

CAPÍTULO VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

SUMARIO

I. <i>Estabilidad</i>	VI-1
1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos	VI-1
2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa	VI-3
3. Requisitos de la estabilidad	VI-4
4. Acto administrativo	VI-5
4.1. Unilateralidad.....	VI-5
4.2. Individualidad.....	VI-5
5. Que de él hayan nacido derechos subjetivos	VI-6
5.1. No hay estabilidad de los intereses	VI-6
5.2. No hay estabilidad de los deberes	VI-7
5.3. Funciona a favor, no en contra, del administrado.....	VI-7
5.4. Debe declarar un derecho	VI-8
5.5. El derecho puede ser civil o administrativo	VI-9
6. Que sea notificado al interesado	VI-9
7. El problema de la regularidad del acto.....	VI-10
7.1. El acto anulable tiene estabilidad	VI-11
7.2. La estabilidad del acto nulo.....	VI-11
7.2.1. Requisitos de la estabilidad del acto nulo.....	VI-12
7.2.1.1. “Prestaciones” o “derechos subjetivos”	VI-12
7.2.1.2. Acto “firme y consentido”	VI-12
7.2.2. La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable	VI-13
7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular	VI-14
7.3. La protección contra la revocación del acto estable	VI-15

Capítulo VI

ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD

I. Estabilidad

1. La estabilidad del acto administrativo que reconoce derechos

Mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad,¹ en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso,² a punto tal que en su estado actual consideramos que puede señalarse precisamente una característica inversa para el acto administrativo: Su estabilidad. En este sentido ha sostenido LINARES que “al contrario de lo que viene repitiendo la doctrina dominante como consecuencia del planteo fragmentario del problema, la regla es que el acto administrativo es en principio «irrevocable», máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos;”³ en criterio similar sostiene MARIENHOFF que “la «revocabilidad» del acto adminis-

¹ Tesauro, Alfonso, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, *Diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 142; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.; Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 99; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed.; 2ª ed., 1976, p. 273, aunque luego limita muy pronunciadamente esta característica, así su criterio es tanto o más amplio que el enunciado; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 303. Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed.; *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 132 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. IV, § 2 y ss., p. 99 y ss.; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 11, § 11.2 y ss., p. 190 y ss. Si bien el criterio de COMADIRA es más restrictivo que el nuestro en cuanto a la admisión de lo que él denomina anulación de oficio del acto administrativo, su análisis gira en torno a los mismos límites a tal facultad que analizamos.

² El derecho comparado ha formulado hace tiempo el principio de la irrevocabilidad, p. ej. BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *La irrevocabilidad de los actos administrativos*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, separata.

³ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo,” en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, 211: 667, Buenos Aires, 1947; *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 296 a 303, pp. 343-51.

trativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el «principio» en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida *excepcional*, verdaderamente «anormal».⁴ Va de suyo, en estas afirmaciones, que nos estamos refiriendo no a los actos llamados de gravamen (multas, sanciones, etc.) o que limitan derechos o los deniegan, sino a los actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades de los interesados.⁵

En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa. Ha recordado nuestro más alto tribunal en este sentido que: “el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconvencionales” ya que “de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible.”⁶

La solución jurisprudencial, precedida mucho antes por el art. 5° del Código Contencioso Administrativo de 1906 de la Provincia de Buenos Aires,⁷ ha sido confirmada en los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72 nacional y en el decreto 1510/97 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.⁸ Pero conviene no olvidar que su base es constitucional y proviene de la seguridad jurídica a favor de los derechos de los individuos frente al poder público. No es una creación sino un

⁴ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965; 2ª ed., 1977, p. 579 y ss. Cfr. REAL, ALBERTO RAMÓN, “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XI-1/2: 71 y ss., Montevideo, 1960.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, t. I, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, pp. 576-8.

⁶ *Carman de Cantón*, 1936, *Fallos*, 175: 368, cons. 3°. En sentido similar al texto LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 346-51.

⁷ CCAPBA, art. 5°: “Las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso-administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, éste podrá promover el juicio contencioso-administrativo, al sólo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada. Exceptuase de esta disposición toda resolución que tenga por objeto rectificar errores de hecho o de cálculo, los que podrán ser corregidos administrativamente.”

⁸ Art. 17: “Revocación del acto nulo. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso ésta limitación será inaplicable.” Art. 18: “Revocación del acto regular. El acto administrativo regular del que hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio en el caso del acto anulable, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados. Dicha indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante.”

nuevo reconocimiento del legislador *de facto*, como en 1906 el legislador provincial. Conviene no olvidar el sustento constitucional cuando de interpretar la norma “legislativa” se trata.

2. Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa

En el citado fallo⁹ la Corte Suprema habló de cosa juzgada administrativa; fallos posteriores y otros autores, hablan de irrevocabilidad, estabilidad, inamovilidad, inmutabilidad, etc. En realidad, las expresiones irrevocabilidad e inmutabilidad o similares no son del todo exactas, pues según veremos el acto *puede revocarse* en ciertos casos de excepción; la expresión cosa juzgada administrativa, si bien muy difundida, tampoco es la más acertada, porque encierra una confusión con la cosa juzgada *judicial*.

En efecto, la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada; por el contrario, cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencias judiciales.¹⁰ Una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnabile por recurso o acción alguna y no puede ser modificada por otro tribunal; la cosa juzgada administrativa, en cambio, implica tan sólo una limitación a que *la misma administración* revoque, modifique o sustituya el acto y no impide que el acto sea impugnado¹¹ y eventualmente anulado en la justicia. La impugnación puede provenir de terceros afectados por el acto o por la misma administración, iniciando ante la justicia el pedido de la nulidad de su propio acto: es la llamada, en el derecho comparado, acción de lesividad. (Pues se requiere una previa declaración administrativa en el sentido de que el acto que se habrá de impugnar judicialmente es lesivo al orden jurídico; esa declaración no se encuentra exigida por nuestro ordenamiento.)

Por lo demás, la administración puede siempre revocar o modificar el acto si con ello beneficia al interesado,¹² lo que no ocurre con la cosa juzgada judicial. La llamada cosa juzgada administrativa, pues, ni es definitiva como la judicial, ni es tampoco inamovible, inmutable o inextinguible. Por ello preferimos el empleo de la palabra estabilidad o en todo caso irrevocabilidad para referirnos a este principio jurisprudencial y legal.

⁹ Ver *supra*, nota 6.

¹⁰ Que son las únicas que hacen “cosa juzgada sustancial,” en palabras de la Corte: *Fallos*, 264: 314, *Cometarsa SAIC*, 1966.

¹¹ Dentro del término de prescripción, que es de dos años, por aplicación del art. 4030 del Código Civil, que la jurisprudencia ha hecho extensivo a estos casos: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 30.

¹² Pues la estabilidad juega *a favor del individuo, no en contra*. CSJN, *Fallos*, 228: 186, *Redrado*, 1954; comparar DIEZ, *op. cit.*, t. II, pp. 332-3 y CSJN, *Fallos*, 245: 406, *García Urriburu*, 1959, en que parecería consagrarse la solución contraria. Sobre esto volveremos más adelante, § 5.3. “Funciona a favor, no en contra, del individuo,” p. VI-7.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto creador de derechos alcanza a toda la administración, en el doble sentido de que el acto administrativo de cualquier órgano o ente administrativo puede hacer cosa juzgada administrativa, sea un ente autárquico, empresa del Estado, etc. y de que en la medida en que se ha producido la estabilidad, el acto no puede ser revocado por el mismo órgano que lo dictó ni tampoco por un órgano administrativo superior.¹³

En otras palabras, la limitación a la facultad de revocar, modificar o sustituir alcanza no solamente al emisor del acto y a sus superiores jerárquicos, sino a toda la administración. Queda a salvo, por supuesto, el caso en que el superior revocara un acto ilegítimo dictado por un inferior, específicamente para *hacer lugar* a un recurso interpuesto por el mismo individuo a quien el acto afectaba, pues la estabilidad del acto administrativo es a favor del particular o interesado, no en contra suyo.¹⁴

3. *Requisitos de la estabilidad*

A partir del caso *Carman de Cantón* del año 1936, en que la Corte Suprema consagró por primera vez el principio que enunciamos, los autores están en general de acuerdo en cuanto a cuáles son los requisitos que esa jurisprudencia exigiría para que la estabilidad exista, aunque no en lo que se refiere a en qué consiste cada uno de ellos, o a su corrección. Dichos caracteres han sido algunos confirmados y otros derogados por el decreto-ley 19.549/72.¹⁵

De los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia anterior a 1972, entendemos que corresponde considerar vigentes a partir del decreto-ley 19.549/72 los siguientes: *a)* que se trate de un acto administrativo (unilateral e individual); *b)* que de él hayan nacido derechos subjetivos; *c)* que esté notificado al interesado, aunque desde luego en nuestra concepción de acto administrativo esto se encuentra implícito, ya que el acto no nace antes de ser dado a publicidad mediante notificación; *d)* que sea regular, aunque el acto nulo también tiene estabilidad conforme al decreto-ley; *e)* que no haya una ley que autorice la revocación.

Algunos autores también agregaban que debería tratarse de un acto de la administración activa; a su vez, la jurisprudencia anterior al decreto-ley exigía que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas. Consideramos que ambos requisitos no existen en la actualidad.¹⁶

¹³ En este segundo sentido VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 199; LACHAUME, JEAN-FRANÇOIS, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, París, 1966, p. 72.

¹⁴ Ampliar, *infra*, § 11.1, "En sede administrativa."

¹⁵ Nos referimos al decreto-ley 19.549/72 según su reforma por el decreto-ley 21.686/77.

¹⁶ En este sentido CSJN, *Fallos*, 327: 5356, *Pradera del Sol*, 2004, con notas de MONTI, LAURA, "Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa «Pradera del Sol» y la potestad revocatoria de la Administración," *EDA*, 2005, p. 114; ANTONIETTA, MAXIMILIANO, "La estabilidad del acto y la seguridad jurídica," *LL*, 2006-A, 77.

4. Acto administrativo

4.1. Unilateralidad

Desde luego, los que adoptan la definición restringida de acto administrativo simplemente expresarán en este punto que debe tratarse de un acto administrativo en sentido estricto; quienes, en cambio, propician una definición amplia, habrán de aclarar que para que proceda la cosa juzgada administrativa ha de tratarse de un acto administrativo unilateral.

De acuerdo a este requisito se excluyen los contratos, en cuanto a su celebración, como acuerdo de voluntades; no en cambio en cuanto a su ejecución, en que pueden darse también actos unilaterales de la administración amparados por el mismo principio de la cosa juzgada administrativa. Ahora bien, esta exclusión no significa en modo alguno que el contrato en sí carezca de estabilidad,¹⁷ sino que ella se rige por los principios de la responsabilidad contractual y no por los de la “cosa juzgada administrativa.” Esta cuestión se encuentra llamada a tener gran controversia en materia de concesiones y licencias de servicios públicos, gran parte de las cuales han sido renegociadas al margen del ordenamiento jurídico, con lo cual cabrá contraponer el principio de la juridicidad y la estabilidad.

4.2. Individualidad

Ello significa que los reglamentos no están comprendidos dentro del sistema de normas y principios que constituyen la llamada cosa juzgada administrativa,¹⁸ pero, al igual que en el caso anterior, esto no lleva a la conclusión de que los reglamentos sean libremente revocables en forma arbitraria, ni que los derechos nacidos a su amparo queden carentes de toda protección jurídica. Así como un reglamento puede *lesionar* derechos subjetivos¹⁹ puede también dar lugar, *pari pasu*, al *nacimiento* de un derecho subjetivo; el que se trate de derecho objetivo no es por cierto óbice para que sea apto para crear derechos subjetivos. En nada difiere el reglamento, en ese aspecto, de una norma legal o constitucional, que a pesar de su carácter general también puede crear derechos subjetivos perfectos.²⁰ En este sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “la supresión o modificación de un *status* objetivo e impersonal no altera las situaciones jurídicas personales adquiridas en base al *status* anterior; ello por el principio de la irretroactividad de las normas.”²¹

¹⁷ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 352; cfr. DIEZ, op. cit., pp. 328-9.

¹⁸ LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 352; MARIENHOFF, op. cit., p. 616; comp. DIEZ, op. cit., p. 328.

¹⁹ Ver también lo referente a la relación de los derechos subjetivos con los derechos de incidencia colectiva que contempla el art. 43 de la Constitución nacional, *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. II y ss.

²⁰ Ampliar *supra*, t. 2, op. cit., cap. II y ss.

²¹ *Dictámenes*, 60: 149; LINARES, *Fundamentos...*, op. loc. cit.; MONTI, LAURA, “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo,” *ED*, 176: 739.

El mismo principio ha sido reconocido por la jurisprudencia, incluso la CSJN, con el alcance de que “Si bajo la vigencia de una ley —o para el caso, un reglamento— el particular ha cumplido todos los actos y condiciones substanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, cabe considerar que hay un derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coercitiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente a satisfacer ese derecho.”²²

Pero, en todo caso, no son los mismos los principios que rigen la estabilidad, en un caso, de los reglamentos y, en el otro, de los actos individuales.

5. *Que de él hayan nacido derechos subjetivos*

De este requisito se desprenden varias consecuencias:²³

5.1. *No hay estabilidad de los intereses*

Según la concepción tradicional, el acto que reconoce un interés legítimo o un interés simple no tiene estabilidad, aunque reúna todos los demás caracteres.²⁴

Esta solución tradicional pierde nitidez con la vigencia, desde 1994, de los derechos de incidencia colectiva superpuestos a los derechos subjetivos.²⁵ A nuestro juicio, tomando como precedente de tipo *dictum* al viejo fallo de la Corte en *Carman de Cantón*, corresponde extender la estabilidad a los actos que confieren derechos de incidencia colectiva, p. ej. referidos al medio ambiente, no discriminación, etc.; su extinción por eventual invalidez sólo puede disponerla la justicia. Desde luego y como allí explicamos, existe una fina y casi inexistente línea de distinción entre los diferentes supuestos, que la jurisprudencia irá delimitando en su caso. Pero no parece que pueda mantenerse inmutable el criterio de la inclusión única del derecho subjetivo después de la reforma constitucional de 1994.

²² Conf. CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo, LL*, 1999-B, 532, cons. VII; CSJN, *Fallos*, 296: 723, *Alfredo de Martín*, año 1976; *LL*, 1997-B, 302, expte. S. 1492/95, Superintendencia; *Fallos*, 304: 871, *Quinteros*, año 1982. CCyT, CABA, Sala II, *Paz*, con nota de VIQUE, FRANCISCO JOSÉ, “Control de constitucionalidad: Poder judicial independiente,” *LL*, 2004-F, 441. Comp. TS, CABA, *Pérez*, 21-03-07, *LL, Sup. Penal y Procesal Penal*, 2007 (junio), 58-9, en que en las instancias previas y en el TS hubo muy diferentes opiniones sobre la aplicabilidad al acto del régimen local en materia de otorgamiento o denegación del permiso de conducir, vigente al momento de su dictado, luego modificado por otro más favorable al interesado, pero menos que las normas constitucionales también invocadas. Las exenciones impositivas, por su parte, se interpretan restrictivamente: CNFed. CA, Sala IV, *Su Supermercado S.A., LL*, 1998-E, 537.

²³ Ver también COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. IV, § 3.2.3, pp. 106-7.

²⁴ Conf. FIORINI, op. cit., p. 386; LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 356; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 128.

²⁵ Como explicamos *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

5.2. No hay estabilidad de los deberes

En segundo lugar, el acto que crea o declara *deberes* o cargas u obligaciones de los individuos frente a la administración, tampoco se encuentra alcanzado en ese aspecto por el régimen de la estabilidad, pues ésta se refiere específicamente a los *derechos*.²⁶

5.3. Funciona a favor, no en contra, del individuo

En tercer lugar y según ya lo dijimos, funciona a favor del individuo, en la parte en que se le reconoce o crea un derecho, pero no en su contra, en cuanto por error se le haya reconocido un derecho menor que el que debía corresponderle.²⁷ En tal aspecto el acto puede y debe modificarse para reconocerle al interesado toda la plenitud de derechos que le sea debida.²⁸ En efecto, lo que esta construcción quiere lograr es la estabilidad de los *derechos* adquiridos a raíz de un acto administrativo²⁹ y si ha dicho también la Corte Suprema que no es pertinente la invocación de la cosa juzgada para no rever una decisión administrativa que impone *sanciones* a un particular,³⁰ es entonces lógico concluir en que la estabilidad del acto existe sólo en la medida en que otorga un derecho, no en la medida que lo niega.

Si un mismo acto por un art. me reconoce un derecho y por un art. distinto me impone una sanción o me crea un deber, es claro que en el segundo aspecto no puede tener estabilidad, aunque sí en el primero. Si un mismo acto hace lugar a un reclamo mío en un art. y me rechaza otro reclamo en otro art., la solución es la misma; en el segundo aspecto no hay estabilidad, sí la hay en el primero. En consecuencia, la situación no varía si teniendo yo que recibir un cierto derecho, se me reconoce uno menor; es claro que en tales casos la estabilidad del acto no puede impedir que efectivamente me reconozcan el derecho mayor que me pertenece.

²⁶ CSJN, *Fallos*, 264: 314, *Cometarsa SAIC*, 1966; comp. DIEZ, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 331.

²⁷ En definitiva ocurre con este derecho lo mismo que con todos los derechos humanos: Se dan *contra*, no *para* el Estado, como lo resolvió la CSJN, en *Fallos*, 310: 1589, *Arce*, 1987; *LL*, 1997-F, 696, con nota "Los derechos humanos no son para sino contra el Estado," reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, pp. 165-71.

²⁸ Conf. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 577; LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 355. Ver también VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., pp. 402-3. En igual sentido en el derecho español, aunque la solución ha sido criticada por BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 454.

²⁹ "En la llamada "cosa juzgada administrativa," como ha sido elaborada por la jurisprudencia —*Fallos*, 258: 299, cons. 6º y sus citas—, ha de verse una forma de tutela contra la alteración arbitraria por la administración y en perjuicio del titular del derecho reconocido, del ya acordado de manera regular" ha dicho la CSJN en *Fallos*, 264: 314 y 316, *Cometarsa*, 1966. La bastardilla es nuestra. El fallo citado de 258: 299 es *María Guerrero de García e hijos SRL*, año 1964.

³⁰ CSJN, *Fallos*, 264: 314 y 315, *Cometarsa SAIC*, 1966; *supra*, nota 27.

Sostener lo contrario, p. ej. que la cosa juzgada administrativa juega tanto “a favor como en contra” del particular y de la administración, implica desconocer la finalidad de la citada construcción, como un medio de asegurar *los derechos* (no los deberes, ni las sanciones, ni las denegaciones de derechos) adquiridos a raíz de resoluciones administrativas.

En este punto la jurisprudencia anterior al decreto-ley 19.549/72 ya sentó en el caso *Redrado*, 1954,³¹ que un acto estable puede modificarse en beneficio del interesado y si bien aparentemente siguió el principio contrario en otros casos, tales como *García Uriburu*, 1959,³² entendemos que ha restablecido la correcta interpretación del principio en el fallo *Cometarsa SAIC*, 1966,³³ la que entendemos corresponde también a la norma vigente. Los pronunciamientos de la actual CSJN, no obstante algunas dificultades que enfrentan,³⁴ permiten ser optimistas en cuanto al mantenimiento de la regla que la estabilidad es a favor y no en contra del particular a quien se otorgan derechos.

También en este sentido tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que la estabilidad del acto “se da en beneficio de los administrados y no de la administración.”³⁵

5.4. Debe declarar un derecho

Este requisito se desprende de la redacción del primer fallo, en cuanto expresa que el acto debe declarar un derecho, no necesariamente reconocer un derecho preexistente.

En este punto la Corte siguió a SARRÍA, quien expresara que el acto es irrevocable “cuando declara un derecho subjetivo;”³⁶ de esta expresión se sigue a nuestro modo de ver³⁷ que aunque resultara que el individuo no tiene en verdad derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte, el valor

³¹ *Fallos*, 228: 186, *Redrado*, 1954; CNCiv., Sala E, *Fernández Moores*, 1965, *LL*, 121: 119, 120.

³² *Fallos*, 245: 406, 414, *García Uriburu*, 1959; aunque se dijo que “el valor de la cosa juzgada afecta en pro y en contra a los administrados y al propio Poder actuante,” había otras razones: el interesado había ocultado expresamente la situación en cuya base pretendía luego la modificación del acto y por lo demás tampoco le correspondía de cualquier manera. Como se advierte, la estabilidad del acto no jugó sino un papel muy secundario en la decisión de la Corte y si hubiera existido realmente un acto inmutable, no habría existido necesidad alguna de pronunciarse sobre el fondo, como el fallo lo hace...

³³ Ver *supra*, notas 27 y 30; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 355-6.

³⁴ El contexto lo vimos en verdad adverso en nuestro art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, pp. 905-921, reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

³⁵ *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230; pero en esto no es muy uniforme.

³⁶ SARRÍA, FELIX, *Estudios de derecho administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-6. En su *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 146, habla del “acto creador de derechos subjetivos.”

³⁷ Comp. en cambio SARRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 146-7.

fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores. Ello lo confirma el art. 18 del decreto-ley, pues exige como condición de la estabilidad que del acto “hubieren nacido,” aunque fuere por primera vez, derechos para el individuo.

5.5. *El derecho puede ser civil o administrativo*

La jurisprudencia no hizo distinción en cuanto a la naturaleza del derecho al cual se reconoce estabilidad; tampoco el art. 18 del decreto-ley: tanto si el derecho subjetivo nacido al amparo del acto es de índole civil como administrativa, existe estabilidad.³⁸ Tampoco importa que el derecho haya nacido de disposiciones legislativas o administrativas, pues una vez reconocido por el acto la situación es la misma.³⁹ En este punto cabe efectuar el mismo análisis que la doctrina realizaba al criticar la distinción en este problema entre actos nacidos de facultades regladas o discrecionales, de acuerdo al cual una vez que el acto ha sido dictado, en nada influye sobre la estabilidad del derecho emergente, que previamente existieran facultades regladas o no. Ninguna influencia tiene sobre la estabilidad que el derecho resulte de tratados internacionales, la Constitución, la ley, disposiciones administrativas, reglamentarias, contractuales, etc.

6. *Que sea notificado al interesado*

Este requisito en el pasado fue formulado en términos y alcances distintos: Acto firme, acto definitivo,⁴⁰ acto ejecutorio, firme y consentido, etc. El estado de la cuestión hasta el dictado del decreto-ley era a nuestro juicio que el requisito de aplicabilidad de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada administrativa no era en este aspecto sino uno: que el acto hubiera sido notificado al interesado.⁴¹ La solución por nosotros propugnada fue aceptada por el texto del decreto-ley, eliminándose así las dudas antiguas acerca de si el acto debía causar estado y qué significado correspondía atribuirle a esta expresión. No puede exigirse como condición de la estabilidad, en consecuencia, que el acto haya sido ejecutado,⁴² ni que esté firme en el sentido de haber transcurrido los términos para impugnar-

³⁸ En este sentido nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, 1964, *op. cit.*, art. 203, en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 1966, 2ª ed., *op. cit.*, p. 251: “el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado.”

³⁹ En contra FIORINI, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁰ Ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 23-4; *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 356-7.

⁴¹ Por ello expresó MARIENHOFF que “la idea de acto administrativo que «causa estado» vincúlase a la idea de acto «perfecto», en el sentido técnico de esta expresión. De ahí que el acto administrativo que no haya alcanzado la plenitud de su formación, no es «irrevocable» —sino, por el contrario, «revocable»—, pues aún no es técnicamente un acto administrativo: no tiene «estado» de tal,” *op. cit.*, p. 621. Ver la crítica de FIORINI, *op. cit.*, pp. 312-3, que compartimos.

⁴² MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 620.

lo,⁴³ ni menos aún que sea un acto definitivo de la administración, emanado del P.E., pues el acto de cualquier funcionario inferior, que haya tenido competencia para dictarlo, también encuadra en la regla de la estabilidad;⁴⁴ tampoco puede exigirse que haya sido consentido.⁴⁵ En efecto, nada de eso exige el art. 18 para el acto regular.⁴⁶

7. *El problema de la regularidad del acto*

Había un viejo requisito jurisprudencial en el sentido de que la estabilidad requería que el acto fuera regular, es decir, que fuera válido o anulable, no nulo o inexistente. Esa exigencia ha perdido sentido práctico en el actual sistema del decreto-ley y sus modificaciones. Como veremos tanto el acto nulo como el anulable y por supuesto el válido, tienen estabilidad en tanto otorguen derechos. Esta simple enunciación, con todo, debe ser matizada con la alambicada redacción de los arts. 17 y 18.

En el caso *Carman de Cantón* la Corte cita a SARRÍA, del cual tomó el concepto de que el acto debía ser regular⁴⁷ en el sentido de “que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)” y si bien aquel autor posteriormente expresó en el punto que el acto es regular “si no está viciado en modo alguno,”⁴⁸ no es ése el sentido que la expresión tiene en la jurisprudencia anterior al decreto-ley.⁴⁹

Por el contrario, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la propia administración admiten que también son regulares y tienen estabilidad p. ej. los actos que contienen errores de hecho, o que incurren en error leve de derecho. Actualmente el art. 18 del decreto-ley recoge expresamente la tesis de la irrevocabilidad del acto regular, pero como según el art. 17 también el acto nulo es irrevocable cuando otorga derechos, en definitiva no hay distinción. Por cierto es un tema en debate.

El fundamento de reconocer estabilidad también a algunos actos viciados es claro: “Cuando el acto tiene *color legal*, aunque después su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos *aparentes*, que si bien no tienen el vigor necesario para resistir su futura anulación, aparejan sin embargo el derecho a

⁴³ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 357. En igual sentido expresaba BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional,” *JA*, 1960-II, 627, 631: “Los plazos para interponer recursos que la ley concede al particular no rigen a favor del poder administrador para permitirle revocar. De modo que el acto que confiere derechos puede revocarse hasta el instante de la notificación, pero no después.”

⁴⁴ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵ Cfr. FIORINI, *op. cit.*, p. 385, cuya opinión, anterior al decreto-ley, no fue recogida por éste.

⁴⁶ En cuanto al acto nulo, ver *infra*, § 7.2.1.1, “«Prestaciones» o «derechos subjetivos».”

⁴⁷ No lo exigía, en cambio, el viejo Código VARELA de la Provincia de Buenos Aires: *supra*, nota 7.

⁴⁸ SARRÍA, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁴⁹ CSJN, *Fallos*, 258: 299, 301, *Guerrero de García*, 1964, “la estabilidad de los actos administrativos rige respecto de las decisiones dictadas en materia reglada y de manera regular, requisito este último que requiere el cumplimiento de los recaudos externos de validez —forma y competencia— y además la ausencia de error grave de derecho.”

que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales y previas todas las pruebas necesarias. Hay principios constitucionales que abonan tal solución.”⁵⁰ Dicho en otras palabras, es el principio del debido proceso legal y la garantía de acceso a la justicia que impiden a la administración revocar por sí y ante sí estos actos: Para privarlos de efectos, debe recurrir a la llamada acción de lesividad; no siempre lo hace.⁵¹

7.1. *El acto anulable tiene estabilidad*

Con criterio general, puede señalarse que los actos administrativos anulables, o “relativamente nulos,” que padecen por lo tanto de un vicio no demasiado grave, no son revocables y están alcanzados por el principio de la estabilidad que consagra el art. 18 del decreto-ley, de conformidad a la jurisprudencia y doctrina anterior.⁵² El art. 18 habla de acto regular, oponiéndolo al acto irregular, del cual trata el art. 17, aclarando que allí se refiere al acto *nulo*. En la terminología del decreto-ley 19.549/72, que sigue en este aspecto al Proyecto de 1964 y al Proyecto de LINARES y nuestro, el acto regular es entonces a los efectos de la estabilidad tanto el acto válido como el *anulable*.

7.2. *La estabilidad del acto nulo*

Hasta el dictado del decreto-ley, la regla era que el acto nulo no tenía estabilidad. Dicha solución había sido criticada por DIEZ,⁵³ quien sostuvo que “si el poder judicial no puede invalidar de oficio un acto que tiene una invalidez absoluta y manifiesta, no se comprende por qué razón pudiera hacerlo el poder administrativo.”⁵⁴ Nosotros habíamos señalado la inconsecuencia de otorgar presunción de legitimidad al acto nulo, como hacía en aquel entonces la jurisprudencia y en cambio negarle estabilidad.⁵⁵ Dijimos también que parecía “preferible negarle presunción de legitimidad al acto nulo, pero reconocerle de todos modos estabilidad, que es la solución más congruente con el sistema político consagrado por la Constitución.”⁵⁶

⁵⁰ PTN, *Dictámenes*, 42: 179; LINARES, *op. cit.*, p. 28, trae a su vez varios precedentes jurisprudenciales en igual sentido.

⁵¹ Como lo explica VEGA, SUSANA ELENA, en “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” *LL, Sup. Adm.* marzo 2007, p. 20; ver también BIANCHI, “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?” *ED*, 132: 808.

⁵² Ver LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 29, MARIENHOFF, *Tratado...*, *op. cit.*, t. II, p. 622; nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964, arts. 146 y 149.

⁵³ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 330.

⁵⁴ En igual sentido BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *El derecho constitucional del poder*, t. II, Buenos Aires, 1967, p. 188. En el mismo sentido parecería pronunciarse MARIENHOFF en su trabajo “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” *op. cit.*, p. 16, cuando expresa: “sólo las vías de hecho, las groseras violaciones de la ley, escapan a tal afirmación.”

⁵⁵ *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., p. 130.

⁵⁶ *Op. loc. cit.*

Pues bien, el decreto-ley establece ahora que el acto nulo —entiéndase, de gravamen— no tiene estabilidad y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa; esta parecería ser la regla general del acto de gravamen, pero si el acto es favorable o ampliatorio de derechos, entonces solamente puede ser declarada su nulidad, si existe, en sede judicial. Esta norma resulta de una latitud tan general que lo que parece planteado como excepción termina siendo, en definitiva, la regla. Desde este punto de vista las aparentes excepciones no son sino las condiciones de la estabilidad del acto nulo.

7.2.1. *Requisitos de la estabilidad del acto nulo*

El art. 17 del decreto-ley 19.549/72 decía que “No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad.” En 1977 se modifica la primera parte: “No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.” Esto plantea dos problemas que analizaremos a continuación.

7.2.1.1. *“Prestaciones” o “derechos subjetivos”*

La redacción de 1972 era equívoca al hablar de prestaciones en vías de cumplimiento y en este sentido es más amplia la reforma de 1977, que protege al acto nulo de su revocación en sede administrativa siempre que el acto hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sin importar si tales derechos subjetivos se concretan en prestaciones o no y aclarando que ha de tratarse de derechos que se estén cumpliendo y no que estén en vías de cumplimiento. En consecuencia, cualquier clase de derecho subjetivo nacido al amparo de un acto nulo queda amparado también por la regla de la estabilidad. La única condición que la norma pone es que el derecho se esté cumpliendo, o dicho en otras palabras, que *el acto haya sido ejecutado, o haya comenzado a ejecutarse* y falten efectos aún pendientes de ejecución, al momento de plantearse su posible revocación.⁵⁷

7.2.1.2. *Acto “firme y consentido”*

Menos afortunada es la reforma al art. 17 al incorporar el requisito de que el acto, para ser irrevocable, debe estar firme y consentido.⁵⁸ Ya hemos dicho en el § 6 que las viejas exigencias de fallos y autores (acto firme, acto definitivo, acto firme y definitivo) no eran sino fuente de confusiones y que debían ser resumidas en el único requisito de que el acto esté notificado, sin que importara si el particular lo había impugnado o no, o había o no transcurrido el plazo de la impugnación.

⁵⁷ CNFed CA, Sala II, *Gordillo*, 14-III-06, con nota de VEGA, “La desprotección...” *op. loc. cit.* En contra CRESPO, FERNANDA, “La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos?” en prensa.

⁵⁸ Lo segundo venía exigido por el Código VARELA: *supra*, nota 7.

La reforma es asistemática, ya que si no se exige para la estabilidad de los actos regulares según el art. 18 que el acto esté firme y consentido, no tiene coherencia introducir ese recaudo para la estabilidad de los actos irregulares según el art. 17. Interpretarlo literalmente es pretender forzar al particular a no discutir un acto que le confiere un derecho, bajo la posible amenaza de que el acto, al no estar firme y consentido, pudiera no tener estabilidad si algún futuro funcionario decide considerarlo nulo. Por ello entendemos que cabe aplicar la regla que no admite la *reformatio in pejus*. Aún impugnado el acto por el particular y por lo tanto no firme y consentido en su totalidad, cabe entender que *en la parte en que el particular ha aceptado o consentido lo resuelto en él*, se aplica la regla de la irrevocabilidad aún si el acto es nulo y que puede proseguirse la discusión administrativa del acto sobre la parte de él en que el particular exprese disconformidad. Al propio interés público le sirve mejor la discusión administrativa de un acto posiblemente nulo, para llegar si es del caso a su anulación judicial, que el silencio forzado por un consentimiento que el particular hubiere de dar para no remover la cuestión. Por todo ello entendemos que a pesar de lo reformado por el decreto-ley 21.686/77, no cabe exigir como recaudo de la irrevocabilidad del acto nulo que el acto esté firme y consentido en su totalidad, bastando que esté notificado al interesado.⁵⁹

7.2.2. *La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable*

La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto, es garantizar el ejercicio normal de los derechos que de él nacen hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco *suspenderlo*,⁶⁰ pues esto último

⁵⁹ Es aplicable la doctrina que mencionamos *supra*, § 6, "Que sea notificado al interesado." Esto no es una forma de reconducir otras expresiones antiguas hoy no vigentes, como allí explicamos, ya que no seguimos la distinción que otros autores hacen entre acto administrativo válido y eficaz.

⁶⁰ CNFed. CA, Sala I, *Vizcarra, LL*, 1995-E, 486, con nota coincidente de REJTMAN FARAH, MARIO, "Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita. (Una sentencia saludable.)" MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 797 y ss; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 377-8; *Régimen...*, *op. cit.*, p. 140; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 179; POZO GOWLAND, HÉCTOR M., "La suspensión de los efectos de los actos administrativos," *LL*, 1993-B, 425; MARCER, ERNESTO A., "La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al art. 17 de la ley 19.549," *LL*, 1981-C, 305; MURATORIO, JORGE I., "Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)," *LL*, 1995-D, 1205, 1213; MARTÍNEZ, HERNÁN J., "La tutela cautelar administrativa. Suspensión del acto administrativo," *RDA*, 2: 341; GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 355. En contra COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, *op. cit.*, p. 184 y ss.; CANDA, FABIÁN OMAR, "La suspensión del acto administrativo estable," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 106 y ss.

implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar, que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior. Ello es eminentemente peligroso en un país como el nuestro en que cada administración demoniza a la anterior, y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia. La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto es inválido, y nada le impide pedir *judicialmente*, como medida cautelar, la suspensión del acto.⁶¹ No se trata de que la administración quede inerte frente a eventuales actos nulos de sus predecesores, sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión de sus efectos.

Esta *prohibición* de suspender el acto *estable favorable*—que confiere derechos a los particulares— debe ser distinguida de la *obligación* de suspender el acto *de gravamen*—el que impone deberes o sanciones, p. ej. una multa— cuando se invocare fundadamente una nulidad absoluta. No hay solamente *una* categoría “suspensión del acto administrativo,” sino *dos* supuestos bien diferenciados:

a) Suspensión del acto que confiere *derechos*, que está *prohibida* por el art. 17 y

b) suspensión del acto que impone *cargas* o *deberes* al individuo, que constituye entonces un *deber* de la administración cuando existe nulidad absoluta.⁶²

En virtud de lo expuesto, los efectos favorables o prestaciones originadas por el acto que hayan tenido comienzo de ejecución, no pueden ser interrumpidos por la administración, sea por revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto.

7.2.3. Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular

No se trata de que la mera objeción del particular paralice el acto, ni tampoco que el mero arbitrio del funcionario habilite su ejecución. Es necesaria la alegación razonablemente fundada de una nulidad absoluta, lo cual equivale en su caso a la razonablemente fundada resistencia⁶³ del particular a cumplir el acto nulo. Si el particular se equivoca en desobedecer un acto que creía nulo pero no lo era, será sancionado al determinarse que el acto era válido o anulable; si el funcionario se equivoca al no suspender el acto que el particular le demostró que era nulo pero él no le creyó, será sancionado por ejecutar indebidamente un acto nulo. Son las consecuencias del ejercicio del libre albedrío, de la libertad de elección que importa también la posibilidad de elegir equivocadamente el error y en consecuencia pagar por dicho error.

⁶¹ HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. loc. cit.*

⁶² La cuestión es debatida: comp. COMADIRA, *op. cit.*, p. 184, nota 245.

⁶³ Proporcionada, con adecuación de medio a fin, etc. Es un criterio análogo al de la legítima defensa —y el exceso en la legítima defensa— en el derecho penal.

7.3. La protección contra la revocación del acto estable

Si la administración revoca un acto que conferiría un derecho a un particular, el acto de revocación a su vez podrá ser válido según que el primer acto fuera nulo o anulable, respectivamente y en el primer caso según que el acto haya o no otorgado prestaciones que estén siendo ejecutadas o hayan sido ejecutadas. Ahora bien, como determinar esto último puede ser una cuestión opinable o discutible en un caso concreto,⁶⁴ puede llegar a aducirse que el acto de revocación no resulta en un caso particular gravemente arbitrario al pronunciarse en un sentido determinado. En otras palabras, podría sostenerse, en esta línea de pensamiento, que la administración puede sin cometer grave arbitrariedad revocar un acto *anulable* por considerarlo *nulo*; y si el acto de revocación no tiene *grave arbitrariedad* (aunque tenga error de apreciación del grado de invalidez del acto anterior), tendría entonces a su vez *presunción de legitimidad*.

El argumento, a más de alambicado, puede destruir toda la esencia de la estabilidad y es obvio que con ello se produce un círculo vicioso en desmedro de los derechos del individuo; tal es lo que ha ocurrido en el caso *Cáceres Cowan* (1961), en el cual la Corte Suprema sostuvo que la revocación por la administración de un acto que reconocía un determinado derecho, no constituía, a su juicio, en la situación allí debatida, “un caso de ilegalidad manifiesta que autorice la revisión del pronunciamiento por vía del recurso de amparo.”⁶⁵

De allí se desprendería que en los casos en que la administración revocara un acto estable, salvo casos de manifiesta arbitrariedad, la vía adecuada para restablecer el derecho lesionado, según la Corte,⁶⁶ no sería del amparo; y que el planteo adecuado no sería tampoco el de la violación de la estabilidad, aunque de hecho dicha violación exista, sino más bien el de la procedencia del derecho de fondo. O sea, se trataría de reclamar por la vía ordinaria el derecho de fondo, no tanto porque ya fue otorgado por la administración en un acto ahora revocado, sino porque de todos modos se tiene derecho a él, lo haya o no reconocido la administración antes o ahora. Desde luego, tal planteo implicaría reducir mucho el valor y la significación de la estabilidad pero es la conclusión a que llevaría ese fallo si se lo interpreta con el rigorismo de su texto. Estos son precedentes lejanos del creciente deterioro del derecho público argentino.

De nada servirá la estabilidad si el tribunal que juzga la validez del acto revocatorio se apoya simplemente en su presunción de legitimidad, sin valorar acabada y adecuadamente la validez intrínseca del primer acto. Si la administración revoca un acto por considerarlo nulo, lo primero que el tribunal debe inexcusablemente hacer es analizar si el acto *revocado* era efectivamente nulo o

⁶⁴ La cuestión como se ve es contingente, «depende de las particularidades del caso concreto que se considere»; SC de Mendoza, JA, 1968-I, pp. 765 y ss., 771-2, *Buschman Garat*, 1967.

⁶⁵ CSJN, Fallos, 250: 491, 501, *Cáceres Cowan*, año 1961.

⁶⁶ Se admitió, en cambio, la procedencia del amparo contra un acto que deja sin efecto otro acto dotado de estabilidad: CNCiv., Sala E, LL, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

en cambio anulable,⁶⁷ sin estar influido para ese análisis por ninguna supuesta presunción de legitimidad del segundo acto, el de revocación.

En este sentido destacamos un fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en un caso de revocación en el que se aducía por el accionante que se había lesionado la estabilidad del acto revocado, en el que el tribunal analizó detallada y exhaustivamente la validez o nulidad del *acto cuya estabilidad se pretendía violada*, llegando correctamente a la conclusión de que el acto era nulo y pudo en consecuencia ser válidamente revocado por la administración, sin fundarse en cambio el tribunal en el erróneo argumento de que el segundo acto —el revocatorio— tuviera presunción de legitimidad.⁶⁸

También encontramos un correcto razonamiento en el caso *Pustelnik*, fallado por la Corte Suprema nacional en 1975,⁶⁹ aunque es de advertir que la vía elegida por el accionante no fue la acción de amparo. De cualquier manera, si el acto que revoca un acto estable es considerado inválido y el tribunal o la misma administración deciden extinguirlo, no es de aplicación la regla de que la abrogación de un acto abrogatorio no hace renacer la primera norma, sino que por el contrario la extinción del acto que ilegítimamente pretendía revocar el acto estable, tiene por efecto específico hacer renacer el primer acto; en otras palabras, el acto revocatorio de un acto estable es nulo y por ello su extinción es retroactiva.

8. *Que se trate de un acto de la administración activa*

La Corte Suprema, al fundar en 1936 el principio de la estabilidad del acto administrativo, hizo una evidente trasposición de criterios emanados de un sistema de control jurisdiccional, como lo prueba la redacción del fallo y el nombre elegido, *cosa juzgada administrativa*; de allí que haya también dicho que en estos casos es necesario que el acto haya sido dictado “actuando la administración como Juez.”

Sin embargo, ello es un obvio error de lenguaje producto de una época en que todavía la influencia de la antigua doctrina francesa tenía alguna llegada a nuestro país por la vía del derecho español preconstitucional, pues en nuestro sistema la administración no puede actuar como juez. Esto lleva a algunos autores a expresar que el requisito es que el acto provenga de la administración activa,⁷⁰ agregando otros que no ha de tratarse del ejercicio de actividad “jurisdiccional” de la administración, pues en tales casos habría cosa juzgada judicial.⁷¹ Pero lo que a ese respecto se diga depende del criterio que se adopte en materia de

⁶⁷ O si, aún siendo nulo, le alcanzaba la excepción de la segunda parte del art. 17.

⁶⁸ SC de Mendoza, LL, 129: 1069, *Buschman Garat*, 1967 y JA, 1968-I: 765; en igual sentido, CNCiv., Sala E, LL, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

⁶⁹ *Fallos*, 293: 133; *supra*, cap. V, § 3.1, § 3.2 y § 5.3; *infra*, cap. XI, nota 4 y § 8.2, § 9.1.4, § 10, § 11.1.5, § 13, § 13.1.2, § 13.2.1 y § 16.

⁷⁰ LINARES, *Fundamentos...*, p. 353.

⁷¹ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 617.

existencia o inexistencia de facultades jurisdiccionales de la administración. Ya hemos expresado que la administración no ejerce, en nuestro sistema constitucional, tal tipo de facultades.⁷² Por lo tanto, entendemos que ningún acto de la administración hace o puede hacer *cosa juzgada* en sentido estricto o sustancial y que todos sus actos, incluso los dictados por órganos seudojurisdiccionales pueden tener la estabilidad propia de los actos administrativos siempre que cumplan con los demás requisitos enunciados. No consideramos necesario, entonces, agregar el requisito de que el acto debe provenir de la administración activa; por lo demás, el decreto-ley no ha establecido esta exigencia.

9. *Dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales*

La vieja jurisprudencia de la Corte exigía que el acto fuera dictado en ejercicio de facultades regladas para tener estabilidad. El actual decreto-ley no lo exige, recogiendo así la doctrina dominante en el país.⁷³

Al respecto cabe recordar aquí que la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse está librada a la apreciación del administrador; es reglada cuando hay una norma jurídica que se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público. En tales casos el administrador no tiene elección posible; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.⁷⁴

Este viejo requisito ya había perdido gran parte de su importancia antes del decreto-ley. En primer lugar y como lo señaló JUAN FRANCISCO LINARES⁷⁵ “La afirmación de la Corte de que los actos discrecionales hacen cosa juzgada (se refiere desde luego a la cosa juzgada administrativa) [...] no condice con la propia jurisprudencia de la Corte si ella es examinada con enfoque sistemático,” es decir, que hay fallos que también han admitido, pero sin decirlo, que hubiera irrevocabilidad aunque se hubieran ejercido atribuciones discrecionales. En igual sentido dijo SARRÍA, siguiendo a FERNÁNDEZ DE VELAZCO, que “Dictado un acto declaratorio discrecional, éste ya no es revocable porque al crearse el derecho, aquella facultad (la discrecional) modifica su naturaleza y el acto revocatorio no sería ya discrecional.”⁷⁶ También MARIENHOFF señaló que “los derechos subjetivos nacidos de actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional de la Administración, tienen idéntica sustancia. Si

⁷² Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a § 21, “Resumen de las funciones del Estado.”

⁷³ LINARES, *Cosa...*, *op. cit.*, pp. 116-7. En el derecho comparado, p. ej. FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 263: “El principio de irrevocabilidad alcanza de igual suerte a los actos reglados que a los actos discrecionales.”

⁷⁴ DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDAMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 216 y ss.; ampliar *supra*, t. 1, cap. X, § 10, “Introducción,” a § 12, “Aspectos que comprende la regulación.”

⁷⁵ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 150; *Fundamentos...* *op. cit.*, pp. 357-9.

⁷⁶ SARRÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba 1950, p. 150.

el derecho nacido de un acto administrativo emitido por la Administración en ejercicio de facultades regladas es irrevocable por la propia Administración, igual prerrogativa debe acompañar al derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades discrecionales. No hay razón alguna que justifique lo contrario.”⁷⁷ En igual sentido expresaba DIEZ que “Poco importa que el acto haya nacido de la actividad reglada o de la discrecional de la administración [...] el derecho subjetivo habrá surgido, sea que la administración actuara en ejercicio de sus facultades regladas o discrecionales.”⁷⁸ La doctrina era uniforme y el decreto-ley no recogió entonces la tradicional exigencia jurisprudencial en este punto. Aunque el acto emane del ejercicio de facultades principalmente discrecionales, pues, de todos modos lo ampara el principio de estabilidad.

10. *Excepciones a la estabilidad*

10.1. *Las excepciones normativas*

El art. 18 establece excepciones a la regla de la estabilidad, que si bien trata dentro de la estabilidad del acto regular, se aplican con mayor razón al acto nulo cuando éste tiene estabilidad (art. 17, 2ª parte). Las excepciones no existían todas en la jurisprudencia, pero tenían precedentes en nuestro Proyecto de 1964⁷⁹ y en el de LINARES y nuestro. Pero la norma va demasiado lejos.

10.1.1. *Connivencia dolosa*

La primera excepción que trae el art. 18 al principio de la estabilidad se da cuando el interesado “hubiere tenido conocimiento” del vicio del acto. Se trata, desde luego, del caso en que el vicio haya afectado la validez del acto, transformándolo en anulable o nulo. Si el vicio es intrascendente y no afecta la validez del acto, entonces la excepción comentada no es de aplicación. Ahora bien, aunque el art. habla de que el interesado haya tenido conocimiento del vicio, pensamos que no puede interpretárselo literalmente, muchas veces el particular tiene conocimiento del vicio del acto, pero no tiene responsabilidad directa o indirecta por su comisión. Entran en esta categoría todas las situaciones en las cuales el funcionario actuante es un funcionario de facto, con un nombramiento irregular o inválido, pero que ejerce pacíficamente la función. En estos casos, la doctrina ya tradicional del gobierno de facto convalida el ejercicio de la función, en lo que a los particulares respecta.⁸⁰ La jurisprudencia en este sentido es firme. Nació a raíz de impuestos pagados a gobiernos irregulares que ejercieron efectivamente el poder. La Corte dijo que el gobierno constitucional no podría pretender cobrar

⁷⁷ MARIENHOFF, *Tratado de derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 101, nota 144 y p. 680.

⁷⁸ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 328.

⁷⁹ Arts. 203, 215 y concordantes.

⁸⁰ Ver, con todo, DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza)”, en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 93-119.

nuevamente el impuesto, una vez restablecido en el poder.⁸¹ Igual solución debe aplicarse en este caso, a pesar de la imprecisa redacción de la norma. Debe entenderse, pues, que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acto para que éste carezca de estabilidad; se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación a la emisión del acto de cuya revocación se trata. En definitiva, debe existir colusión, corrupción, connivencia dolosa, en vez de mero conocimiento.⁸²

Cabe destacar el vuelco que tuvo la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, que ella misma explica en los siguientes términos:

“Si bien esta Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en Dictámenes 234: 588 que la mala fe se presume, al entender que los beneficiarios de un acto administrativo viciado de nulidad al momento de dictarse la medida en análisis, tenían pleno conocimiento del vicio, o debieron tenerlo, con posterioridad a ello revisó ese criterio y sostuvo en Dictámenes 245: 280 que este conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley (v. art. 14 inc. b), LNP), ni colegirse de aquélla la conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado (v. Dictámenes 153:213; 172: 424; 175: 143; 179: 35; 180: 125; 195:49; v. también Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, VI-18 ap. 10.1.1.)”

“Tamaña conclusión se encuentra sin duda en contradicción con la presunción de inocencia de rango constitucional (v. art. 18, C.N.), la que no debe ser limitada al campo del derecho penal sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.”

“[...] La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario.”

“No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior (v. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, 8a edición, 2003, pág. VI-13).”

⁸¹ CSJN, Fallos, 5: 155, *El Fisco Nacional, con varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, año 1868.

⁸² Ver también CARRILLO, SANTIAGO R., ¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto, *LL*, 2004-A, 324; PTN, Dictamen 285/06, publicado en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 70-6, especialmente punto II.2; con nota de ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”

“[...] En lo que atañe a la disposición [...], por aplicación del artículo 17 antes transcrito, dicho acto sólo puede ser anulado mediante decisión judicial y previa deducción de la pertinente acción de lesividad (v. Dictámenes 224:96 y 246:248, entre otros).”

“En el escrito de inicio de la acción, deberá solicitarse el dictado de una medida cautelar a efectos de obtener la suspensión del pago notoriamente mal liquidado al ahora recurrente, así como la del pago del adicional ilegítimamente concedido ya devengado.”

“En la petición deberá consignarse que la Administración ha efectuado la interpretación más favorable al administrado, al poner la duda en su favor -en cuanto a que desconocía el vicio del acto-, lo que produce como efecto que aquél no deba devolver las sumas percibidas antirreglamentariamente.”

“La medida cautelar servirá, así, no sólo para resguardar la legalidad y el erario público, sino que, además, impedirá que el administrado vaya sumando, mes a mes, una cifra que luego le resultará traumático devolver, por cuanto ya no podrá afirmarse el desconocimiento del vicio.”⁸³

10.1.2. *Revocación a favor del interesado*

Ya explicamos anteriormente que la estabilidad del acto se confiere a favor del interesado y no “del interesado y de la administración,” como algunos fallos lo pretendieron; por ello el art. 18 establece una excepción para el caso que la revocación beneficie al interesado.⁸⁴ Si bien la excepción es en cierto modo innecesaria ya que aunque la norma no lo dijera expresamente la respuesta sería de todos modos la misma, es sin embargo conveniente que se lo haya aclarado expresamente, pues de lo contrario podría resurgir quizás la tesis que criticamos. De este modo la cuestión queda resuelta por la norma legal expresa y no resta en este aspecto margen a discusión alguna.

La misma disposición agrega una condición limitativa a esta posibilidad de revocar un acto en favor del interesado y es que esa revocación a su favor no perjudique derechos de terceros.⁸⁵ En realidad ya la administración pública nacional había adoptado esa solución con anterioridad, de modo que en tal aspecto la norma no hace sino recoger la interpretación existente. Se trata fundamentalmente de casos en los cuales, existiendo competencia entre varios particulares por la obtención de un derecho —concurso para becas, premios, designaciones, etc.—, uno de ellos haya resultado beneficiado por un acto que lo designa ganador, lo nombra en un cargo, etc. En tales situaciones, si posteriormente ante el recurso de alguno de los que no resultaron favorecidos, se llegara a la convicción de que

⁸³ Ver las referencias de la nota anterior.

⁸⁴ PTN, *Dictámenes*, 246: 443.

⁸⁵ Igual solución en la antigua Yugoslavia: STJEPANOVIC, NIKOLA, “Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia,” en IEAL, *Libro de Homenaje a Enrique Sayagués. Laso, Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, t. V, Madrid, 1969, pp. 17-8.

en verdad el ganador no era merecedor del triunfo y que el acto carecía de causa o de razonabilidad, por no ajustarse a los hechos, no tener debidamente en cuenta todas las circunstancias del caso, no estar suficientemente motivado, etc., la regla aplicable no es que la administración revoque el primer acto y otorgue el derecho de que se trata a quien ahora estime corresponder, sino que plantee el asunto ante la justicia, sea ella misma por una acción de lesividad,⁸⁶ sea el particular afectado. En rigor, si la administración pudiera legalmente revocar el primer acto que beneficiaba al ganador originario y otorgar el derecho en cuestión al segundo, el primer beneficiario también acudiría probablemente a la justicia en amparo de lo que él entiende su derecho; de modo tal que la solución que se da es protegerlo a él en sede administrativa y que en todo caso el aspirante a la designación, premio, etc., vaya a la justicia.

Es de señalar que la norma que aquí se da bajo la afirmación de que la revocación no puede perjudicar derechos de terceros, es la misma que emerge del principio de irrevocabilidad del acto nulo que ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 *in fine*); en ambos casos se trata de la misma hipótesis: Protección del derecho adquirido y en particular protección de los actos ejecutados o comenzados a ejecutar. Si bien la solución es *prima facie* correcta, pueden apuntarse algunas dudas al respecto. En efecto, es claro que la actitud administrativa frente a cualquier impugnación de un acto administrativo que otorgue o reconozca derechos a un particular, será la de negarse a entrar en debate sobre la cuestión, porque a menos que el acto sea inexistente, hipótesis normalmente poco probable, la administración no podrá de todos modos revocar el acto, sea que éste resulte válido, anulable o incluso nulo.

Con bastante buen sentido práctico surgirá entonces la pregunta: ¿Para qué analizar el posible vicio del acto, si de todos modos no se lo podrá revocar en ninguna circunstancia normal?

La tendencia probable, en consecuencia, bien puede ser la de negarse de hecho a discutir actos que reconozcan derechos a otras personas que los recurrentes, bajo el argumento de que la cuestión es abstracta, por no poder la administración legalmente revocar el acto.

El argumento puede refutarse invocando la regla de que la administración debe cuidar de la vigencia del principio de la legalidad objetiva⁸⁷ y que debe investigar las alegaciones de vicios que se hicieren, pues aún en el caso de que no pudiera ella misma revocar el acto, puede y debe presentarse ante la justicia pidiendo su anulación, si las circunstancias del caso la llevan a la convicción de que efectivamente se trata de un acto nulo o anulable.⁸⁸ La administración no

⁸⁶ Es decir, una acción judicial de la administración pidiendo que se anule el acto que ella no puede revocar.

⁸⁷ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 14, "Principio de la legalidad objetiva."

⁸⁸ De todas maneras, esa norma habilita la instancia judicial sin necesidad de impetrar en sede administrativa, al impedir una solución administrativa a la nulidad alegada.

puede ni debe desentenderse de las alegaciones de nulidad que se hagan, por su obligación de atender a la vigencia del señalado principio y porque no sería cierto afirmar que no puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Ella debe hacer, en el derecho español, una manifestación de “lesividad” que declara al acto como contrario al orden jurídico, sin revocarlo, para luego recabar de los órganos judiciales la investigación del vicio, mediante la acción que se instaurará, a fin de que la justicia resuelva en definitiva si el acto era legítimo o no y si corresponde o no declarar su extinción. En nuestro país no es necesaria dicha declaración y en definitiva el camino es jurídicamente sencillo, pues le basta con iniciar la acción judicial de nulidad de su propio acto y pedir su suspensión judicial en una medida cautelar, para lograr su objetivo inmediato.

10.1.3. *La revocación de los actos precarios*

Es posible encontrar casos en que ciertos actos son dictados confiando un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título *precario*. En nuestro proyecto de 1964 poníamos como condición adicional que el acto hubiere sido *válidamente* otorgado a título precario, pues es claro que hay muchas situaciones en que la precariedad resulta sospechosa.⁸⁹ En otros términos, el particular se ve prácticamente extorsionado por la administración, que no le otorga un permiso, habilitación, etc., sino bajo la condición de que lo reciba a título precario. El caso más frecuente de precariedad es el de los permisos de ocupación del dominio público, que se otorgan por lo general bajo la expresa condición de que pueden ser revocados en cualquier momento, sin derecho a indemnizaciones por la revocación misma;⁹⁰ los permisos precarios para la prestación de algunos servicios públicos; los casos de autorización “de ejercer industrias peligrosas.”⁹¹ Sin duda, si un acto administrativo reconoce un derecho expresa y *válidamente*⁹² a título precario, la revocación por razones de oportunidad es procedente. Así lo dice expresamente

⁸⁹ Cabe “excluir la admisibilidad de una *reserva de revocación* que tienda a permitir una revocación aún por fuera de las expresas condiciones a las cuales la norma subordina la potestad de revocación expresamente concedida: no es admisible [...] que por su propia voluntad la administración pueda ampliar la esfera de libertad de acción expresamente limitada por el orden jurídico.” ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, 2ª ed., p. 99 y nota 6.

⁹⁰ CSJN, *Fallos*, 165: 406, *Dondero*, año 1932; LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 150; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 339; GRAU, ARMANDO E., *Resumen sobre la extinción de los actos administrativos*, Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, Buenos Aires, 1960, p. 81; GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

⁹¹ LINARES, *op. loc. cit.*

⁹² Esta redacción viene, por vía del proyecto de JUAN FRANCISCO LINARES y nuestro, de nuestro propio proyecto de Código Administrativo del año 1964, el cual a su vez tiene como fuente a SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 523, nota 5: “la precariedad capaz de justificar una revocación debe ser lícita, no impuesta ilegalmente por la administración en vista precisamente de una revocación ulterior, que sin aquella no sería procedente.” Por ello consideramos que la revocabilidad “por su naturaleza” que preconiza HUTCHINSON, del acto precario en todos los supuestos, *op. cit.*, p. 145, no se ajusta al texto ni al espíritu de la norma, a tenor de todos sus antecedentes directos e indirectos, como nuestro proyecto.

el art. 18 del decreto-ley 19.549/72, en afirmación que no estimamos excluyente del caso en que el acto es implícitamente precario, como ocurre con los permisos de uso del dominio público.⁹³ Por lo demás, aún cuando la revocación sea procedente porque al acto fue dictado expresa y *válidamente* a título precario, o porque la precariedad surge implícitamente de la naturaleza del derecho conferido, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria. Deben evitarse sorpresas y súbitos cambios de criterio.⁹⁴ Ha de darse al afectado oportunidad de readecuar su comportamiento si de ello se trata. En consecuencia, debe otorgarse un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación⁹⁵ y éste debe ser razonablemente fundado.⁹⁶ Si la revocación se funda en una modificación de las circunstancias de hecho existentes al momento de dictarse el acto originario,⁹⁷ ella es razonable y la revocación legítima,⁹⁸ aunque puede llegar a ser procedente la indemnización. Si, en cambio, la revocación se funda *a)* en un mero cambio de opinión de la autoridad administrativa,⁹⁹ esto es, en una distinta valoración de las mismas circunstancias que dieron origen al acto, o *b)* en circunstancias existentes al momento de dictarse el acto originario, que no eran conocidas por culpa de la administración y sin que mediara ocultamiento por parte del interesado, o *c)* en una distinta valoración del interés público afectado, pensamos que la revocación procede pero que debe indemnizarse el daño ocasionado, incluso tratándose de derechos precarios, pues la precariedad es frente a actos razonables, no frente a la arbitrariedad de la administración. Y va de suyo, como quedó dicho, que si el acto goza de estabilidad no puede ser revocado ni siquiera mediante indemnización, salvo una ley que expresamente disponga lo contrario, calificando de utilidad o interés público el derecho reconocido y declarándolo sujeto a revocación o expropiación.¹⁰⁰

⁹³ Nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964 dispone en su art. 215: “Los permisos de uso del dominio público y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, pueden ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia; pero la revocación no debe ser intempestiva ni arbitraria y debe darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”

⁹⁴ CABA, CCAyT, Sala I, 13-VII-06, *Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo*, con nota de FERNÁNDEZ, LEANDRO HERNÁN, “Frente a la revocación de actos otorgados a título precario: ¿Existe alternativa posible que garantice los derechos del permisionario?” en prensa.

⁹⁵ Pues ha de procurarse ocasionar el menor daño posible.

⁹⁶ En igual sentido CARRILLO, SANTIAGO R., “Jueces, interés público y cuota Hilton,” *LL, Sup. Act.* 21-X-04, p. 1 y *Sup. Act.* 26-X-04, p. 3; del mismo autor, “Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton,” *LL*, 2005-F, 331.

⁹⁷ STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 281, admite esta causal de revocación en los actos que tienen la cláusula *rebus sic stantibus* y también cuando el cambio es en los hechos que fueron motivo de la emisión del acto.

⁹⁸ Por ejemplo, situaciones de riesgo por sobreexplotación de poblaciones marinas: CARRILLO, SANTIAGO R., “El interés (del) público en el Régimen Federal de Pesca,” *ResPublica Argentina, RPA*, 2006-1: 84/6.

⁹⁹ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁰ Ver *infra*, § 10.2, “La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18.”

10.1.3.1. *Cargos sin estabilidad*

El supuesto que pasamos a considerar no es una excepción a la estabilidad distinta a la anterior, sino solamente un sub caso de ella. Las designaciones en la administración pública tienen estabilidad relativa,¹⁰¹ salvo en los cargos que están siempre a la disposición de la autoridad que los designa: ministros, secretarios, asesores de gabinete, etc. Si bien es posible postular en el derecho comparado que el cargo de sub-secretario sea parte de la carrera administrativa y tenga por ende estabilidad, lo cierto es que no es la solución de nuestro derecho.¹⁰² En consecuencia se puede disponer el cese de sus funciones en cualquier momento, sin invocación de causa alguna.¹⁰³ Es uno de los supuestos en que no parece necesario que el acto tenga motivación o fundamentación, ni requiera sumario o defensa previa, porque no importa un juicio de valor sobre la persona ni su desempeño.¹⁰⁴ Si el acto expresamente formula consideraciones negativas sobre el funcionario puede generar responsabilidades pero no por ello el funcionario tiene derecho a continuar en el cargo.¹⁰⁵ Lo mismo ocurre si un agente es separado del cargo durante el período de prueba, en que aún no tiene estabilidad.

10.1.3.2. *La revocación de permisos de estacionamiento*

El permiso de estacionamiento en la vía pública puede resultar del simple hecho de colocar el vehículo en un lugar y hora permitidos, o del pago de un canon por utilización del espacio público por un determinado lapso, o de la autorización verbal o por signos de un agente de policía. En cualquiera de esos supuestos se sobreentiende que el permiso es revocable, sin necesidad de comunicar siquiera un acto igual y contrario, cuando necesidades del tránsito lo requieran. Es el caso en que la calle resulte ser, ese día y a esa hora, parte del recorrido de un mandatario extranjero. Los vehículos que estaban bien estacionados son removidos sin más de la vía pública, sin indemnización. Una vez más, el art. 18 nada tiene que ver en esta cuestión.

10.1.4. *La revocación de los contratos*

La regla que supuestamente permite revocar, modificar o sustituir el acto por oportunidad es de aplicación potencial solamente en el caso de los actos administrativos en sentido estricto, no así en el caso de los contratos, pues ellos están excluidos de la aplicación directa no pertinente de estas normas, según se des-

¹⁰¹ *Supra*, t. 1, cap. XIII, § 10, "La estabilidad del empleado público." En los cargos estables ver CSJN *in re Madorrán*, 3-V-07, con nota de SABATINO ARIAS, MARÍA AGOSTINA, "¡Finalmente, la estabilidad del empleado público es propia!" *LL, Supl. Adm.*, 2007 (agosto), en prensa; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Madorrán: ¿Una nueva perspectiva para los contratados?" *LL, Supl. Adm.*, en prensa.

¹⁰² CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790 (1999).

¹⁰³ CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790.

¹⁰⁴ CNFed. CA, Sala IV, *Figueroa, LL*, 2000-C, 790.

¹⁰⁵ Se puede, en efecto, convertirlo en separación sin expresión de causa. Ver *infra*, cap. XII.

prende del art. 7º *in fine* del decreto-ley 19.549/72.¹⁰⁶ La aclaración alcanza a los contratos de obras, suministros, concesiones, etc. Por eso la distinción entre acto y contrato no es cuestión académica: tiene consecuencias en el derecho positivo.

10.1.5. *El caso de los permisos de construcción*

Un ejemplo de precariedad a nuestro juicio *ilícita* es la que algunos fallos asignan a los permisos de construcción.¹⁰⁷ Como dice TESTA,¹⁰⁸ “debe considerarse ilegítima la revocación por sólo motivos de oportunidad o por la voluntad de la administración comunal [...] de variar el plan regulador en base al cual fue otorgada la licencia.” Agrega, siguiendo la jurisprudencia italiana, que “se considera posible la revocación de la licencia cuando, posteriormente a su emisión, entran en vigor normas edilicias diversas de aquellas aplicadas por el interesado en la preparación del proyecto aprobado por la Comisión edilicia, *siempre que las obras no hayan sido aún iniciadas*. Por lo demás, no sería admisible una norma que tornara posible la revocación de la licencia cuando las obras hubieran tenido ya iniciación; y esto no solamente porque se terminaría por sancionar la retroactividad de cualquier disposición futura, sino también porque se perjudicaría gravemente la actividad constructiva.¹⁰⁹ “No pueden, por lo tanto, ser impuestas por las administraciones comunales variaciones al proyecto, que a su tiempo fue reconocido como conforme a las normas en vigor; en cuanto el poder de evaluar la conformidad a las exigencias de ambientación, decoro, mérito arquitectónico y racionalidad del proyecto mismo, se ha extinguido al momento de otorgarse la licencia.”¹¹⁰

En Francia, de acuerdo al Código de Urbanismo y de la Habitación, los permisos pueden darse en ciertos casos en forma precaria y en otros en forma definitiva.¹¹¹ Cuando el permiso es definitivo, el único medio jurídico de que dispone la administración es el de la expropiación por causa de utilidad pública y por el procedimiento señalado en la ley, para poder proceder a la extinción del derecho en cuestión.¹¹² En España se prevé en ciertos casos la suspensión del otorgamiento de licencias, pero una vez que la licencia es otorgada, ella no puede ya ser revocada,¹¹³ en forma

¹⁰⁶ Según la opinable reforma efectuada por el decreto 1023/01. Lo explicamos *supra*, cap. IV, § 8, “Actos y contratos administrativos,” texto y notas 96, 110 y 117.

¹⁰⁷ CNCiv., Sala F, *Hopstein*, 1971, ED, 42: 176, con nota de CASSAGNE, “La revocación de la autorización para construir por razones de interés público.”

¹⁰⁸ TESTA, VIRGLIO, *Disciplina urbanistica*, Milán, 1964, 2ª ed., p. 549 y jurisprudencia, nota 219.

¹⁰⁹ TESTA, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ TESTA, *op. cit.*, p. 550; MAZZAROLLI, LEOPOLDO, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padua, 1966, pp. 507-8; MEREGAZZI, RENZO, “Tutela giuridica degli interessi dei terzi in materia di pianificazione urbanistica,” en *Atti del VIIº Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. La pianificazione urbanistica*, Milán, 1962, p. 117 y ss., p. 135.

¹¹¹ *Code de l'Urbanisme et de l'Habitation*, 1964, arts. 86, 87 y 93.

¹¹² POISSORNIER, ANDRÉ, *La rénovation urbaine*, París, 1965, p. 179.

¹¹³ GUAITA, AURELIO, *Derecho administrativo especial*, t. II, Zaragoza, 1962, pp. 259, 261-3; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar planes de ordenación urbana,” *Revista de derecho urbanístico*, 11: 13-16, Madrid, 1969.

coincidente con el principio de la no retroactividad del acto administrativo.¹¹⁴ En suma, a falta de normas expresas en nuestro sistema, entendemos que no es el permiso de construcción uno de aquellos que por su propia índole pueda ser considerado precario; una vez otorgado el permiso y comenzada la construcción, no cabe ya a nuestro juicio la revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia. Pero cabe recordar que hasta la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik (Fallos, 293: 133, 1975)* admitió la revocación por razones de oportunidad de este tipo de permisos, aún encontrándose iniciada la construcción. El disvalor de la solución nos parece claro, no sólo por lo ya expuesto, sino porque abre una peligrosa brecha para que se generen importantes derechos indemnizatorios a favor de titulares de permisos que sean revocados por razones de conveniencia no siempre suficientemente sopesadas.

Algo de eso se pudo advertir en la CABA cuando su Jefe de Gobierno dispuso por decreto 1929/06 la suspensión por el término de 90 días del trámite de los permisos de obra nueva y ampliación que se iniciaran ante sus organismos pertinentes en ciertos barrios porteños¹¹⁵ con fundamento en la necesidad de evaluar los efectos que el crecimiento edilicio provocaría sobre la infraestructura de servicios disponibles y en consecuencia determinar el impacto y estudiar la posibilidad de eventuales daños al medio ambiente urbano. Es decir, no se trataba en este caso de permisos ya otorgados respecto de los cuales se hubiere comenzado la construcción respectiva. Mediante decreto 220/07 el gobierno local procedió a derogar el anterior y a establecer los extremos a cumplir respecto de los trámites para obtener permisos de construcción de obra nueva o ampliación de obra.

En el procedimiento expropiatorio, en cambio, el administrador se ve obligado a considerar concretamente el *costo* que ocasiona al erario su decisión, e incluso a prever y tener los fondos disponibles al efecto (decreto-ley 21.499/77, arts. 13 y 22); a la inversa, por la fácil vía ahora creada por la jurisprudencia, se permite la eventual decisión irreflexiva del funcionario municipal que revoque un permiso de construcción de un edificio en avanzado estado de ejecución, sin ponderar adecuadamente el costo que tal decisión representará al tesoro municipal y si tal costo realmente se ve compensado con las ventajas arquitectónicas, estéticas, etc., que la revocación otorgue.

Por lo expuesto creemos que tal interpretación requiere una modificación sustancial, que la acerque al derecho comparado y que en definitiva elimine estos excesos y mantenga solamente el proceso expropiatorio como vía apta para dejar sin efecto un derecho de propiedad incorporado al patrimonio de un particular, que es por lo demás la única forma constitucional de proceder en este sentido.

¹¹⁴ DE LA VALLINA VELARDE, JUAN, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, p. 51 y ss.

¹¹⁵ La suspensión estaba destinada respecto de proyectos de viviendas de tipo multifamiliar o colectiva cuando su altura superare los parámetros fijados en dicha norma.

10.2. La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación.

La revocación por oportunidad según el art. 18

10.2.1. Enunciación general

Esta excepción surge de la jurisprudencia, que ha admitido que una ley de orden público¹¹⁶ puede producir “una modificación del «status» creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación.”¹¹⁷ Para que proceda la revocación, entonces, no basta una mera reglamentación administrativa ulterior,¹¹⁸ ni tampoco cualquier ley; debe tratarse específicamente de una ley de orden público y ésta debe por lo demás ser constitucional.¹¹⁹ No cabría admitir una alteración del principio constitucional (*Carman de Cantón* y otros) sino por una ley formal, expresa y clara, que debería interpretarse restrictivamente¹²⁰ y aplicable únicamente a los casos concretos y puntuales que refiera, no a lo sumo a una categoría definida y limitada de casos. Una previsión genérica como la del decreto-ley carece hasta de sentido y es inconstitucional por lesión a los principios de seguridad jurídica, tutela de los derechos de la propiedad y otros, etc. De este mismo principio se desprende entonces que la estabilidad del acto administrativo impide no sólo la revocación fundada en razones de ilegitimidad, sino también la fundada en razones de oportunidad¹²¹ y con mayor razón aún. En efecto, si la Corte Suprema expresó que puede abandonarse la estabilidad ante una ley de orden público y aún así previendo la posible indemnización, es claro que allí está contemplado no el caso de un acto inválido que se revoca por razones de ilegitimidad, sino al contrario un acto válido que se extingue a pesar de su validez y que precisamente por ello puede dar lugar a indemnización. Entendemos por ello que producida la estabilidad, no es procedente la revocación ni por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni por razones de legitimidad, a menos que una ley expresa autorice

¹¹⁶ LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁷ Es el cons. 5° del mismo fallo *Carman de Cantón*. Ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.; comparar, del mismo autor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 317, p. 360.

¹¹⁸ Consejo de Estado francés, caso *Laurent*, año 1929: el acto reglamentario nuevo “no produce ningún alcance respecto del acto generador de derechos que continúa recibiendo aplicación.” Ver LACHAUME, *op. cit.*, p. 616; LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-9.

¹¹⁹ Comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 616; ver LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-39.

¹²⁰ No creemos que sea admisible, entonces, una ley implícita que faculte a la derogación, como en cambio sostiene LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 317, p. 360, quien sigue en ello a DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., *op. cit.*, p. 311, a menos que por esto se entienda una ley anterior al otorgamiento de los actos de que se trate. Si la ley que faculta la revocación, aunque sea implícitamente, es razonable y anterior a los actos de cuya estabilidad se trata, entonces los actos han sido otorgados a título precario (*supra*, § 10.3) y pueden ser revocados. Tratándose de una ley posterior al nacimiento de los derechos de cuya estabilidad se trata, debe adoptarse una posición restrictiva. Debe tratarse de una ley en sentido formal, emanada del Congreso de la Nación; comparar, menos categórico, LINARES, *Fundamentos...*, *op. loc. cit.*

¹²¹ Cfr. CAETANO, MARCELO, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 276; ampliar *infra*, § 10.2.2, “Revocación y propiedad” y 10.2.3, “Revocación y estabilidad.”

en el caso concreto y por razones de utilidad pública que la administración la deje sin efecto. Resulta así una incongruencia entre la jurisprudencia tradicional que citaba LINARES y la excesiva amplitud de la facultad revocatoria por mérito que admite la Corte en *Pustelnik*.

10.2.2. Revocación y propiedad

Con todo, la doctrina suele reconocer a la administración la facultad de revocar sus actos por razones de oportunidad, sólo que indemnizando el perjuicio que la revocación ocasione.¹²² Así lo sostiene igualmente al art. 18 del decreto-ley 19.549/72: “También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o inconveniencia, indemnizando los perjuicios que causare al interesado.” La misma solución, dijimos, adopta en 1975 la Corte Suprema en *Pustelnik*.

Sin embargo, partiendo del principio de que los derechos que una persona adquiere a raíz de un acto administrativo, también pueden quedar englobados dentro del amplio concepto constitucional de propiedad, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia, pensamos que la solución debe ser otra.¹²³

En efecto, si nadie puede ser privado de su propiedad sino por sentencia fundada en ley y si la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, no vemos cómo un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la administración, que sin calificación *legal específica* para el caso de utilidad pública, pueda quitar ese derecho y sustituirlo por una indemnización. ¿Se pensará acaso que la Universidad puede revocar un diploma profesional por razones de *oportunidad* y que el ex abogado deba hacer un juicio ordinario o sumarísimo para probar los perjuicios que el acto le acarrea,¹²⁴ quedando mientras tanto privado del ejercicio profesional? ¿Que el Intendente Municipal puede revocar por razones de oportunidad un permiso de construcción, cuando ya el edificio está construido y mandar las topadoras a demoler el edificio, quedando para una posterior sentencia con todas sus instancias la determinación del perjuicio

¹²²MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 634; posición que mantiene en “Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia,” *LL*, 1990-B, 817, 820, invocando una personal interpretación de *dicta* de la CSJN, pero sin hacerse cargo del problema constitucional, ni de los ejemplos que dimos en 1979 y aquí repetimos. Ha expresado sus reservas al respecto FONROUGE, MÁXIMO, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pp. 554-7.

¹²³La crítica que desarrollaremos la expusimos por 1ª vez en la 3ª ed., 1979, de este vol.

¹²⁴Litis que, de acuerdo a la doctrina que sustenta esta norma, sería al único efecto de obtener una indemnización por la revocación de su título de abogado. Conociendo cómo está la responsabilidad del Estado (*supra*, t. 2, cap. XX) y que los fondos públicos no son embargables (ley 24.624, art. 19; CNFed. CA., sala II, *Dirección Nac. de Vialidad c. Artelo S.A. y/u otros*, *DJ*, 2000-3, 308), cuesta creer que alguien voluntariamente propugne esta tesis. Ni siquiera podría hacer su propio juicio: debería contratar un profesional para que lo defienda. Y éste no podría pedir una cautelar por la doctrina de los actos propios: *Nemo...*

indemnizable?¹²⁵ ¿Que el Poder Ejecutivo resuelva que es inoportuno que haya tantas universidades privadas y les revoque la autorización para funcionar, por razones de mérito o conveniencia?

Evidentemente una solución así, en los casos indicados, contrariaría elementales principios jurídicos de orden y seguridad y la garantía constitucional de la propiedad, que sólo cede ante una *ley* que califique el interés público.

Esta extensión del concepto constitucional de propiedad, que incluye a los derechos nacidos de actos administrativos, ha sido formulada por la propia Corte Suprema, que en el caso *Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ la Nación*¹²⁶ dijo que “es verdad que el concesionario de una línea férrea no es su propietario en el sentido técnico de la palabra. Su derecho se diferencia sustancialmente del dominio privado en la naturaleza y las limitaciones que reconoce en favor del interés del Estado. Pero ese derecho en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud reconocida a la cláusula 17 de la Constitución por la jurisprudencia de esta Corte. Esta ha dicho “El término «propiedad», cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende «todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad». Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.”¹²⁷ Para decirlo en palabras de MEEHAN, en cierto modo similares a las nuestras: “es esencialmente peligroso afirmar, que se puede extinguir un acto administrativo que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos, por razones de interés público, siempre que se abone la pertinente indemnización, sin aclarar que esto implica una expropiación. Lo dicho en razón de que la expropiación presupone siempre el cumplimiento de ciertos principios y normas legales que condicionan la legitimidad y que se consideran esenciales. La afirmación adquiere caracteres verdaderamente graves ante legislaciones en

¹²⁵ Comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 143/4. Es interesante destacar que en un completísimo análisis de múltiples figuras asimilables a la expropiación forzosa en el derecho español, no aparece mencionada tal potestad revocatoria por razones de oportunidad de derechos otorgados o reconocidos por actos administrativos estables: ver BERMEJO VERA, JOSÉ (dir.), *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 112 y ss.; y no ha de olvidarse que el supuesto normal de la expropiación en el derecho comparado se refiere a cosas *stricto sensu*, como recuerda MEDAUAR, ODETE, *Destinação dos bens expropriados*, San Pablo, Max Limonad, 1986, p. 21; más el carácter restrictivo de todo tipo de apropiación de derechos por el Estado que consagran más de cuatro decenas de tratados de protección de inversiones extranjeras, que ya conforman un sistema de derecho administrativo internacional, obligatorio internamente. Ver al respecto el cap. XVIII del t. 2.

¹²⁶ CSJN, *Fallos*, 176: 363, año 1936. En contra BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 305.

¹²⁷ *Fallos*, 176: 363.

las que como la nuestra, los requisitos fundamentales del procedimiento expropiatorio tienen jerarquía constitucional.” “Puede llegarse a interpretar, que la Administración, por sí, prescindiendo [...] de la ley previa y de los procedimientos reglamentarios establecidos, puede mediante un mero acto administrativo extinguir a otro que ha reconocido o constituido derechos subjetivos perfectos con tal que ofrezca abonar una indemnización, lo que es totalmente inaceptable.¹²⁸ No puede aceptarse entonces que el particular vea su derecho de propiedad extinguido unilateralmente por la autoridad administrativa, sin que se cumplan *los trámites constitucionales y legales pertenecientes a la expropiación*, debiendo él conformarse con aceptar una indemnización,¹²⁹ sin que una ley califique de utilidad pública y sujeto a expropiación su derecho individual y no *todos* los derechos de *todos* los individuos frente a la administración, como lo pretende esta norma y la interpretación que la sigue.¹³⁰ Ya hemos señalado que semejante idea ha sido categóricamente dejada sin efecto, a nuestro entender, con el dictado de los más de cuarenta tratados de inversiones extranjeras que tenemos.¹³¹ Si a esto se agrega la concepción amplia de acto administrativo que postula el mismo sector de la doctrina, resultaría que todos los contratos del Estado podrían libremente extinguirse en sede administrativa, al sólo juicio de oportunidad, mérito o conveniencia del funcionario de turno y sin previa indemnización. Como advierte MAIRAL, no es una mera discusión académica.

10.2.3. *Revocación y estabilidad*

Por lo demás, es obvio a nuestro modo de ver que los mismos argumentos esgrimidos por la Corte Suprema al hacer la construcción de la estabilidad de los actos administrativos, son aplicables a la revocación por razones de oportunidad.¹³²

¹²⁸ MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR, “Revocación de los actos administrativos,” *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXII nros. 1-3, Córdoba, 1969, § 82, pp. 175-6.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 173; en igual sentido LINARES, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 74-5, considera “un superlativo error” la asimilación a la expropiación.

¹³⁰ La exageración de pretender que se han declarado de utilidad pública, por ley formal, *todos* los derechos, pasados, presentes y futuros, de *todos* los habitantes de la Nación, suena a exceso de punición. Es tan desproporcionada que sorprende que siga ganando adhesiones. El ejemplo de la hipotética revocación de sus propios diplomas de abogado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia debiera convencerlos que es un principio inicuo.

¹³¹ *Supra*, t. 2, cap. XVIII, § 2.3, “Tratados bilaterales con elección excluyente de vías;” § 2.4, “Tratados con jurisdicción arbitral de alzada.”

¹³² MARIENHOFF considera que lo expuesto es “Un grave error,” “insensato,” pero no da razones: “Revocación...,” *op. cit.*, nota 1. Comp. GRECCO, CARLOS MANUEL, “Suspensión de sentencias contra el Estado,” *RAP*, 135: 30-33, Buenos Aires, 1989: “la revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia participa de la naturaleza expropiatoria, es un mecanismo análogo a la expropiación.” Si bien en el caso postula una solución diferenciada para los perjudicados por el art. 18, no se infiere su opinión respecto a la constitucionalidad de la norma. Luego de nuestra crítica inicial a la constitucionalidad de la referida norma, la doctrina ha comenzado a inclinarse en el mismo sentido. Ver FONROUGE, MÁXIMO, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 554 y ss., pp. 556-7.

Incluso puede señalarse que la Corte no hace distinciones entre la revocación por ilegitimidad y la revocación por inoportunidad, cuando proclama que los actos administrativos regulares que reconocen un derecho subjetivo no están librados al arbitrio de las autoridades administrativas.

La Corte Suprema, en efecto, es muy terminante en la extensión que confiere al principio de la estabilidad y si bien en el caso *Carman de Cantón* dejó entender que el principio no se aplicaría “cuando se obra en virtud de facultades discrecionales”¹³³ o cuando “aún actuando y decidiendo en virtud de facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte puede confundirse con el orden público”¹³⁴ reclama una modificación del *status* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación” (cons. quinto, citado), debe advertirse que toda la jurisprudencia posterior hace énfasis en que debe haber una ley, en sentido formal y que además ella debe ser de *orden público*, de acuerdo al principio consagrado por el art. 3° del Código Civil, para que proceda la revocación. La solución del caso *Pustelnik* la consideramos atípica, además de errónea en el aspecto comentado.

Señala LINARES que “nadie puede dudar en efecto, después de los fallos de la Corte Suprema en las causas [...] que un acto administrativo unilateral que confiere derechos subjetivos perfectos puede modificarse válidamente *por ley posterior de orden público*. No entramos a considerar si en tales casos procede una indemnización por el Estado [...] Pero sí podemos afirmar, frente a esa jurisprudencia, que *una ley de orden público*, posterior y razonable, puede válidamente modificar esos actos.”¹³⁵

La solución se refuerza más con el actual art. 3° del Código Civil, que expresa que las leyes “no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales,” lo que da idea de mayor protección y estabilidad de los derechos. Señala LINARES que en la jurisprudencia de la CSJN, “la revocación por «oportunidad» —o por razones de oportunidad— del acto administrativo es la revocación por razones de conveniencia, o interés o utilidad o necesidad pública efectuada por el órgano que dictó tal acto o sus superiores jerárquicos. Ya hemos visto en el apartado anterior que la Corte Suprema no admite este tipo de revocación para los actos que tienen las características de los estudiados en los apartados *a, b, c y d,*” es decir, los requisitos de la estabilidad del acto administrativo o cosa juzgada administrativa.¹³⁶

¹³³ En sentido similar, SAYAGUÉS LASO no admite la revocación por razones de oportunidad en los actos reglados (*op. cit.*, p. 523), pero tampoco si ello afecta derechos adquiridos (*op. loc. cit.*). Ver también MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 576-7, quien critica acertadamente la asimilación entre “discrecionalidad” y “revocabilidad.”

¹³⁴ CSJN, *Fallos*, 172: 21, *Avico*, 1934.

¹³⁵ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 33; la bastardilla es nuestra.

¹³⁶ LINARES, *op. ult. cit.*, pp. 39 y 40.

“La cosa juzgada perfecta no tolera su alteración administrativa válida *ni aún con indemnización como alternativa lícita*.”¹³⁷ Extraña que con tan categóricos precedentes haya ocurrido el retroceso del art. 18 del decreto-ley 19.549/72 y más extraña todavía que la doctrina hesite en señalar su insalvable inconstitucionalidad. Son, otra vez más en la historia argentina contemporánea, los tributos que los autores pagan al poder para pagarle su permanente cercanía y disfrute de beneficios consiguientes. En suma, los actos administrativos estables (no, pues, los actos otorgados expresa y válidamente a título precario), son irrevocables en sede administrativa tanto por razones de legitimidad como de oportunidad.¹³⁸ Sólo procede la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley puntual y posterior de orden público, al decir de la CSJN, o una ley que califique de utilidad pública el derecho concreto en cuestión.¹³⁹ La declaración genérica del art. 18 del decreto-ley es totalmente inconstitucional y una revocación así fundada sería *inexistente* jurídicamente.¹⁴⁰ Es una lástima que el proyecto fuera tan estatista y no tomara la idea francesa de 1910 “*pas d'expropriation par mesure administrative*.”¹⁴¹ En todo caso, esa norma y la similar solución de la CSJN en *Pustelnik* en este punto, se encuentran abrogadas por el sistema de tratados de inversiones extranjeras.¹⁴²

10.2.4. Revocación y expropiación

El argumento de la analogía de la revocación por razones de oportunidad con el instituto expropiatorio pierde también fuerza a partir del decreto-ley 21.499/77.

¹³⁷ LINARES, *op. ult. cit.*, p. 75. El derecho español no admite la extinción por oportunidad: BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 427.

¹³⁸ Nuestro Proyecto de Código Administrativo (en *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, 2ª ed., p. 251), en cuyo art. 203 dijimos que “la revocación puede ser fundada en razones de ilegitimidad o de oportunidad. En *ambos* casos, el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado.”

¹³⁹ Comp. MARIENHOFF, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1947, pp. 70-7, que hace igual analogía pero llega a la conclusión contraria, es decir admite la revocación por la propia administración por motivos de interés público, pero sin ley que efectúe dicha calificación. En igual sentido, pero en forma menos explícita, la CSJN en 1975 *in re Pustelnik*, ya citado.

¹⁴⁰ Lo sostuvimos en su momento y lo seguimos sosteniendo ahora. Comp. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 348, p. 345 y ss., quien a pesar de haber formulado los principios que seguimos en el texto con respecto a la situación anterior al decreto-ley 19.549/72, no tiene finalmente un juicio tan categórico, sino que se limita a restringir su campo de aplicación. Por nuestra parte, atento el fundamento constitucional que damos al punto, en cuanto supuesta expropiación sin ley expresa calificando la utilidad pública, entendemos que la ley es flagrantemente inconstitucional en esta materia.

¹⁴¹ CASSESE, SABINO, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, París, Monchrestien, 2000, p. 102, quien recuerda a HAURIUO, MAURICE, *Précis de droit administratif*, París, Larose, 1929, 3ª ed., p. 39. Ver también *supra*, cap. V, § 7, “La exigibilidad y obligatoriedad del acto administrativo. Distinción.”

¹⁴² Comp. PRITZ, OSVALDO, “El rescate,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos, op. cit.*, p. 243 y ss., p. 257; puntualiza que es una interpretación que harán tribunales arbitrales internacionales, no nosotros, como ya lo explicamos también en el t. 2, cap. XVIII.

Este decreto-ley de expropiaciones mantiene con amplitud el objeto expropiatorio,¹⁴³ incluyendo en consecuencia los derechos nacidos al amparo de actos administrativos. Además el decreto-ley regula ahora tanto la retrocesión como la expropiación irregular y la ocupación temporánea, de modo que mal podría hablarse de un vacío legislativo que permitiera recurrir a la analogía o a la aplicación supletoria. Una indispensable interpretación sistemática de la Constitución, el decreto-ley de expropiaciones y el decreto-ley 19.549/72, en el contexto de los tratados de derechos humanos, la seguridad jurídica, la confianza debida y el principio de buena fe y los tratados de protección de inversiones extranjeras que so pena de discriminación son invocables también por los nacionales, llevan siempre lo mismo. *Toda* forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio *stricto sensu* del decreto-ley 21.499/77, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta “el momento del efectivo pago” (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10 % en caso de avenimiento directo. (Art. 13.) El Estado sólo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley *especial* que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación. El decreto-ley de expropiaciones en su art. 51 plantea la posibilidad de que se pueda privar a una persona de un bien, indemnizándola, sin previa ley que lo califique de utilidad pública.

La interpretación que se ha dado correctamente a ese art. 51 inc. c) es que *no* faculta a la administración a privar a un particular de un bien sin calificación legal específica de utilidad pública.¹⁴⁴ No se entiende cómo puede, sin vivencia de

¹⁴³ Art. 4: “Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la «utilidad pública», cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no.” Con igual amplitud el art. 51, inc. c), declara procedente la expropiación irregular “Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.”

¹⁴⁴ Véase AADA, *La ley nacional de expropiaciones 21.499*, Buenos Aires, 1977, p. 35, nota f), con las opiniones de MARIENHOFF, PÉREZ COLMAN, CASSAGNE y el autor. Es categórico OYHANARTE, JULIO, “Aspectos del nuevo régimen expropiatorio,” *RADA*, 15-16: 33, 48-9: “nuestro ordenamiento no tolera la posibilidad de una expropiación sin ley y [...] la admisión de lo contrario importaría grave atentado contra el derecho de propiedad que la constitución garantiza.”

contradicción, sostenerse precisa y exactamente lo contrario en materia de revocación de derechos firmes por mero juicio de oportunidad, mérito o conveniencia de un agente público de cualquier gobierno de turno. Es tener demasiada fe en el ser humano.¹⁴⁵

10.2.5. *La estabilidad en la función pública*¹⁴⁶

Los funcionarios públicos se encuentran con frecuencia hostigados por cambiantes administraciones, que, una tras otra, intentan rever los actos de sus antecesores, lo cual hace conveniente afirmar la regla de la estabilidad del acto de nombramiento. Cabe destacar que la estabilidad del empleado público tiene garantía constitucional y legal propia, con el alcance de que el funcionario no puede ser separado de su cargo sino por los motivos y procedimientos que la ley establece¹⁴⁷ y no podría en consecuencia admitirse un medio indirecto de llegar al mismo resultado, con la simple alegación de que en realidad se está utilizando la facultad revocatoria por mérito, mediante la revocación del acto de nombramiento. Jurisprudencia anterior a las normas que comentamos había señalado que la disolución del vínculo funcional no podría válidamente hacerse, dentro del marco del estatuto del personal civil, por la revocación del acto de nombramiento. La solución sigue en pie y es una nueva demostración de la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 18.

10.2.6. *La revocación de la autorización para funcionar*¹⁴⁸

Ya hemos señalado como muestra de la absurdidad de la norma del art. 18 del decreto-ley 19.549/72, que mal se podría admitir, con su fundamento, que el Poder Ejecutivo revocara la autorización para funcionar de algunas Universidades privadas; o que a su vez una Universidad revocara los diplomas conferidos a los profesionales que se graduaron en ella. Los ejemplos se pueden así multiplicar, *v.gr.*, a la autorización para funcionar como personas jurídicas. No podría la administración estimar oportuno o conveniente reducir su número en algún sector y consecuentemente revocar la autorización para su funcionamiento, invocando el art. 18.¹⁴⁹

Los casos en que la revocación de la autorización proceden son aquellos que tienen normas puntuales que sólidamente la prevén. No con la solidez verbal y

¹⁴⁵ Y olvidar que una cosa es el origen religioso del derecho público (*supra*, “Introducción,” nota 57, p. Int-10) y otra que el funcionario de hoy sea inspirado del mismo modo.

¹⁴⁶ Que, según hemos visto, constituye un contrato administrativo: *supra*, t. 1, cap. XI, § 7, “El contrato administrativo no monopólico o exclusivo.”

¹⁴⁷ Al respecto ver el t. 1, cap. XIII, § 10, “La estabilidad del empleado público” y sus referencias.

¹⁴⁸ Ver *infra*, cap. XIII, § 4, “La ilegitimidad sobreviniente,” § 4.2, “Por un cambio en la realidad.”

¹⁴⁹ Las facultades de la IGJ están regladas y sus decisiones son recurribles a la CNCom. o la CNCiv para controlar su sustento fáctico y conformidad a derecho, decreto-ley 22.315/80, arts. 6, 11, 12, 16. Sería un dislate que revocara una inscripción con invocación del art. 18.

dogmática del art. 18, que de nada sirve, sino con la solidez del sustento fáctico suficiente y adecuado. Esas revocaciones no son por motivos de oportunidad, mérito ó conveniencia. Son por insubsistencia, posterior al acto, de las condiciones de hecho que justificaron su emisión y por ende su validez. Un tradicional ejemplo es la pérdida del efectivo mínimo o del capital mínimo requerido para operar una entidad financiera¹⁵⁰ o aseguradora,¹⁵¹ o la pérdida de las condiciones para operar en bolsa,¹⁵² o como aseguradora de riesgos de trabajo,¹⁵³ etc.

10.2.7. Conclusiones acerca de la revocación por mérito

De la interpretación global del orden jurídico, entonces, surge que a pesar de la afirmación contraria del art. 18, la administración carece de facultades para revocar actos estables que confieren derechos, con la mera invocación de razones de mérito, ni siquiera indemnizando. Haremos para finalizar una transcripción en cierto modo fuera de contexto, pues su autor se refería a la suspensión de la ejecución de sentencias que fijaban la reparación debida, en los supuestos de ejercicio de la seudo potestad revocatoria del art. 18 por motivos de mérito. Sus palabras, como veremos, pueden extrapolarse a la norma del art. 18, aunque no haya sido esa, tal vez, la intención del autor.

Dice en otro contexto GRECCO: “A mí me parece realmente que esa es una interpretación manifiestamente inicua y que como la iniquidad manifiesta según declara nuestra Corte Suprema de Justicia reiteradamente, es un límite a la capacidad hermenéutica, es un límite a la interpretación. Porque a veces uno hace un discurso, un razonamiento lógico y la solución es inicua, y entonces hay que pensar que la ilógica está en el ordenamiento y el Juez debe pulsar y corregir [...] el ordenamiento.”¹⁵⁴

II. Impugnabilidad

11. Fundamento de la impugnabilidad

A más de las características enunciadas cabe agregar, a nuestro juicio, la de la indispensable impugnabilidad del acto, en este caso tanto de los actos de gravamen como favorables o ampliatorios de derechos. En efecto, es ínsito a su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, que tales efectos puedan ser controvertidos por el interesado mediante la interposición de recursos adminis-

¹⁵⁰ Decreto ley 21.526/77, art. 41.6. La facultad corresponde al BCRA, ley 24.485 y otros; la decisión es impugnable por recurso directo a la CNFed. CA.

¹⁵¹ Superintendencia de Seguros de la Nación, decreto ley 20.091, art. 65, con recurso directo a la CNCom.

¹⁵² Que controla la Comisión Nacional de Valores, decreto-ley 17.811, art. 1º, con recurso directo a la CNFed. CA.

¹⁵³ El control corresponde a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, ley 24.557, art. 35.

¹⁵⁴ GRECCO, CARLOS MANUEL, “Suspensión de sentencias contra el Estado,” *RAP*, 135: 30,35, Buenos Aires, 1989. La cita está fuera de contexto, como decimos, pero la hacemos nuestra, para el caso.

trativos o judiciales. El acto en sí mismo “irrecorrible” no existe en un Estado de Derecho, salvo la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra definitivamente una cuestión. Si se reconoce al acto administrativo presunción de legitimidad, exigibilidad, e incluso ejecutoriedad en algunos casos, esas potestades deben ir acompañadas de los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica.¹⁵⁵ Desde un punto de vista positivo, cabe también recordar que es parte de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) el poder defenderse tanto en sede administrativa¹⁵⁶ como judicial de los actos que lesionan su persona o derechos. La impugnabilidad se da ante la propia administración y especialmente ante el Poder Judicial, con recurso a veces a instancias supranacionales.

11.1. *En sede administrativa*

La impugnación se efectúa a través de los recursos, reclamaciones y denuncias. No es óbice a la procedencia del recurso la estabilidad que el acto atacado pueda tener, pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de *extinguir* el acto, no como una limitación a la posibilidad de *discutir* su validez. Por lo demás, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el *acto no goza de estabilidad* por tener tal vicio y que debe ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado y no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor.

En ese sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, que “los actos de Y.P.F. como los actos de cualquiera otra entidad descentralizada del Estado o de la misma Administración central, no tienen el carácter de irrevisibles sino cuando se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de «cosa juzgada administrativa», la que, justamente, *se da en beneficio de los administrados y no de la Administración por lo que mal puede invocársela para denegar la procedencia formal de un recurso.*”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. A, § 6, “El procedimiento administrativo y la denominada «vía impugnatoria»,” pp. 32-3: “el procedimiento administrativo constituye una garantía para el interesado y una imposición, exclusivamente, para la autoridad pública que desarrolla la función administrativa en su marco brindando plena juridicidad a su actuación.” De la misma autora, *La justicia administrativa en Argentina, Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, secc. A, § 6, pp. 38-9.

¹⁵⁶ Criterio receptado en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, al establecer la tutela judicial continua y efectiva y asegurar “la inviolabilidad de la persona y los derechos en *todo procedimiento administrativo* o judicial.” El destacado es nuestro. Por aplicación de este precepto constitucional la justicia administrativa provincial ha revisado por la vía de amparo un acto administrativo declarado “irrecorrible” por las normas procedimentales aplicables al caso (art. 140 del decr. 2485/92, reglamentario de la ley 10.579): Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 30-IV-2004. Ver *supra*, cap. II, nota 55.

¹⁵⁷ PTN, *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230.

El principio de la impugnabilidad en sede administrativa surge por lo demás claramente de toda la práctica administrativa, que ha establecido diversos criterios que lo consagran con amplitud. Así, un recurso mal denominado debe tramitarse como el que técnicamente corresponde;¹⁵⁸ un escrito expresando la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y hasta una notificación en la que el interesado toma vista en disconformidad, constituyen válida interposición de un recurso administrativo formalmente procedente. En situaciones en que el acto es irrecurrible administrativamente, sea por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en situaciones en las que no es procedente el recurso de reconsideración ni de revisión, sea por impugnar decisiones que de acuerdo a normas expresas son consideradas definitivas, de todos modos se admite el derecho a cuestionar la legitimidad del acto interponiendo lo que se denomina denuncia de ilegitimidad, que si bien no constituye técnicamente un recurso, es de todos modos una impugnación formalmente admisible en el procedimiento administrativo. Sin embargo, si el acto es de un ente o agencia reguladora en materia técnica propia, o de una universidad, o de cualquier ente u órgano contra cuyo acto no procede el recurso de alzada,¹⁵⁹ tampoco es procedente la denuncia de ilegitimidad.

11.2. *En sede judicial*

Si amplio es el principio de la discutibilidad del acto en sede administrativa, con más razón debe serlo en sede judicial: Aquí cobra plenitud de aplicación la garantía de la defensa *en juicio*, que no puede conculcarse sin grave lesión constitucional.¹⁶⁰ Sin embargo, cabe recordar la persistente tendencia de la doctrina y a veces de la jurisprudencia, a querer aislar un grupo de actos de la administración y excluirlos de la revisión judicial: Son los llamados, según los autores, actos políticos, de gobierno, institucionales, etc., caracterizados todos como no justiciables, irrevisibles judicialmente, inatacables judicialmente, etc.¹⁶¹ Incluso esa afirmación y la pretensión de aislar una serie de actos que no serían ya actos administrativos sino una especie autónoma, reafirma de todos modos que la característica básica y esencial de los actos administrativos es la contraria: la posibilidad amplia de discutirlos y atacarlos ante la justicia y la potestad amplia de los jueces para revisarlos y anularlos si son contrarios a derecho. Sin perjuicio de que a nivel de principios se confirma así la característica que asignamos a los actos administrativos, consideramos de todos modos inexacto, en el derecho público argentino, afirmar que parte alguna de los actos emanados de la administración puedan ser por su naturaleza no justiciables o irreversibles y

¹⁵⁸ Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, § 11.4.

¹⁵⁹ *Infra*, t. 4, cap. XI, § 3.

¹⁶⁰ Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial...*, t. I, *op. cit.*, § 264, p. 452.

¹⁶¹ Para una crítica, ver *supra*, t. 2, cap. VIII. Una apasionada e innominada réplica en MARIENHOFF, t. II, 1993, 4ª ed., última página, 787.

estimamos por ende que no existe una categoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc.¹⁶²

11.3. *En sede arbitral internacional*

Cabe destacar los tratados de inversiones extranjeras, que con criterio amplio y aplicable a estos supuestos, otorgan una instancia arbitral internacional.¹⁶³

11.4. *Comparación*

Interesa recordar el alcance de la impugnabilidad administrativa y judicial: La primera procede por razones de legitimidad y también de oportunidad, mérito o conveniencia; la segunda únicamente por razones de legitimidad, que comprende no sólo el control del ejercicio de las facultades: Se controla también —tanto en ausencia de norma o con base en ellas— si se ha violado alguno de los grandes principios del derecho, tales como la razonabilidad,¹⁶⁴ proporcionalidad,¹⁶⁵ desviación de poder,¹⁶⁶ buena fe,¹⁶⁷ confianza legítima,¹⁶⁸ imparcialidad,¹⁶⁹ audiencia previa,¹⁷⁰ única solución justa o discrecionalidad cero,¹⁷¹ seguridad jurídica,¹⁷² cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁷³ etc.

¹⁶² Ver la nota precedente. CSJN, *Frente Justicialista de Liberación*, Fallos, 285: 410, 417 año 1973, cons. 7º, la cuestión no puede quedar sustraída al conocimiento del Poder Judicial “cuando la decisión adoptada suscita una controversia de naturaleza estrictamente jurídica, que exige un pronunciamiento que le ponga *fin a través de la solución que en derecho corresponda*.” La bastardilla es nuestra.

¹⁶³ Que explicamos *supra*, t. 2, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Ver también SISELES, OSVALDO E., “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 123-35; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato...*, *op. cit.*, pp. 159-69.

¹⁶⁴ Un desarrollo liminar en el t. 1, cap. VI, § 8 a 16; cap. X, § 15.1. En este vol. 3 ver *infra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad” y cap. IX, § 7, “Arbitrariedad” y 8, “Distintos casos de arbitrariedad.”

¹⁶⁵ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.2; *infra*, cap. VIII, § 8.2, “La falta de proporcionalidad.”

¹⁶⁶ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.3; *infra*, en este mismo vol. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

¹⁶⁷ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.4, “Buena fe.”

¹⁶⁸ *Infra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.” PREDODOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998; PUISSOCHET, J. P., “Vous avez dit confiance légitime,” en *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzeänderungen*, Berlín, Duncker y Humblot, 1990.

¹⁶⁹ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 13, “Principio de imparcialidad.”

¹⁷⁰ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

¹⁷¹ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15; *infra*, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” *Cipriano*, 1997, CFed. Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y en LL, 1999-A, 395. La solución viene del derecho español cuando existe una única solución justa. Ver GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 438, etc.

¹⁷² PACTAU, BERNARD, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque?,” *AJDA*, París, 1995, n° especial del cincuentenario, p. 151.

¹⁷³ KÖBLER, RALF, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

Conviene puntualizar, por fin, que a veces la administración intenta superar los controles disfrazando su irrazonabilidad al amparo de una norma que ella misma dictó y que luego pretende humildemente cumplir. Allí también debe ejercerse en toda su plenitud el control de razonabilidad, buena fe, desviación de poder, confianza debida, seguridad jurídica, etc.