) Devuelto el expediente a la Intendencia, el Intendente dicta el acto administrativo accediendo a lo peticionado "por vía de excepción", dejando constancia de la previa anuencia otorgada por la Junta Departamental.

Como decíamos, sin dudas estamos frente a una costumbre administrativa, pues a la práctica reiterada de dicho procedimiento se une la convicción de su pertinencia y obligatoriedad jurídica en los términos antes descritos.

A tal punto llega ese convencimiento, que se han dado casos en que algunos interesados han planteado su petición directamente a la Junta Departamental y ésta, en todas esas oportunidades, se ha negado a analizar el fondo del asunto, remitiendo al peticionario a la Intendencia Departamental a efectos de que el mismo plantee su solicitud allí.

Es decir, la Junta no dice que "no" al planteo, sino que le informa al gestionante que analizará su petición siempre y cuando la misma se promueva ante la Intendencia, y venga desde allí con la "iniciativa" del Intendente, la cual se asume como privativa para todo lo relativo a la vía de excepción.

2.-Las fuentes del derecho administrativo (con especial referencia a los gobiernos departamentales)

Sin perjuicio de que el término "fuente" es un concepto polisémico, a los efectos del presente trabajo se entenderá por fuente de derecho administrativo a los diversos orígenes de las normas que contienen preceptos que se vinculan directa o indirectamente con la estructura y funcionamiento de la administración, el ejercicio de la función administrativa y la protección de los particulares ante el ejercicio abusivo de dicha función por parte de los órganos estatales.

A nivel de la doctrina nacional, SAYAGUÉS LASO² ubica entre las fuentes del Derecho Administrativo a la Constitución, la Ley, los Decretos — Leyes de los gobiernos de facto, el reglamento, el acto administrativo, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales de derecho y los tratados.

A su vez, el tratadista argentino GORDILLO distingue entre las fuentes supranacionales³ y fuentes nacionales⁴ de Derecho Administrativo.

Entre las supranacionales ubica a los tratados, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los compromisos y transacciones asumidos por la Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los principios jurídicos supraconstitucionales. Entre las nacionales menciona a la Constitución, la Ley, los reglamentos, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

La definición, clasificación y análisis de cada una de las fuentes del derecho administrativo, propuesta por ambos autores, excede la finalidad del presente trabajo, por lo cual nos remitiremos *in totum*, por su claridad conceptual, a los conceptos vertidos en las respectivas obras.

Ingresando al tema de las fuentes de derecho administrativo, en el ámbito de los Gobiernos Departamentales, sin perjuicio de la importancia (como fuentes supletorias) de la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de derecho, podemos enumerar como principales fuentes de Derecho Administrativo a los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (como dijimos, en Rivera también denominados Ordenanzas) y los Reglamentos y Resoluciones dictados por el Intendente.

Los Decretos de las Juntas Departamentales poseen las mismas características de la ley, esto es, la generalidad, obligatoriedad y coercitividad. Se trata de normas generales que se aplican a todos los habitantes del departamento, frente a las cuales no es posible rehusar su cumplimiento, pudiendo la autoridad, en caso contrario, requerirlo de manera forzada a pesar de la resistencia a proceder conforme a lo indicado por la norma desobedecida.

Los Reglamentos dictados por el Intendente son actos administrativos unilaterales que emanan de un órgano que cumple tareas eminentemente ejecutivas y administrativas, pero sus efectos se equiparan a los de los Decretos de la Junta Departamental. En efecto, dichos actos son creadores de normas generales obligatorias respecto a las cuales puede requerirse su cumplimiento mediante la fuerza ante la resistencia o desobediencia de los administrados. En estos casos, desde el punto de vista formal estamos ante actos administrativos pero desde el punto de vista material estamos ante actos legislativos.

En cambio, las Resoluciones dictadas por el Intendente son actos administrativos unilaterales que poseen eficacia subjetiva, esto es, para el caso concreto, como por ejemplo el acto administrativo dictado por el Intendente que hace lugar o no a una petición formulada por un particular sobre un tema de su interés. En estos casos no existe diferencia desde el punto de vista formal y material en cuanto a la naturaleza de dicho acto jurídico, como sí la hay en el caso del Reglamento.

En algunas ocasiones, los Reglamentos o Resoluciones que dicta el Intendente están en una relación de instrumentalidad respecto a los Decretos de las Juntas Departamentales, es decir, para posibilitar la ejecución en la práctica de las normas contenidas en los actos jurídicos sancionados por el órgano legislativo departamental, a tenor del numeral 2º *in fine* del artículo 275 de la Constitución.

3.-Ubicación de la vía de excepción dentro del sistema de fuentes

En los diversos casos prácticos, a los que se hiciera referencia *ut supra*, el instrumento jurídico por el cual en definitiva se autorizó la respectiva solicitud de los particulares interesados, y por ende la derogación tácita

2 SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo" T. I, 6ª Ed., puesta al día 1988 por el Dr. Daniel Hugo Martins, FCU, pp. 86 a 149.

3 GORDILLO, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo", T. I., Décima Edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. VI-1 a VI-38.

4 *Ibidem*, pp. VII-1 a VII-50.

-para el caso concreto- de las normas contenidas en las respectivas Ordenanzas, fue una Resolución del Sr. Intendente Departamental.

Si bien en todos los casos, previamente se requirió la conformidad (“anuencia”) de la Junta Departamental, en definitiva fue mediante un acto administrativo de eficacia subjetiva dictado por el Jefe del Ejecutivo Departamental, de conformidad al Código de Procedimiento Administrativo vigente en el Departamento de Rivera, que se amparó la petición de un particular a efectos de desaplicar el enunciado normativo contenido en un acto legislativo de la Junta Departamental.

Dicho extremo, nos plantea las siguientes interrogantes: ¿puede una Resolución del Intendente derogar -tácitamente, por oposición superviniente-, para un caso concreto, una norma jerárquicamente superior, esto es, un Decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción? ¿El que la Junta Departamental haya participado en el procedimiento que culminó en el dictado de ese acto, expresando su conformidad al mismo, modifica nuestra respuesta? ¿Qué eficacia jurídica posee la referida Resolución del Intendente?

Respecto a la primera interrogante, a nuestro juicio, en virtud de un elemental principio de jerarquía de las normas, en ninguna hipótesis la Resolución del Intendente, típico acto administrativo subjetivo, puede derogar el contenido de una norma legislativa departamental. Más aun, cuando la propia Ordenanza no lo habilita en forma expresa. Y el hecho de que la Junta Departamental se exprese en forma previa otorgándole su “anuencia” para el dictado del acto en cuestión, no altera esa conclusión.

En efecto, si el Intendente y la Junta Departamental entienden que existen situaciones concretas que requieren una solución diversa, el único camino es la modificación del acto legislativo departamental, siguiendo los pasos consagrados en la Constitución, y por supuesto, con efectos “erga omnes”.

No se puede en forma alguna desaplicar frente a un caso concreto un acto legislativo, a través de un procedimiento basado en la práctica administrativa inmemorial, pues el mismo no se prevé en el texto constitucional, ni en la ley ordinaria⁵.

Desde allí, y respecto a la segunda interrogante, creemos entonces que la Resolución por la cual se accede a la vía de excepción, carece de eficacia jurídica, esto es, no tiene la virtualidad de crear ningún derecho adquirido respecto a la persona en cuyo beneficio se dicta.

En consecuencia, la autorización concedida en favor del particular podría quedar sin efecto en cualquier momento, por una nueva Resolución del Intendente o por un acto legislativo sancionado por la Junta Departamental.

4.- Algunos problemas que plantea la aplicación de la vía de excepción

De lo que viene de decirse, puede concluirse que la aplicación de la vía de excepción compromete la existencia misma de los principios de legalidad, igualdad y seguridad o certeza jurídica.

4.1.-El principio de legalidad

En lo que tiene relación con el Derecho Administrativo, existen dos formas de entender el principio de legalidad.

En primer lugar, desde una perspectiva amplia, en la cual el principio se correspondería con el principio de juridicidad, esto es, al sometimiento de la Administración a la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual está compuesto por la Constitución, la ley y demás actos con fuerza de ley, los reglamentos y los principios generales de derecho, conceptos que integran el llamado “bloque de legalidad”. En segundo lugar, desde un

⁵ En ninguna parte de la Ley Orgánica Municipal (LOM) 9.515 de 28 de octubre de 1935, ni en las posteriores leyes modificativas, se menciona este procedimiento

sentido más estricto, referido a la primacía de la ley formal como acto del parlamento y a la subordinación de la Administración frente a esa ley⁶.

Entre ambos sentidos, la doctrina mayoritaria se inclina por el concepto amplio del principio de legalidad, esto es, por el que lo identifica con el principio de juridicidad.

Ahora bien, corresponde detenerse en la forma en que la Administración se relaciona con el "bloque de legalidad".

Al efecto, se han elaborado dos técnicas: la vinculación positiva y la vinculación negativa.

La vinculación positiva, significa que la Administración únicamente puede actuar cuando existe autorización previa por parte del legislador, concepción que tiene su origen en la idea del imperio de la ley proveniente de la Revolución Francesa. Por el contrario, la vinculación negativa, elaborada por la doctrina alemana de fines del S. XIX y principios del S. XX, significa que el bloque de legalidad simplemente opera como un límite externo a la libertad de actuación administrativa, de manera que la Administración posee discrecionalidad para actuar, con la única limitación de que sus actuaciones no desconozcan la legalidad⁷.

En lo que respecta a la vía de excepción, ninguna de las referidas técnicas habilita su aplicación por parte de la Administración.

En efecto, la teoría de la vinculación positiva veda a la Administración (en la persona del Intendente) la actuación que se cuestiona en este trabajo, cuando el legislador no lo habilita expresamente. Y la teoría de la vinculación negativa también proscribía dicha actuación, en el entendido que el hecho de que la Administración posea facultades discrecionales para actuar no la habilita a contravenir lo establecido en el texto de una norma, ya que la actividad discrecional posee límites, entre ellos, el establecido en las leyes⁸, concepto que, a nuestro juicio comprende cómodamente a los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (leyes en sentido material).

A nuestro juicio son trasladables, *mutatis mutandi*, al mecanismo de la vía de excepción, las preclaras enseñanzas de los juristas españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ al estudiar la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

Así, analizando el régimen español, sostienen los referidos profesores que "El artículo 52.2 LPC ha dado formulación positiva a una vieja regla ya admitida de antiguo por la jurisprudencia y que había recogido ya la LRJAE "Las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas." Según esto, la autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa."⁹

En consecuencia, los juristas de la madre patria entienden que se está ante una prohibición categórica de dispensación o derogación (mediante un acto administrativo de carácter subjetivo¹⁰) para un caso singular de lo establecido por una norma de carácter general.

Y ello se fundamenta, según los autores, en el principio de legalidad, base fundamental del Estado de Derecho.

6 Cfrme.: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: "El principio de legalidad en el derecho administrativo" en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, 2011, p. 221.

7 *Ibidem*, pp. 227-230.

8 Cfrme.: SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Op. Cit.*, p. 408.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, 8ª Ed. reimpr., Madrid, Civitas, 1998, p. 194.

10 En nuestro caso, ese acto sería la Resolución del Intendente Departamental por la cual se hace lugar a la aplicación de la vía de excepción.

En efecto, sostienen que *“La explicación más correcta de la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos se encuentra en la construcción técnica (que se expondrá en detalle más adelante) del principio de legalidad de la Administración. Esta está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios reglamentos() Al estar sometida a sus Reglamentos y éstos no prever -por hipótesis- la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción del Reglamento mismo. Es cierto que la Administración tiene también atribuido el poder derogatorio del Reglamento (que forma parte de la potestad reglamentaria), pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos.”*¹¹

En la misma línea se pronuncia GORDILLO, quien sostiene que *“No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: es más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos.”*¹² Y que *“La expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida.”*¹³

Así las cosas, se pone de manifiesto la similitud entre la aplicación de la vía de excepción y la pretensión de desaplicación por acto administrativo singular de actos reglamentarios, pues estamos frente a dos situaciones en que se enfrentan un acto administrativo subjetivo y un acto administrativo de carácter general, siendo este último un acto legislativo en el primer caso, y un acto administrativo reglamentario en el segundo.

Y en ambos, se aprecia prístinamente el ataque al principio de juridicidad (legalidad en sentido amplio) que significa la institución de la práctica administrativa aquí cuestionada; principio general de derecho al que debe sujetarse la Administración en el ejercicio de los cometidos que el Orden Jurídico le atribuye.

No obstante, respecto a dicho principio, GORDILLO entiende que la Administración, en algunas hipótesis, podría no estar obligada a ajustar su conducta a la regla de derecho.

En efecto, refiriéndose a la inderogabilidad singular del Reglamento expresa que *“si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél—siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.”*¹⁴

Pero en el caso de la vía de excepción siquiera podría aceptarse esta solución excepcional, ya que si se entiende que el acto de carácter general (esto es, el acto legislativo emanado de la Junta Departamental) es contrario a la Constitución o a una ley nacional, lo que puede y debe hacer la Junta o el Intendente es promover su derogación o modificación.

Sería un contrasentido que ambos órganos del Gobierno Departamental evidenciaran esa antijuridicidad, en su mérito, desaplicaran ese acto legislativo para un caso concreto, pero al mismo tiempo mantuvieran su vigencia para el resto de las situaciones atrapadas por la Ordenanza, siendo ellos y nadie más los competentes para subsanar la anomalía.

4.2.-Los principios de igualdad y seguridad o certeza jurídica

A nuestro juicio, los referidos principios generales se ven involucrados, en grado sumo, con la vía de excepción.

El uso reiterado del cuestionado instrumento jurídico, objeto de estudio en el presente trabajo, obliga -en principio- a la Administración a tratar y resolver las mismas situaciones de la misma forma, vedando así un trato desigualitario entre los peticionantes que solicitan el acceso a la vía de excepción.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: Op. Cit., p. 196.

12 GORDILLO, Agustín: Op. Cit., p. VII-20.

13 Ibídem: p. VII-23.

14 Ibídem.

Además, la conducta reiterada de la Administración en el uso de dicha práctica genera en los administrados la confianza legítima de que la vía de excepción es totalmente conforme a derecho.

En palabras de DURÁN MARTÍNEZ¹⁵, citando a COVIELLO, la relación entre la confianza legítima y los principios de seguridad o certeza jurídica se constata debido a que *“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y, en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización.”*

Por otra parte, en caso de que la Administración decida apartarse del uso reiterado del mecanismo de la vía de excepción, podría incurrir en una conducta que se da de bruceos contra la teoría de los actos propios y la noción del precedente administrativo.

La teoría de los actos propios no tiene consagración expresa en nuestro Derecho Público, pero es de aplicación por parte de la jurisprudencia.

Según DURÁN MARTÍNEZ¹⁶, *“Al no tener la doctrina de los propios actos recepción expresa en el derecho positivo, su valor y fuerza será la del principio del que deriva, a juicio de MAIRAL, el principio de buena fe.”*

Asimismo, el autor compatriota sostiene que la doctrina de los actos propios se vincula con la del *estoppel* o *stoppel* de raíz británica. Y citando la acepción dada por el *Corpus Iuris Secundum*, dice que el *stoppel* significa que *“aquel que por un hecho o conducta ha inducido a otros a actuar de una manera determinada, no podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contradictorio y con ello provocarle una pérdida o daño.”*

En lo que concierne al precedente administrativo, el referido autor, siguiendo a BRITO, entiende que el precedente es fuente formal de derecho administrativo. Y si es fuente de derecho, su desconocimiento es ilegítimo y en caso de existir impugnación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe anular¹⁷.

Por ende, ante las mismas situaciones la Administración debe actuar de la misma forma.

No obstante, también se entiende que si el precedente es ilegítimo no debería seguirse (en principio), porque la Administración no está obligada a seguir cometiendo irregularidades aunque razones de seguridad jurídica impidan la revocación de un acto firme que crea derechos en favor de un tercero. En caso de que la Administración decida apartarse del precedente administrativo, deberá hacerlo mediante un acto administrativo motivado, esto es, fundamentando en forma concreta, además de la eventual ilegalidad, por ejemplo, que el caso en particular no es igual al anterior, que cambiaron las circunstancias, o que se extinguió como precedente por decaimiento¹⁸.

5.-La vía de excepción como respuesta a una demanda social: aspectos a favor y en contra del mecanismo

Vivimos una época de notorio incremento de las regulaciones estatales. Legítimas preocupaciones como el medio ambiente o el desarrollo urbanístico se concretan en complejas regulaciones, donde se establecen innumerables limitaciones a la actuación de las personas.

15 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”*, Ed. La Ley Uruguay, 2012, p. 65.

16 *Ibidem*, p. 59.

17 *Ibidem*, p. 73.

18 *Ibidem*, p. 74.

Como suele suceder, la vida en su inabarcable complejidad termina haciendo trizas gran parte de las buenas intenciones de los planificadores estatales, y entonces esas reglas terminan siendo visualizadas por sus destinatarios como limitantes a sus proyectos de vida, sin que en muchos casos puedan alcanzar a entender la razón de las mismas.

Es en estos casos, cada vez más frecuentes, que la vía de excepción se muestra como un mecanismo para poder dar respuesta por parte de la Administración a situaciones que en principio se muestran como injustas, de aplicarles la legislación vigente.

Por ejemplo, en el Caso 1, encontramos situaciones que encuadran en estas hipótesis. Así, muchos se preguntan: ¿por qué no puedo construir un depósito en una zona calificada como residencial, si logro demostrar que mi actividad no producirá perturbación significativa a los vecinos? ¿Por qué no puedo fraccionar en superficies menores a los mínimos establecidos si, por ejemplo, somos varios hermanos que debemos repartir un único bien hereditario y además, estamos en un barrio donde existen todos los servicios? ¿O por qué no puedo construir una vivienda bajo el régimen de vivienda económica en ciertas zonas si, por ejemplo, heredé un bien en una zona céntrica pero tal vez no cuento con los recursos para construir una vivienda bajo otro régimen que no sea el de vivienda económica?

En todos estos casos, cuando la realidad se presenta en toda su dramática complejidad, suele darse que todos los actores involucrados perciben que la solución normativa, que debería llevar naturalmente a la denegatoria del petitorio del gestionante, no se muestra como adecuada frente a ese caso concreto. Es allí entonces que los propios organismos técnicos encargados de velar por el cumplimiento de las normas regulatorias, y que muchas veces fueron los principales promotores de su aprobación, son los primeros en reconocer que “por vía de excepción” se puede acceder a lo solicitado, y es basados en esa opinión que tanto el Ejecutivo como el Legislativo Departamental terminan accediendo al planteo del vecino.

En estos casos entonces, en un plano que excede lo jurídico, debe reconocerse a la vía de excepción una función saneadora o correctiva de los absurdos que los excesos de la hiperregulación estatal producen.

Sin embargo, lo anterior no nos puede llevar a soslayar los fuertes argumentos en contra de esta práctica, más allá de la primera y obvia de que la misma no encuentra sustento en norma jurídica alguna de rango constitucional o legal, y así, su origen eminentemente consuetudinario desnaturaliza el sistema de fuentes del derecho administrativo departamental.

Además de ello, no puede desconocerse que esta práctica habilita al manejo discrecional, que fácilmente puede deslizarse hacia la arbitrariedad, en las relaciones entre los habitantes del departamento y la Administración Departamental.

Porque el que toda norma de rango legal pueda ser susceptible de ser desaplicada frente a un caso concreto, por voluntad de Intendente y Junta, se presta para la influencia de lo político partidario en decisiones que deberían ser de estricto resorte jurídico administrativo.

Como vimos, sabemos que la vía de excepción parte de la base de admitir que de aplicarse la normativa vigente, no debería accederse a lo peticionado, y que es esa razón, la que obliga a poner en marcha el mentado mecanismo alternativo.

¿Y qué garantía tenemos que la decisión en uno u otro sentido no se basa en consideraciones políticas partidarias, tanto en la decisión de envío (o no) de la “iniciativa” por parte del Intendente hacia la Junta, como en el voto otorgando (o negando) la “anuencia” por parte del Legislativo Departamental?

Nobleza obliga reconocer que nunca en estos años se ha deslizado siquiera la sospecha de que ello haya ocurrido, lo cual habla muy bien de quienes hasta el momento han participado del mecanismo, ¿pero qué seguridades podemos tener de que en el futuro seguirá siendo así?

Por lo demás, se pueden llegar a producir situaciones de profunda injusticia derivadas de la información con que cuentan los habitantes del departamento.

En efecto, recordemos que este mecanismo se pone en marcha mediante petición de un interesado. Como hemos dicho, es un mecanismo no escrito y del que el Gobierno Departamental no informa su existencia pues en puridad, vaya contradicción, jurídicamente no existe.

En consecuencia, será aquél ciudadano que tenga acceso a los círculos cercanos a la Intendencia y a la Junta y que tenga la suerte de ser informado por alguien vinculado a ellos, quien ante una situación concreta intentará regularizar su situación mediante la vía de excepción.

Muchos otros, que no acceden a la información y que se encuentren en análoga situación, desistirán de sus proyectos o los harán pero en forma irregular, "a escondidas" de la autoridad departamental, lo cual no sirve a nadie pues estimula el sistemático incumplimiento de las ordenanzas, con su efecto pernicioso sobre la futura motivación de los individuos de la comunidad para actuar conforme a las reglas dictadas por su cuerpo representativo.

6.-Posibles alternativas

Desde un punto de vista teórico, la vía de excepción tal como se maneja actualmente es absolutamente inadmisibles y la única respuesta jurídicamente aceptable es lisa y llanamente terminar de una vez por todas y para siempre con su aplicación.

Sin embargo, somos conscientes que ello es imposible, pues es una demanda tanto del sistema político departamental en su conjunto como de la propia sociedad riverense, el mantener esta especie de "válvula de escape" frente a las situaciones concretas que día a día se presentan en el actuar estatal¹⁹.

Así las cosas, no podemos cerrar los ojos a la realidad y establecer conclusiones desde una especie de "torre de cristal". Entendemos que nuestro aporte sólo puede resultar positivo en tanto y en cuanto sugiera caminos que permitan, por lo menos, ordenar una práctica que en la forma que actualmente se lleva adelante ofrece múltiples aspectos jurídicamente cuestionables, sobre todo a la luz del art. 8 de la Constitución Nacional, donde se consagra el principio cardinal del Estado de Derecho de igualdad *ante* la ley.

Así las cosas creemos que, *prima facie*, podrían manejarse dos alternativas a efectos de legitimar el uso de la vía de excepción.

En primer lugar, la propia Ordenanza, al regular un tema particular, debería prever expresamente el recurso a dicho mecanismo. Así, el texto legislativo debería contener el enunciado normativo y, a su vez, explicitar las hipótesis en las que se podría aplicar las consecuencias previstas en aquél a pesar de no cumplirse con los requisitos exigidos por la norma, estableciendo *a priori* por lo menos algunos criterios básicos que permitan a la administración flexibilizar su aplicación, pero sobre bases ciertas.

En segundo lugar, podría sancionarse una Ordenanza que legislara, en forma autónoma, sobre el uso de la vía de excepción en forma generalizada, esto es, para todos los casos en los que se pretenda, por parte de los administrados, ampararse en las normas contenidas en actos legislativos departamentales a pesar de no cumplir cabalmente con los requisitos formales y/o sustanciales contenidos en ellas.

Cualquiera de las dos hipótesis, que somos conscientes que abren flancos a múltiples cuestionamientos, por lo menos darían previsibilidad al mecanismo, y lo que es más importante, pondrían el mismo a disposición de todos los habitantes del departamento. En efecto, esa generalidad explícita del mecanismo ubicaría a todos los destinatarios de la norma en pie de igualdad frente al ordenamiento jurídico departamental.

¹⁹ Nada indica que la tendencia a la hiperregulación estatal de la actividad de los particulares vaya a detenerse, sino todo lo contrario. Si fuera a la inversa, la vía de excepción perdería gran parte de su importancia. Pero vemos hoy día que la "inflación normativa" desparrama regulaciones para casi todos los aspectos de la vida del ser humano, tan complejas, que por lo general se terminan incumpliendo en un altísimo porcentaje. En definitiva, la vía de excepción no deja de ser una forma "elegante" de incumplir normas que se perciben como ineficaces. En vez de esta actitud, podría buscarse ir hacia una regulación basada en muchas menos normas, pero efectivamente cumplibles. Pero eso requiere de otro análisis que excede los modestos objetivos de este artículo.

Además, dotaría a la vía de excepción de garantías que permitirían su debido contralor en vía administrativa y jurisdiccional, alejando el peligro de la arbitrariedad en el accionar de la Administración.

7.-Conclusiones

Creemos que, sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia de la adopción de dicha práctica por parte del Gobierno Departamental de Rivera, respecto al mecanismo de la vía de excepción como instrumento jurídico, pueden formularse las siguientes conclusiones:

- a) La utilización de la vía de excepción tiene su origen en la costumbre, específicamente, en la práctica administrativa.
- b) Desde el punto de vista estrictamente jurídico, vulnera el principio de legalidad y, dependiendo de la conducta de la Administración, puede llegar a vulnerar también los principios de igualdad y seguridad o certeza jurídica.
- c) En los hechos, se presenta como una alternativa o “válvula de escape” discrecional frente a la excesiva -y en algunos casos inconveniente- regulación de la actividad de los particulares por parte del Gobierno Departamental.
- d) A efectos de legitimar el recurso a dicho mecanismo, deberían preverse en la propia Ordenanza las hipótesis en las cuales los administrados podrían ampararse o solicitar la desaplicación de sus normas, a pesar de no cumplir con los requisitos formales y/o sustanciales exigidos por aquella.

Asimismo, a efectos de otorgar previsibilidad y transparencia en el uso del instrumento jurídico en cuestión, alejando un posible halo de arbitrariedad administrativa, podría incluso llegar a sancionarse una Ordenanza que regule, en forma autónoma y generalizada, el uso de la vía de excepción por parte cualquier administrado, lo que contribuiría a que todos los ciudadanos del Departamento de Rivera que se encuentren en la misma situación reciban un trato igualitario ante la aplicación de las normas jurídicas por parte del Gobierno Departamental.

BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, Ed. La Ley Uruguay, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Vol. I, 8ª Ed. reimpr., Madrid, Civitas, 1998.
- GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I., Décima Edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: “El principio de legalidad en el derecho administrativo” en Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo, FCU, 2011.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo” T. I, 6ª Ed., puesta al día 1988 por el Dr. Daniel Hugo Martins, FCU.