

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sumario

I. <i>Introducción</i>	243
1. Caracteres y nulidades del acto administrativo	243
II. <i>Presunción de legitimidad</i>	245
2. La presunción de legitimidad. Crítica	245
3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia	247
4. Fundamentos de la presunción de legitimidad	248
4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances	248
4.2. Fundamento positivo de la presunción de legitimidad	249
4.3. Consecuencias de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular	250
5. Efectos de la presunción de legitimidad	252
5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos	252
5.2. Necesidad de alegar la ilegitimidad	253
5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad?	253
5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo	254
6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo	254
III. <i>Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad</i>	255
7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción	255
7.1. Criterio tradicional. Fundamentos	255
7.2. Nuestra distinción	255
7.3. Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración	256
7.4. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo	256
7.5. Implicancia política del tema	257
7.6. Derecho comparado	258
7.7. Conclusiones	259
8. La ejecutoriedad. Alcances y medios	260
8.1. La coerción directa	260

19.2.1. La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos	281
19.2.2. La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública.....	281
19.3. La revocación de los actos precarios	282
19.3.1. El caso de los permisos de construcción	283
19.4. Que haya una ley que autorice la revocación	284
19.4.1. Enunciación general	284
19.4.2. Revocación y propiedad	285
19.4.3. Revocación y estabilidad	287
19.4.4. Revocación y expropiación	289

Capítulo VIII

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. Caracteres y nulidades del acto administrativo

Generalmente se enuncian dos caracteres del acto administrativo: Presunción de legitimidad y ejecutoriedad: Esta última, de acuerdo a un sector de la doctrina, puede ser dividida en exigibilidad (obligatoriedad) y ejecutoriedad; por nuestra parte estimamos que corresponde agregar dos caracteres más: Estabilidad e impugnabilidad. Ambos surgen del derecho positivo.

Una advertencia inicial se impone en punto a los caracteres del acto administrativo: No se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que deben darse al acto, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar cómo está regulado; en otras palabras, los caracteres jurídicos del acto administrativo deben ser un reflejo del derecho aplicable, y por ello no pueden resolverse a nivel puramente doctrinario sino que se hace necesario apelar a fundamentos de orden jurídico. La advertencia es particularmente importante porque casi todos los autores, especialmente italianos y franceses, están conformes en afirmar la existencia de los dos caracteres inicialmente mencionados (presunción de ilegitimidad y ejecutoriedad), pero lo hacen en base a cierto sustento normativo y a una firme jurisprudencia en igual sentido. Ello significa que cuando se trata de determinar cuáles son los caracteres del acto administrativo en otros ordenamientos jurídicos, no puede *primero* afirmarse que los caracteres son tales y *después* preguntarse “¿cuál es su fundamento?,” pues primero hay que encontrar y demostrar que ese principio verdaderamente existe y no se encuentra solamente en las obras de la materia.¹

Un problema metodológico difícil de solucionar adecuadamente, en otro sentido, es el de la vinculación de los caracteres del acto administrativo con el sistema de nulidades; en rigor, ambos deben ser analizados conjuntamente.

De todas maneras, debemos adelantar aquí que los caracteres del acto administrativo no son los mismos según que el acto adolezca de una u otra clase de nulidad: Específicamente, distinguimos tres categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas estipulativamente “anulabilidad” (o nulidad relativa), “nulidad” (o nulidad absoluta, o actos nulos de nulidad absoluta) e “inexistencia.” (O actos administrativos inexistentes, o vías de hecho

¹ O sea, no hay que partir de una supuesta “naturaleza” o “esencia” de una institución pretendidamente “descubierta” por cada doctrinario, en el viejo ideal aristotélico-tomista. Al respecto, ver ROSS, *atf*, *Sobre el derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 111 y sus referencias.

administrativas, o inexistencia de acto administrativo.) A diferencia del derecho civil, en que se distingue entre el acto nulo y anulable, como dos categorías, y la nulidad absoluta y relativa, como otras dos categorías distintas, en el derecho administrativo se hacen solamente dos o a lo sumo tres (si se incluye la inexistencia) categorías, la utilización de los términos “anulable” y “nulo” no tiene una necesaria correlación con los vocablos análogos del derecho privado, pues el sistema de nulidades administrativas tiene sus propios principios, derivados de la doctrina, la jurisprudencia y el decreto-ley 19.549/72.

Adelantando aquí provisionalmente las conclusiones que iremos desarrollando en los capítulos que siguen, podríamos delinear como características generales del sistema lo siguiente: El acto administrativo válido y el acto administrativo anulable, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos “regulares;” el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto “irregular.” En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente. En consecuencia, los caracteres principales del acto administrativo se agrupan como muestra el cuadro de la página siguiente.

El cuadro que sigue refleja nuestra opinión sobre el estado actual del derecho argentino, con posterioridad a las reformas del decreto-ley 19.549/72, y la explicación se hará en los capítulos subsiguientes. Lo adelantamos aquí para un mejor ordenamiento sistemático del total de la información y de la problemática a plantearse.

Las normas del decreto-ley 19.549/72, con todo que han significado un importante avance en la materia y justifican intrínsecamente una presunción de legitimidad limitada, en particular al acto administrativo anulable o no muy gravemente viciado, no son suficientes para justificar una presunción de legitimidad amplia, que comprendiera también el acto nulo, en tanto no produzcan efectivamente una mutación de los comportamientos administrativos. Por ejemplo, no siempre la administración respeta las garantías del procedimiento establecidas en defensa de los particulares —audiencia previa, fácil acceso a las actuaciones, producción de la prueba solicitada, etc., *antes* de la emisión de un acto que pueda afectar los derechos o intereses de los administrados—; no siempre procede a la emisión del acto previo un dictamen jurídico adecuado y suficiente; no siempre fundamenta de forma suficientemente amplia, en los hechos y en el derecho aplicable al caso, la resolución que adopta. Por ello, si bien se puede admitir en base al decreto-ley 19.549/72 una presunción de legitimidad limitada, no puede hacérselo a nuestro juicio con el alcance de cubrir también el acto nulo. Por lo demás, en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas que se han dictado para garantizar al administrado, con lo cual sería contradictorio argumentar, en base concretamente a la existencia de las

normas violadas o transgredidas en el caso, que el acto debe presumirse legítimo. La razón de ser de la presunción de legitimidad habrá de estar, entonces, en el cumplimiento de tales garantías, pero no precisamente en su incumplimiento.

Caracteres	Acto adm. regular		Acto adm. irregular	
	Validez	Anulabilidad	Nulidad	Inexistencia
Presunción de legitimidad	sí	sí	no	no
Exigibilidad	sí	sí	no	no
	contingente	contingente	no	no
Estabilidad	sí	sí	contingente	no
Ejecución a pesar de la interposición de recursos (carácter no suspensivo de los recursos)	contingente	contingente	no	no

II. Presunción de legitimidad

2. La presunción de legitimidad. Crítica

El Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que alcanza a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables,² pero expresamente excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea, nulos.³ De los primeros dice el art. 1.046 lo siguiente: “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”

Ninguna norma de derecho administrativo establecía antes de 1972 para los actos administrativos una presunción semejante, pero tampoco una distinta; en consecuencia, aplicando por analogía la norma civil, podría concluirse que los actos administrativos anulables se presumen legítimos o válidos, *no así los actos administrativos nulos*. (“Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”) A ese argumento normativo cabía agregar otro de índole lógica: Si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta que una autoridad competente resuelva lo contrario), legítimo; si, en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría “presumirse” que el acto es —a pesar de ese

² Art. 1046.

³ Art. 1038: “Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.”

vicio manifiesto— “válido;”⁴ ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir “el sol brilla, pero presumo que no brilla.” En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda “presumirse legítimo” si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica sólo podría ser superada por una norma legal expresa que así lo dijera,⁵ ya que en tal caso tendríamos una presunción *legal*, impuesta por el legislador por razones de supuesta conveniencia, y el principio se enunciaría de otra manera: “Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone;” no podría de todos modos, ni siquiera en ese caso, pedirse que “si encuentra un acto manifiestamente ilegítimo, *presume a pesar de ello que es legítimo*,” pues ello es como ordenar que se piense en cierto modo, lo que es una imposibilidad material y moral, y por ende una imposibilidad jurídica.

De lo expuesto surgía, a nuestro modo de ver, que la presunción de legitimidad del acto administrativo podía existir, por vía analógica, respecto de los actos anulables cuyo vicio no es evidente o manifiesto; que, en ausencia de norma expresa, no podía en cambio jurídicamente hablarse de una supuesta “presunción de legitimidad” aplicable a *todos* los actos administrativos sin distinción alguna. Es que, como dice Imboden, la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico.⁶

Por tales razones, ya en la primera edición (1963) de *El acto administrativo*, sostuvimos que “el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad... El acto administrativo nulo no debe tener presunción de legitimidad,” y agregábamos que el criterio contrario “representa un pensamiento político estatista y autoritario;”⁷ tal criterio lo reiteramos un año más tarde indicando que: “Ello, evidentemente, carece de toda razonabilidad, ya que ninguna argumentación doctrinaria puede destruir el hecho de que puedan existir actos manifiestamente viciados; y ello, a su vez, implicará necesariamente que en tales casos el acto no podrá tener presunción de legitimidad.”⁷ Este mismo criterio ha sido también adoptado por parte de la doctrina argentina.⁸

⁴ Winkler, Günther, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 15.

⁵ Winkler, *op. cit.*, p. 29.

⁶ Citado por Winkler, *op. cit.*, p. 15, quien se pronuncia en igual sentido. ⁷ *El acto administrativo*, 1963, 1ª ed., p. 98, nota 33; 1969, 2ª ed., p. 121.

⁷ *Procedimiento y recursos administrativos*, 1964, 1ª ed., p. 105, nota 8.

⁸ marlenhoff, *op. cit.*, t. II, pp. 468, 477 y 478. Si bien este autor nos atribuye la opinión contraria (*op. cit.*, p. 500), nuestro criterio es el que hemos reproducido en el texto. En igual sentido, florInI, *op. cit.*, p. 295.

3. La presunción de legitimidad en la jurisprudencia

La tesis de negar presunción de legitimidad a los actos administrativos nulos, que se venía abriendo lentamente paso en la jurisprudencia última, recibe un nuevo elemento de sustentación en el decreto-ley 19.549/72, cuya interpretación sistemática lleva a la misma conclusión.

Sin embargo, más importante es destacar que la propia discusión teórica ha sido correctamente reformulada, en términos categóricos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pustelnik*, de 1975. (CSJN, 293:133.)

Expresa ahora la Corte que “la invalidez *manifiesta* de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece *patente* en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico” (considerando 3°); o sea, la Corte adopta el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el tribunal “Que dicha *presunción de legitimidad* de los actos administrativos *no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta.*” (Cons. 2°.)

Este tipo de acto con invalidez “evidente,” “patente” o “manifiesta,” es llamado por el decreto-ley 19.549/72 y por la misma Corte, “irregular:” “Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la *gravedad y evidencia* del vicio que contiene.” (Cons. 5°.) Y reitera la Corte que “regular” no es sinónimo de “válido,” por cuanto un acto inválido puede ser “regular” si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial lo anule.

Precisamente en tal sentido el tribunal critica el fallo apelado, al cual deja sin efecto, por haber hecho el razonamiento viciado de que el acto en cuestión era “irregular” aún teniendo un vicio no aparente; en efecto, expresa la Corte que “en cuanto la sentencia apelada afirma simultáneamente que la autorización para edificar aparentó ser un acto regular cuando en verdad constituía un acto irregular, resulta autocontradictoria en los términos de la doctrina de derecho administrativo citada... y respaldada por la jurisprudencia... según la cual *no priva de su carácter regular al acto administrativo una causa de invalidez no manifiesta*” (cons. 15°); en efecto, continúa la Corte, “no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroactivamente como irregular un acto que aunque los jueces valoren inválido en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse.” (Cons. 16°.)

Otros párrafos del fallo *Pustelnik* insisten en que la presunción de legitimidad existe sólo en tanto y en cuanto “el acto no fue manifiesta ni evidentemente inválido” (cons. 17°), y que aún para el supuesto de una posible desviación de poder, “debería mediar *evidente* desviación de poder para irregularizar el acto en su finalidad” (cons. 17°, *in fine*); que en el caso *sub examine* “aquella autorización no estuvo viciada, en su origen, de ilegitimidad *evidente*.” (Cons. 7°.)

Pensamos que este fallo orienta definitivamente la jurisprudencia en la buena doctrina; es particularmente interesante destacar que por referirse a un caso de derecho municipal, en el cual no resulta de aplicación directa el decreto-ley 19.549/72 (a cuyas normas no hace entonces referencia el fallo), la doctrina de la Corte se ubica en los principios generales del derecho administrativo y puede en consecuencia orientar la interpretación de las normas oscuras, y perdurar por encima de eventuales cambios legislativos.

4. Fundamentos de la presunción de legitimidad

4.1. Fundamento teórico y práctico. Sus alcances

De cualquier manera, no estará de más reiterar la debilidad argumental del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: Aun dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, de que los actos administrativos, “por serlo,” se presumen legítimos, y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina, se advierten sus limitaciones. Dice por ejemplo, parte de la doctrina, que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos,⁹ lo que, al menos en el derecho argentino, no es la mejor demostración para sustentar la tesis de que los actos administrativos deben tener presunción de legitimidad amplia, sino en todo caso restringida. Basta pensar brevemente en la falta de cumplimiento de la regulación del procedimiento, en la dificultad práctica de

⁹ tIVaronI, Carlo, *Teoría degli atti amministrativi*, Turín, 1939, p. 54; rIValta, maria, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, pp. 165 y 166.

Este argumento ha sido luego recogido por marLenhoff, *op. cit.*, t. II, p. 370, y por la misma Corte en el caso *Pustelnik*, aunque de manera incidental: “... configuró un acto administrativo que gozó de la presunción de legitimidad fundada en la razonable suposición de que respondía a las normas municipales vigentes al tiempo de ser dictado, por las garantías objetivas y subjetivas que precedieron a su emanación.” Sin embargo, cabe destacar que este fallo en modo alguno sustenta su solución al caso en esa afirmación teórica, sino que pasa concretamente a analizar *in extenso* la otra cuestión que reputamos fundamental: La carencia de vicio “patente,” “manifiesto” o “aparente” en el acto. (Cons. 3°/7°, 10° 13°/17°.) La solución de la Corte, en consecuencia, no hace reposar la presunción de legitimidad en las garantías objetivas y subjetivas que preceden a su emanación, sino en la ausencia de vicios graves y manifiestos; o, si se prefiere, no solamente en lo primero, sino principal y fundamentalmente en lo segundo, y además, reconoce la presunción de legitimidad exclusivamente para los actos regulares, y la niega categóricamente para los actos irregulares.

tener acceso o vista de las actuaciones, en la arbitrariedad con que el trámite a menudo se desenvuelve, en la pobreza de los recursos existentes, en la falta de cumplimiento integral de las normas que estatuyen los requisitos mínimos a que debe ajustarse un acto administrativo, etc., para concluir en que no están dadas las condiciones que aquella doctrina postula, para admitir la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo.

En el derecho iberoamericano no existen siempre garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar los derechos individuales.

Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, en que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que —en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos— la ley está rodeada —ella sí— de una serie de garantías que evitan en gran medida la comisión de muy frecuentes arbitrariedades: Está la discusión o debate parlamentario, la votación de los distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, etc.

En cambio, el acto administrativo puede ser, y frecuentemente es, producto de la sola voluntad de un individuo aislado que por ocupar un cargo o desempeñar una función adopta por sí una determinada resolución; reconocer igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, a cualquier acto de cualquier agente estatal que sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate alguno, sin fundamentación normativa ni fáctica, emita, es consagrar el imperio de la arbitrariedad.

El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto *manifiestamente viciado*, por la inexcusable razón de que es imposible “presumir” que cierto acto es lo que *manifiestamente no es*. El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.

4.2. *Fundamento positivo de la presunción de legitimidad*

El decreto-ley 19.549/72 consagra expresamente la presunción de legitimidad como característica del acto administrativo, cuando dice, en el art. 12, primera

parte, que: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad.” Ahora bien, como la norma no precisa si esta característica se aplica al acto administrativo válido, al anulable, al nulo y al inexistente, cabe analizar el alcance de la extensión del principio en el decreto-ley.

A nuestro juicio, para esto se torna de importancia la fuente que el decreto-ley ha utilizado al regular en sus arts. 17 y 18 la estabilidad del acto administrativo.

Allí expresa, de conformidad con lo que sostuviéramos en el proyecto de 1964 y en el proyecto de LInareS y nuestro, que como regla general el acto administrativo “regular” tiene estabilidad y el acto administrativo “irregular” no la tiene, entendiéndose por acto administrativo irregular específicamente el acto nulo. En consecuencia de ello, tanto el acto administrativo válido como el acto administrativo anulable tienen carácter de actos “regulares,” no así el acto administrativo nulo, que se considera “irregular.” En concordancia a estos principios, en los proyectos indicados se establecía que la presunción de legitimidad solamente alcanzaba al acto administrativo regular, no así al irregular.

Estimamos que la misma solución debe entenderse receptada en el decreto-ley, pues sería en verdad incongruente interpretarlo en el sentido de que el acto nulo es un acto “irregular,” pero de todas maneras ha de presumírsele legítimo. Ello atenta contra la armonía del sistema, y no hay ningún motivo que pueda llevar a esa afirmación.

También lleva a la misma conclusión el hecho de que el art. 17 destaca expresamente la *obligación* de la administración pública de revocar el acto nulo, por razones de ilegitimidad. Esa obligación no es extensiva al acto anulable, respecto del cual la administración puede optar por sanearlo, en lugar de revocarlo. Si la administración debe, pues, revocar el acto nulo, no resultaría tampoco armónico interpretar que a pesar de ello puede presumirlo legítimo.

La presunción de legitimidad es así una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, la que se basa en la posibilidad de que el acto sea finalmente saneado, con lo cual el cumplimiento previo del mismo, derivado de su presunción de legitimidad, queda coonestado. En cambio, en el caso del acto nulo no sería posible llegar a la misma idea, precisamente porque es un acto insanablemente viciado, y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad.¹⁰

¹⁰ Conf. CaSSaGne, *El acto administrativo*, op. cit., p. 330: “La presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto, pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos en el acto

4.3. Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular

Admitir la presunción de legitimidad en forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema en el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos.¹¹ Ahora bien, cabe preguntarse, como seguramente muchos lo harán, si reducir la presunción de legitimidad sólo a los actos válidos y anulables, no extendiéndola a los actos nulos, no puede tener efectos negativos sobre la eficiencia y continuidad de la actividad administrativa, que se vería así continuamente amenazada por la desobediencia. Algo de eso pareciera haber temido la Corte, cuando en alguna oportunidad llegó a decir que “la sola voluntad” del interesado es insuficiente para quitarle presunción de legitimidad y eficacia al acto administrativo.¹²

Es claro que ello es un error de apreciación: Ninguna duda cabe de que “la sola voluntad” del afectado no puede privar de eficacia al acto, pero es que nadie pretende semejante conclusión; lo que se propone es que, de resultar acreditado en un caso que un acto *manifiestamente* viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a la persona que lo desobedeció; a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que el acto era manifiestamente viciado, recibirá las sanciones pertinentes.¹³

Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo presunción de legitimidad sólo cuando carece de vicios manifiestos, en ningún modo implican incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas. Si una persona no obedeciera un acto por considerarlo manifiestamente viciado, la administración puede a su vez sancionarla por el incumplimiento si ella estima que el acto no tiene tal tipo de vicio o incluso es plenamente válido. Y tocará al fin al Poder Ejecutivo o a la justicia si el asunto llega hasta sus estrados, pronunciarse acerca de si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo.¹⁴ En caso de resolverse en definitiva que el acto tenía un vicio manifiesto, se dejará sin efecto la sanción que se hubiera impuesto por el incumplimiento y el individuo habrá tenido razón plenamente;¹⁵ si en cambio se resuelve que el acto no tenía un vicio manifiesto,

administrativo;” florInI, *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., p. 452; dromI, *op. cit.*, pp. 83-85; comparar linareS, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 230.

¹¹ Por ello dice WInkler, *op. cit.*, p. 35, que en el Estado de derecho la nulidad absoluta, que no se presume legítima, es un baluarte del individuo frente a la actividad antijurídica del Estado.

¹² Igual criterio en GlaComettI, *op. cit.*, p. 429.

¹³ ule, citado por kInkler, *op. cit.*, p. 32; Wolff, *op. cit.*, p. 341; huber, *op. cit.*, p. 681.

¹⁴ huber, *op. cit.*, p. 681.

¹⁵ Y por supuesto, el particular que fue sancionado ilegalmente por haber desobedecido un acto nulo, deberá luego ser indemnizado del daño material y del agravio moral ocasionado a él por la administración y sus funcionarios. La responsabilidad que le caben al Estado y al funcionario ha

sino en todo caso no aparente, entonces se decidirá que debió haberlo obedecido y que la sanción aplicada por la desobediencia es totalmente válida.¹⁶

En otras palabras, admitir la no presunción de legitimidad del acto *nulo* no afecta a la totalidad de los actos administrativos, y si una persona desobedece un acto *válido* o un acto *anulable*, ella cargará con las consecuencias y las sanciones correspondientes.¹⁷ En ningún modo se afecta entonces la continuidad de la acción administrativa, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones válidas o no muy gravemente viciadas, ni se supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la “sola voluntad” de los administrados.

5. Efectos de la presunción de legitimidad

5.1. Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos

La principal consecuencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo es sin duda importante: Como dice diez, “por ello el acto legítimo y el acto inválido no se diferencian, ya que ambos lo vinculan igualmente. De allí, entonces, que la situación jurídica de los actos que se presumen legítimos, hasta que no se demuestre lo contrario, es común a los actos legítimos y a los inválidos.¹⁸ En igual sentido expresa InareS que los actos administrativos viciados “pueden tener, si no validez por subsunción específica normal, validez por habilitación; y en este sentido gozan de una vigencia precaria mientras no

de ser así un freno adicional a la tentación en que puede caer la autoridad de exigir de todas maneras la ejecución de un acto suyo que el particular impugne con razonables fundamentos como manifiestamente nulo.

¹⁶ Como dice KelSen, hanS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 159, “En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.” Este aspecto de la desobediencia “por cuenta y riesgo” del interesado es mencionado por la mayor parte de la doctrina alemana.

¹⁷ En este sentido indica Wolff que en el derecho alemán, en que el acto nulo es ineficaz de antemano, “no necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó.” “Sin embargo, el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente nulidad; él no puede remitirse a su buena fe. En los casos de duda debe pues acudir al tribunal administrativo.” (*Op. cit.*, p. 341.) Y en nuestra jurisprudencia, aun admitiéndola, de todos modos el problema se reproducía en lo que hace a la inexistencia del acto. Por ello la vieja preocupación del tribunal por una suerte de desobediencia generalizada e impune era totalmente injustificada, como injustificada la presunción de legitimidad del acto manifiestamente ilegítimo.

Todavía más, puede agregarse una reflexión contraria de orden político: Uno de los vicios de nuestro sistema es inclinarse demasiado a favor de la autoridad en desmedro de la libertad individual; es negar al administrado la suficiente participación en la elaboración de las decisiones administrativas, y es reposar más sobre la orden que sobre el consenso. No debemos en consecuencia agravar esa situación con soluciones que, en los casos específicos, no hacen sino enfatizar los vicios políticos expresados antes que contribuir a solucionarlos.

¹⁸ diez, *op. cit.*, t. II, p. 296. ²⁰

InareS, *op. cit.*, p. 29.

se los revoque por el propio autor o por los jueces.”²⁰ En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo. (*Infra*, § 7.)

Desde luego, esta igualación de los actos legítimos e ilegítimos no lo es para *todos* los actos legítimos, sino sólo para los actos ilegítimos que aún tienen el carácter de *regulares*, por carecer de vicios manifiestos. En definitiva, lo que se igualan son los actos regulares, sean ellos válidos o inválidos, en cuanto a los efectos que provisionalmente producen hasta tanto la invalidez de los segundos sea declarada por una autoridad competente. Los actos irregulares no se igualan, ni siquiera provisionalmente, a los actos válidos.

5.2. Necesidad de alegar la legitimidad

De lo expuesto se deduce un segundo aspecto de la presunción de legitimidad: Que para desvirtuarla es necesario alegarla o pedirla,¹⁹ sea ante la administración o ante la justicia. La administración puede de oficio revocar el acto, salvo los casos que más adelante se explicará, pues a ella no alcanza la limitación que deriva de la presunción de legitimidad, pero en cambio la justicia no puede hacerlo sino a pedido de parte. En cualquiera de estos casos, lo cierto es que el administrado “no puede sustituirse a la autoridad competente, a los efectos de establecer la legitimidad del acto;”²² él debe pedir la declaración de su ilegitimidad y mientras tanto comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea.

5.3. ¿Necesidad de probar la ilegitimidad?

Si bien algunos fallos y autores expresan que la presunción de legitimidad acarrea la necesidad simultánea de *alegar* y *probar* la ilegitimidad del acto, pensamos que esa doble consecuencia es inexacta. Por de pronto, parece evidente que la prueba —aún admitiendo esta orientación— sólo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse: Es obvio a su respecto que la ilegitimidad sólo se *alega* y *argumenta* (“probándola,” si acaso, en sentido lógico-jurídico, pero no fáctico), pero que ninguna prueba concreta es necesario ofrecer o producir. Lo mismo puede decirse del caso del “hecho notorio” en derecho procesal.

Típicos de esta situación son los casos en que el vicio del acto no resulta de situaciones de hecho susceptibles de prueba (desviación de poder, desconocimiento de los hechos del caso, etc.), sino de la interpretación del

¹⁹ Marlenhoff, *op. cit.*, t. II, p. 372. ²²

Diez, *op. cit.*, t. II, p. 296.

derecho aplicable. Puede un acto ser nulo por tener “manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley” (*Pustelnik*, cons. 4°), o puede, en cambio, ser anulable por estimar el órgano que declara el vicio, que el acto en cuestión no interpretó rectamente el orden jurídico aplicable, pero lo hizo de manera no manifiesta. En este caso no se habrá de “probar” la ilegitimidad del acto, sino de allegar a la causa argumentos de derecho suficientes para demostrar que el acto impugnado no aplicó correctamente el orden jurídico vigente.

Pero, aun aclarado ese obvio equívoco del principio, parécenos de todos modos inexacto que la presunción de legitimidad implique la necesaria probanza de los hechos desconocidos por la administración. Como dice treVeS, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;²⁰ de allí se sigue, en palabras de mIChell, que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios,” y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado,”²¹ sino a todo evento y en un estado democrático, *in dubio pro libertate*,²² en otras palabras, que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,”²³ ni libera a la administración de aportar las pruebas que sustenten su acción.²⁴

5.4. Exigibilidad del acto ilegítimo

Además de estas consecuencias que resultan en una igualación práctica de los actos válidos y algunos de los inválidos, se produce otro efecto trascendente: Es la exigibilidad u obligatoriedad que el acto presumido legítimo tiene, y que algunos autores extienden hasta reconocerle lo que se denomina “ejecutoriedad.” A ella nos referiremos más abajo.

Sin embargo, no debe pensarse que cualquier disposición emanada de la administración reúne inexorablemente esas condiciones de presunción de legitimidad y exigibilidad: Tanto si se admite la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, como si en su lugar se habla de las “vías de hecho” de la administración, o de los simples “hechos” administrativos, en todos esos casos

²⁰ treVeS, GiuSeppIno, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss.

²¹ mIChel, Gian Antonio, *La carta de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110.

²² Un lúcido desarrollo de este principio en SChneider, Peter, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960.

²³ mIChell, *op. cit.*, p. 282, nota 119, *in fine*. En contra, Cámara Federal de la Capital, Sala Contencioso-administrativa, en *JA*, 1967-1, p. 205.

²⁴ mIChell, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Esto, que debe ser así en sede judicial en cuanto al *onus probandi*, pero no siempre realmente lo es, en cambio, se formula correctamente en el procedimiento administrativo, donde impera el principio de la verdad material, de la instrucción y de la impulsión de oficio.

es evidente que la actividad administrativa no tiene *siempre* presunción de legitimidad ni es, por lo tanto, base suficiente para generar obligaciones exigibles a los administrados. Con todo que el principio ha sido formulado con latitud, pues no alcanza a *cualquier* manifestación de la actividad administrativa, sino sólo a los actos válidos y anulables (actos regulares); no alcanza, pues, a los actos irregulares. (Nulos e inexistentes.)

6. Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo

En la jurisprudencia tradicional existía una inconsecuencia en cuanto se sostenía que el acto nulo no tenía estabilidad, pero sí presunción de legitimidad. Esa falta de sistematicidad se corrige ahora, pues el acto nulo se considera irregular y no tiene presunción de legitimidad ni estabilidad. Solamente por excepción, el art. 17 del decreto-ley 19.549/72 establece que en determinados casos el acto nulo tiene estabilidad en sede administrativa y sólo puede ser extinguido en sede judicial. Dice dicha norma: “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.”

III. Exigibilidad u obligatoriedad. Ejecutoriedad

7. La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción

7.1. Criterio tradicional. Fundamentos

La doctrina tradicional reconocía al acto administrativo el carácter de “ejecutivo” en todos los casos, implicando con ellos dos caracteres: *a)* Que debe cumplirse, y *b)* que la administración tiene a su disposición los medios necesarios para hacerlo cumplir por medio de la coerción.²⁵ La ejecutoriedad se divide entonces en propia e impropia, según que la administración tenga ella

²⁵ Todavía hoy en este sentido roCCo, ferdlinando, *Scritti e discorsi di diritto pubblico*, Milán, 1961, p. 15 y ss.; con limitaciones, CaSSaGne, *La ejecutoriedad*, op. cit., p. 97 y ss. Dentro de la terminología francesa e italiana, es en cambio enteramente preciso ortiz, Eduardo, *Los privilegios de la administración pública*, San José, Costa Rica, 1973, p. 87, quien expresa: “El privilegio de «prealable» o de la decisión ejecutoria, como quiera llamárselo, consiste en la potestad de dictar actos administrativos, inmediatamente eficaces para alterar la situación jurídica de otros sujetos, sin necesidad de su consentimiento; y si el resultado jurídico no es inmediato (porque faltan requisitos de eficacia) es siempre unilateral, sin la voluntad concurrente del destinatario.” (Op. cit., p. 87.)

“La ejecutoriedad del acto es totalmente otra cosa. Es el régimen jurídico de ejecución de sus efectos, que, de consiguiente, sólo es propia de aquellas que la requieren, porque exigen un resultado real e histórico, que sale del mundo del derecho. La ejecución del acto es la conformación de la realidad para su adaptación a los efectos del mismo.” (Op. loc. cit.)

misma los medios de coerción, o deba solicitarlos a la justicia: En el segundo caso la ejecutoriedad sería impropia. (Por ejemplo, el cobro de una multa.)

7.2. Nuestra distinción

Por nuestra parte, siguiendo a un sector de la doctrina moderna, preferimos caracterizar el acto administrativo como “exigible” u “obligatorio,” señalando con ello el que *debe cumplirse*, y tomar como característica aparte la de su eventual ejecutoriedad, en cuanto posibilidad de uso de la fuerza por la administración. Diremos que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, expresamente o en forma razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir ella misma por la coerción, y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento.

7.3. Diferencias de interpretación en cuanto a las potestades coactivas de la administración

La diferencia, a más de terminológica, radica en lo siguiente: En la doctrina tradicional se afirma, sin fundamento positivo expreso, que la administración tiene por principio el uso de la coerción a su disposición, para lograr el cumplimiento de sus actos; en esta otra formulación, por el contrario, entendemos que dicho principio no existe, y que sólo cuando el orden jurídico lo autorice expresamente o en forma razonablemente implícita, y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto.

Expresa en igual criterio InareS que puede entonces formularse “la regla de que la ejecutoriedad propia requiere, en nuestro país, un texto legal fundante,”²⁶ lo que hace extensivo a la ley de procedimiento en el sentido de que ella no sería suficiente texto expreso para fundar tal ejecutoriedad propia.²⁷ La ejecutoriedad “propia,” con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aun cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en casos determinados, a texto expreso; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción de la manera que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso.

En sentido similar expresa breWer CarlaS, que “En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo por *vías coercitivas* no puede tener lugar sino

²⁶ InareS, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., n° 326, p. 366.

²⁷ InareS, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., n° 327, p. 367.

por vía judicial...;” “Por tanto, la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones,”²⁸ y agrega que la administración “sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente...*; por otra parte..., en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado... Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada.”³²

7.4. Ejercicio de la fuerza y potestad de disponerlo

Por lo demás, no debe confundirse el *ejercicio* de la fuerza con la *facultad* de disponer el ejercicio de la fuerza, ya que si bien por lo general “las medidas de ejecución son obra exclusiva del Poder Ejecutivo... el Poder Ejecutivo no puede, en principio, tomar estas medidas *más que en virtud de una decisión de justicia*: Únicamente el juez tiene la cualidad de autorizar las vías de ejecución.”³³

7.5. Implicancia política del tema

No nos hallamos en este punto ante una mera discusión académica o terminológica: Estamos en verdad delineando uno de los puntos fundamentales del régimen político-administrativo; por ello, señala ortIz que “la ejecución forzosa es el medio de resolver por la fuerza un conflicto entre administración y administrados, anticipando la labor del juez. Esto pone en juego, en su punto crítico, el dilema y la confrontación entre autoridad y libertad;”³⁴ Vedel llega incluso a afirmar que es propio de toda sociedad *civilizada* que tales ataques a los derechos de los particulares no puedan ser realizados “sino bajo el control y con la autorización del juez.”³⁵ No se trata de importar ideas incompatibles con nuestra “realidad vernácula,”³⁶ sino de acercarse a las pautas mínimas de cualquier sociedad en palabras de Vedel, *civilizada*.

³³ González Pérez, *El procedimiento administrativo*, op. cit., p. 368, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia francesa, particularmente expuestas por ChInot, GeorGIn y otros. Ver también breWer CaríaS, op. cit., p. 133, nota 83.

³⁴ ortIz, Eduardo, *Los privilegios de la administración pública*, op. cit., p. 100.

³⁵ Vedel, *Droit administratif*, op. cit., p. 161.

³⁶ Por lo demás, no ha de pensarse que sólo autores europeos sostienen una tesis limitativa de la potestad administrativa de ejecución forzada de sus actos frente a particulares afectados. También ortIz, el distinguido profesor costarricense, es categórico en el punto: “La solución clásica del derecho administrativo en garantía de la libertad ha sido someter a la administración a la ley siempre que sus poderes amenazan aquella libertad. Ha sido y es el principio de legalidad. Esto significa que para que se dé tutela de un derecho subjetivo de la administración contra él, es

²⁸ breWer CaríaS, *Las instituciones...*, op. cit., p. 132 y ss. ³²

breWer CaríaS, op. cit., pp. 134 y 135.

necesario encontrar apoyo en la existencia de una norma que... autorice el empleo de la fuerza *en esa circunstancia*. Y esto es así... porque... el principio de legalidad es enteramente normal y la sujeción al mismo es la condición natural de cualquier actividad administrativa autoritaria e imperativa. El principio de legalidad como fundamento necesario de cualquier potestad de imperio, hace únicamente excepción cuando se trata de situaciones de urgencia (emergencias, catástrofes, perecimiento de bienes jurídicos o materiales al cuidado de la administración, etc.) o de las relaciones especiales de poder.” (ortiz, *Los privilegios de la administración pública, op. cit.*, p. 100.)

“La más nueva doctrina apoya esta solución, cuya síntesis se puede hacer diciendo que, por tratarse de la forma máxima de imperio posible, el empleo de la violencia administrativa sobre cosas y personas, sólo puede darse en la medida en que esté autorizada por una norma expresa... inequívocamente.” (*Op. cit.*, p. 101.) ortiz critica expresamente a Carbone, Carmelo, “Esecuzione dell’atto amministrativo,” en *Enciclopedia del Diritto*, p. 461, quien construye una regla general de la ejecución forzosa a partir de leyes especiales autorizantes. Esa es justamente la cuestión, la potestad de utilizar de la fuerza sólo puede nacer en un Estado de Derecho para situaciones determinadas y por leyes expresas y concretas; jamás puede admitirse, sin caer en un verdadero Estado de Policía, en una supuesta ley general que dé una potestad coactiva indiscriminada a la administración, por más “límites” que luego se le quieran poner en doctrina o en legislación.

En el derecho colombiano puede verse cómo Vidal Perdomo, Jaime, en su *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., menciona como ejemplos de ejecución de oficio solamente casos en los cuales una norma legal autoriza en forma expresa a la administración a proceder directamente. (*Op. cit.*, pp. 391 y 392.) En Venezuela, breWer Carías se inclina por una opinión igual a la que ya hemos expuesto más arriba en el texto.

7.6. Derecho comparado

De los criterios del derecho comparado puede ser de interés considerar dos soluciones opuestas y significativas: En el derecho italiano se admite en forma amplia la ejecutoriedad,³⁷ mientras que en el derecho inglés si la ley no da expresamente a la administración el uso de la coerción, debe pedirse la ejecución del acto por vía judicial.³⁸

En el derecho francés, en el que se habla frecuentemente de “decisión ejecutoria,” en el sentido de “acto administrativo,” la regla no es tan extrema como a veces se la quiere enunciar entre nosotros. En efecto, en la jurisprudencia francesa la ejecución de oficio²⁹ por la propia administración se considera un “privilegio,” no una regla normal, y se han podido distinguir dos grandes tipos de casos: a) “Cuando la ley da a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce,”³⁰ y b) cuando no hay ley reglamentando el punto, “la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni

²⁹ No debe confundirse el “*privilege du préalable*” con el “*privilege d’exécution d’office*.” El primero es la obligatoriedad o exigibilidad, el segundo la ejecutoriedad. Curiosamente, y como señala González Pérez, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, muchos autores los confunden. La doctrina francesa, sin embargo, suele hacer la distinción con bastante pulcritud, por ejemplo riveRo, Jean, *Droit administratif*, París, 1962, p. 89.

³⁰ ChInot, R., *Le privilege d’exécution d’office de l’administration*, París, 1945, p. 52, citado por lefébure, *op. cit.*, p. 156.

sanción administrativa, y aun en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo.”³¹ Aun en el derecho francés, pues, se requerirá la inexistencia de toda sanción —sea ella penal, civil o administrativa— por el incumplimiento para que proceda la ejecución de oficio.³²

³¹ Zanolini, *op. cit.*, t. I, pp. 293-300, aunque enuncia algunas condiciones para que la ejecutoriedad sea procedente, pp. 295 y 296; en igual sentido Tanellotti, *op. cit.*, p. 128, que de todos modos aclara que la ejecutoriedad se aplica a los actos válidos y *anulables*, pero no a los nulos.

³² Lefebvre, *marCuS*, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, París, 1961, p. 157 y ss. Desde luego, esto se conforma a toda la filosofía del derecho público inglés, explicada comparativamente a otros por Wade, H. W. R., *Administrative law*, Oxford, 1961, pp. 37 y 38. Ver también Yardley, D. C. M., *A Source Book of English Administrative Law*, Londres, 1963, p. 223 y ss.

En el derecho alemán la solución es coincidente. Señala Forsthoff en este aspecto que “... tampoco existe —y hay en la actualidad especiales motivos para señalarlo— una norma jurídico-administrativa general que autorice a la autoridad a servirse de medios coactivos cada vez que se trate de forzar el cumplimiento de deberes administrativos. *No hay un derecho general coactivo y ordenador*. Todo acto de aplicación de coacción (y también, naturalmente, de la amenaza de su imposición) tiene que fundarse en un título jurídico concreto. Por consiguiente, la administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica *cada vez que trata de aplicar la coacción*.”³³

En el derecho belga encontramos una situación análoga a la francesa, por cuanto se niega a la administración la potestad de aplicar la coacción material al administrado que se niega a cumplir el acto, cuando existan sanciones penales o administrativas aplicables al administrado.³⁴

³¹ Lefebvre, *op. cit.*, pp. 156 y 157; ChInot, *op. cit.*, pp. 23-29, citado por González Pérez, *op. cit.*, p. 368.

³² Cabe recordar también a Vedel, *Droit administratif*, París, 1961, p. 161, quien expresa que “El problema de la ejecución forzada de decisiones ejecutorias es pues un problema límite; no alcanza a toda fuerza ejecutoria de las decisiones y no es por ello contradictorio decir que una decisión ejecutoria no es necesariamente susceptible de ejecución forzada.” (*Op. cit.*, p. 161.) O sea, que en la doctrina francesa decir que una decisión es ejecutoria no significa afirmar que proceda la ejecución forzosa. Por ello creemos más adecuado hablar de la exhibibilidad u obligatoriedad del acto, como un concepto diferente de la ejecutoriedad; muchos autores han confundido ya, de la doctrina francesa, la “ejecutoriedad” con la “ejecución forzosa,” como para que convenga en castellano seguir con dicha terminología.

³³ Forsthoff, ErnSt, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 392. Todavía agrega este autor, refiriéndose a la posibilidad de admitir un tal poder coactivo y ordenador general, que “... si se admite que para alcanzar un fin administrativo puede utilizarse, con carácter general, como medio coactivo el poder de que dispone la administración sobre el individuo, se abandona el principio jurídico válido hasta ahora, según el cual todo medio coactivo *necesita un título jurídico propio* para que sea lícito su empleo.” (*Op. cit.*, p. 393; la bastardilla es nuestra.)

³⁴ ButtGenbaCh, André, *Manuel de droit administratif*, t. I, Bruselas, 1959, pp. 325-6; maSt, André, *Précis de droit administratif belge*, Bruselas, 1966, p. 8.

7.7. Conclusiones

En nuestro derecho pareciera, a nuestro modo de ver, que si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente, y no hay sanción penal, civil ni administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar de oficio por la coerción el acto, cuando con ello invade derechos de particulares y sólo podrá solicitarlo judicialmente; la solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político.

Por lo demás, negar la potestad de ejecución coactiva cuando la ley no la otorga, en forma expresa o razonablemente implícita *en un caso concreto*, no es sino la aplicación del principio de que cuando una norma no otorga a la administración determinada facultad, ha de interpretarse que no la tiene. (Interpretación restrictiva de la competencia, a diferencia de la interpretación extensiva de la capacidad del derecho privado.) Y, sin duda, ello no significa que nos encontremos ante una laguna, pues el ordenamiento jurídico nos da así claramente la solu-

De todas maneras, valga la pena recordar que el mismo Vedel expresa con acierto que “la ejecución forzosa conlleva frecuentemente un ataque a derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.); y es un principio de una sociedad civilizada que tales ataques no puedan ser realizables sino bajo el control y con la autorización de un juez.” (P. 161.) Y si bien cabe formular excepciones a este criterio general, lo cierto es que el mismo ha de mantenerse necesariamente como el principio rector y punto de partida, no pudiendo entonces racionalmente sentarse en la regla inversa. Ver también Ortiz, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 100.

ción de que tal potestad *no corresponde*, en el caso concreto, al órgano de que se trate; la pretendida potestad genérica que da el art. 12 del decreto-ley 19.549/72, es, en nuestro derecho, absurda e irracional si se la interpreta como algunos lo hacen, y en todo caso netamente insuficiente para sostener el principio del uso indiscriminado de la coerción por la administración. Sobre esto volveremos en el § 9 de este capítulo.

8. La ejecutoriedad. Alcances y medios

De acuerdo a lo expuesto, la ejecutoriedad no constituye un carácter propio, permanente, del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente cuando el orden jurídico, en forma expresa⁴⁵ y en los casos concretos, reconozca a la administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza. Se trata de una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrentes y que no puede suponerse *a priori* como un principio universalmente presente en la actividad de la administración.

La ejecutoriedad, a su vez, puede ser otorgada por el orden jurídico a través de distintos medios:

8.1. *La coerción directa*, cuando la administración puede forzar al administrado a cumplir con el acto. (Por ejemplo, a retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido.) A este respecto es importante señalar que el uso directo de la coerción administrativa sólo se puede justificar cuando se trata de hacer cumplir un acto administrativo: Nunca, en nuestro concepto, sin existir acto alguno de por medio,³⁵ con referencia al acto administrativo, si bien la regla general es que

⁴⁵ O en forma razonablemente implícita, según dijimos, pero nunca en total ausencia de fundamentación normativa. No creemos, pues, que sea válido afirmar que “los actos administrativos son ejecutorios sin necesidad de que una ley expresamente lo autorice,” ni que deba recurrirse a la justicia para la ejecución coactiva del acto únicamente en el caso de que “una norma general o particular despoja en expresa forma la ejecutoriedad de ciertos actos administrativos” (Florini, *op. cit.*, t. I, 2ª ed., p. 300), pues el principio será siempre la necesidad de ley expresa en el caso concreto, para que la administración pueda ejecutar ella misma por la coacción el acto; en ausencia de esa norma, procede solicitarla judicialmente. Fácil es advertir qué ocurriría si, no habiendo ley que diga nada, la administración decidiera ejecutar directamente una multa, y vender ella misma los bienes del particular para satisfacer el pago de una multa así “ejecutoria...”

debe ser escrito,³⁶ lógico es admitir que en esos casos de urgencia, necesidad, etc., pueda también válidamente darse verbalmente. En realidad, los casos que a veces parecieran ser de empleo de la coerción directamente, sin ejecución de acto alguno, son en realidad hipótesis en que la administración ha emitido el acto verbalmente: Así la orden de circular o retirarse de un lugar de peligro, o de reunión pública, etc.

³⁵ Reputamos por ello equivocada la distinción que hace VilleGas baSaVilbaSo, *op. cit.*, t. I, p. 222 y ss., en cuanto admite dos clases de coerción: “La coerción directa” y la ejecución por “coerción de policía;” admitirlo sería tanto como sostener el empleo totalmente arbitrario e injustificado de la fuerza; como es evidente, la justificación del empleo de la fuerza sólo puede ser juzgada debidamente si se la puede apreciar a través de un acto expreso, y no si se la debe inferir en forma tácita de la actuación administrativa. Hasta el policía que detiene a un delincuente deberá primero exteriorizar su voluntad a través de un acto —el simple “¡Alto!” o “¡Deténgase!” etc. requisito sin el cual el empleo de la fuerza será siempre arbitrario e infundado, salvo que se trate de la aplicación de la coacción sobre cosas o animales cuyos dueños no estén presentes y/o no podrían ser notificados del acto, atenta la urgencia de la medida. (Matar un animal peligroso, retirar un objeto de la vía pública, capturar un animal escapado de un circo o zoológico.) Comparar Antonolli, Walter, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 243, quien ofrece ejemplos similares.

³⁶ Tiene dicho la Corte Suprema que la “realización verbal” de un acto administrativo importa una “ausencia de toda forma” incompatible con los recaudos mínimos de forma y competencia” exigibles “para la validez de los actos administrativos:” Fallos, 256: 277 y 280, Gómez Zorrilla, 1963. La misma solución consagra el art. 8º del decreto-ley 19.549/72.

8.2. *La coerción indirecta*, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etcétera), a fin de forzar al administrado a cumplir el acto.

8.3. *La ejecución directa, por la misma administración o por terceros*, con cargo al obligado a cumplir el acto. (Por ejemplo, en la construcción de cercos y veredas: Si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario.) Este caso puede también asimilárselo a alguno de los anteriores.

8.4. *La ejecutoriedad en la práctica*

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre en la práctica administrativa? Entendemos que lo que expusimos refleja esa realidad, en cuanto de ordinario nadie entiende que si yo desobedezco una orden de cualquier funcionario público, éste pueda hacérmela cumplir por la fuerza física, o aplicarme cualquier sanción indirecta, *sin necesidad de norma expresa o razonablemente implícita que se lo autorice*.

Si un profesor ordena a un alumno: “Retírese del aula,” y éste dice: “No me retiro,” ¿se entenderá acaso que el profesor puede llamar a cuatro ordenanzas y entre todos levantarlo en vilo y sacarlo del aula? En esta hipótesis, al no haber norma que autorice la coerción directa, sólo se podrá aplicar alguna de las sanciones disciplinarias que prevé la reglamentación; y si dichas normas establecen que las sanciones las aplica el decano, entonces no podrá aplicarlas directamente el profesor, por una supuesta “ejecutoriedad” del acto administrativo. En tal situación, bien se advierte, el profesor no tiene a su alcance la posibilidad de hacer cumplir por la fuerza física el acto, ni tampoco la de aplicar sanciones que indirectamente obliguen al alumno a cumplir el acto: Lo más que puede hacer es *pedir* que sean aplicadas. Ello significa que *su* acto no tiene ejecutoriedad. Si con similares ejemplos se consideran los actos que puedan dictar los diversos funcionarios de la administración, se encontrará que nunca, salvo en el caso de las fuerzas de seguridad, puede aplicarse la coerción física directa; y que en cuanto a *las sanciones* que puedan servir indirectamente como coerción, ellas *deben siempre estar expresamente previstas en el ordenamiento jurídico*, y sólo pueden ser aplicadas por los funcionarios contemplados en estas normas y en los casos que ellas disponen. Esto no es, pues, sólo una opinión de doctrina: La realidad del derecho administrativo argentino, se advierte, funciona de modo tal que no cualquier funcionario que dicta un acto administrativo puede considerarlo “ejecutorio” con el supuesto alcance de que tiene a su disposición todos y cualquier medio de coerción para hacerlo cumplir por la fuerza, contra la voluntad del individuo afectado por el acto. Ello no ha privado de eficacia ni de regular cumplimiento a sus actos, lo que demuestra la conveniencia, además de la exactitud, del criterio expuesto.

IV. Impugnabilidad

9. Fundamento de la impugnabilidad

A más de las características enunciadas cabe agregar, a nuestro juicio, la de la indispensable impugnabilidad del acto. 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 administrativos o judiciales. El acto en sí mismo “irrecurrible” no existe en un Estado de Derecho, salvo la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra definitivamente una cuestión.

Por lo demás, se comprende que 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. 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 administrativa como judicial de los actos que lesionan su persona o sus derechos. La impugnabilidad se da tanto ante la propia administración como ante el Poder Judicial.

9.1. En sede administrativa

A través de los recursos (jerárquicos mayor y menor,alzada, revisión, reconsideración), reclamaciones (mera reclamación administrativa previa, queja) y denuncias. (Mera denuncia, denuncia de ilegitimidad.) Su estudio corresponde al procedimiento administrativo, pero conviene recordar aquí que no es óbice a la procedencia del recurso la estabilidad que el acto acatado 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, dado que la estabilidad no existe cuando el acto está gravemente viciado, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el acto *no goza de estabilidad* por tener un vicio de tal índole, y que debe, por ende, ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado pero no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto poder 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.*³⁷

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; 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,”³⁸ que si bien no constituye técnicamente un “recurso,” es de todos modos una impugnación formalmente admisible en el procedimiento administrativo.

Finalmente, conviene recordar también que en la distinción que se efectúa entre “recursos” y “reclamaciones,” los primeros sólo proceden contra actos administrativos en sentido de actos productores de efectos jurídicos directos, inmediatos: Por tal razón no son impugnables por “recurso,” pero pueden ser impugnados por otros medios (escritos alegando al respecto; reclamaciones) los actos preparatorios, tales como proyectos de actos, actos dictados ad referéndum mientras éste no es pronunciado, actos sujetos a aprobación mientras la aprobación no se ha dado, informes, dictámenes, actos no notificados, etc. En doctrina se admite también en algunos de esos casos la interposición del recurso, a condición de que el acto haya sido dictado antes de la resolución del recurso, pero en la práctica se exige, en cambio, la existencia *actual* de un acto productor de efectos jurídicos inmediatos, para que sea procedente la interposición de un recurso contra él; todo ello sin perjuicio, tal como quedó dicho, del derecho a presentar escritos refutando lo sostenido en el proyecto, informe, dictamen, etc., del caso.

9.2. *En sede judicial*

Si amplio es el principio de la discutibilidad del acto en sede administrativa, con mayor razón aún debe ser amplio en sede judicial: Aquí cobra plenitud de aplicación la garantía de la “defensa *en juicio*,” que no puede conculcarse sin grave lesión constitucional. Sin embargo, uno de los problemas que plantea el

³⁷ PTN, *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230.

³⁸ Ampliar en nuestro *Tratado*, tomos 4.1 y 4.2, *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*

derecho administrativo es 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.³⁹

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, de acuerdo al derecho público argentino, afirmar que parte alguna de los actos emanados de la administración puedan ser por su naturaleza “no justiciables” o “irreversibles,” y estimamos, por ende, que no existe una categoría de “actos de gobierno,” “políticos,” “institucionales,” etc.⁴⁰

9.3. Comparación

Finalmente, interesa recordar el alcance de la impugnabilidad administrativa y judicial: La primera procede no sólo por razones de legitimidad, sino también por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La segunda, en cambio, procede únicamente por razones de legitimidad, concepto que se interpreta en forma amplia: Dentro del control judicial de legitimidad se comprende no sólo el control del ejercicio de las facultades regladas de la administración, sino también el del ejercicio de las facultades discrecionales, en la medida en que ésta haya podido resultar violatoria de principios jurídicos tales como la razonabilidad, desviación de poder, buena fe, etc.

V. Estabilidad

10. La estabilidad del acto administrativo

Mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su “revocabilidad,”⁴¹ en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho

³⁹ Para una crítica, ver el *Tratado*, t. 2, cap. XIV, e *infra*, cap. XII.

⁴⁰ Ver *infra*, cap. XII. Como dice la Corte Suprema en *Fallos*, 285: 410, 417, cons. 17°, 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.

⁴¹ teSauro, *op. cit.*, p. 142; bIelSa, *op. cit.*, t. II, p. 99; dIez, *op. cit.*, t. II, p. 273, aunque luego limita esta característica en forma muy pronunciada, de modo tal que en rigor su criterio es tanto o más amplio que el que enunciamos en el texto; fIorInI, *op. cit.*, p. 303.

administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso, 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 InareS 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;”⁴² en criterio similar sostiene marlenhoff que “la «revocabilidad» del acto administrativo 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.”⁴³

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 dicho nuestro más alto tribunal en este sentido: “Que no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades,” y recordó un decreto del año 1896 que en sentido similar señalaba que las resoluciones administrativas no son susceptibles de reconsideración “porque 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.”⁴⁴ La solución jurisprudencial ha sido confirmada y afianzada legalmente en los arts.

17 y 18 del decreto-ley 19.549/72.⁴⁵

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

En el citado fallo la Corte Suprema habló de “cosa juzgada administrativa;” fallos posteriores, y otros autores, hablan de “irrevocabilidad,” “estabilidad,”

⁴² InareS, Juan FranCISCO, “Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo,” en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, n° 211, Buenos Aires, 1947, p. 667; *Fundamentos del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, § 296-303, pp. 343-351.

⁴³ marlenhoff, *op. cit.*, p. 579 y ss. Ver, en cambio, Real, Alberto Ramón, “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XI, n° 1-2, Montevideo, año 1960, p. 71 y ss.

⁴⁴ Carman de Cantón, 1936, *Fallos*, 175: 368, considerando tercero. En sentido similar al texto InareS, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 346-351.

⁴⁵ 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 ilegalidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto *estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos*

“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.⁴⁶ 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 impugnado,⁴⁷ y eventualmente anulado en la justicia. Por lo demás, la administración puede siempre revocar o modificar el acto si con ello beneficia al interesado,⁴⁸ 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.

que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad.

(El texto en bastardilla es conforme al decreto-ley 21.686/77, que sustituyó así la anterior parte pertinente del art., que expresaba: “hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento.”)

Art. 18: *Revocación del acto regular*. El acto administrativo regular, del que hubieren 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 de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, 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 causara a los administrados.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto creador de derechos alcanza a toda la administración, en el doble sentido de que el acto

⁴⁶ Que son las únicas que hacen “cosa juzgada sustancial,” en palabras de la Corte: *Cometarsa*, 1966, *Fallos*, 264: 314.

⁴⁷ Dentro del término de prescripción, que es de dos años, por aplicación del art. 4.030 del Código Civil, que la jurisprudencia ha hecho extensivo a estos casos: *InareS*, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁸ Pues la estabilidad juega *a favor* del administrado, *no en contra*. Corte Suprema, *Redrado*, 1954, *Fallos*, 288: 186; comparar *dez*, *op. cit.*, t. II, pp. 332 y 333, y Corte Suprema, *García Uriburu*, 1959, *Fallos*, 245: 406, en que parecería consagrarse la solución contrario. Sobre esto volveremos más adelante, n° 63.

administrativo de cualquier órgano o ente administrativo puede hacer “cosa juzgada administrativa,” sea un ente autárquico, empresa del Estado, etcétera, 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;⁴⁹ en otras palabras, que la limitación a la facultad de revocar, modificar o sustituir un acto no sólo alcanza al órgano o ente emisor del mismo, sino a toda la administración.

Queda a salvo, por supuesto, el caso en que el superior revoca un acto ilegítimo dictado por un inferior, para *hacer lugar* a un recurso interpuesto por el administrado: A ello no se opone la cosa juzgada administrativa.

12. *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 o 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.

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;
- d) que sea regular;
- e) que no haya una ley que autorice la revocación, y
- f) finalmente, algunos autores también agregaban que debería tratarse de un

acto de la administración activa; a su vez, la jurisprudencia anterior al decretoley exigía que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas. Consideramos que ambos requisitos no existen en la actualidad.

⁴⁹ En este segundo sentido Vedel, GeorGeS, *Droit administratif*, París, 1961, p. 199; laChaume, *op. cit.*, p. 72.

13. *Acto administrativo*

13.1. *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,⁵⁰ sino que ella se rige por los principios de la responsabilidad contractual y no por la de la “cosa juzgada administrativa.”

13.2. *Individualidad*

Ello significa que los reglamentos no están comprendidos dentro de la regla de la “cosa juzgada administrativa;”⁵¹ 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. Ya hemos explicado en otro lugar que un reglamento puede lesionar derechos subjetivos,⁵² y de la misma manera puede dar lugar 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.⁵³

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.”⁵⁴

14. *Que de él hayan nacido derechos subjetivos*

De este requisito se desprenden varias consecuencias:

⁵⁰ InareS, *Fundamentos*, op. cit., p. 352; comparar diez, op. cit., pp. 328-329.

⁵¹ InareS, *Fundamentos*, op. cit., p. 352; marIenhoff, op. cit., p. 616; comparar diez, op. cit., p. 328.

⁵² *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., p. 109.

⁵³ Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, cap. XV.

⁵⁴ *Dictámenes*, 60: 149. Conf. InareS, *Fundamentos*, op. loc. cit.

14.1. *No hay estabilidad de los intereses*

El acto que reconoce un interés legítimo o un interés simple no tiene estabilidad, aunque reúna todos los demás caracteres.⁵⁵

14.2. *No hay estabilidad de los deberes*

En segundo lugar, el acto que crea o declara *deberes* de los administrados frente a la administración, tampoco hace cosa juzgada administrativa, pues ésta se refiere específicamente a los *derechos*.⁵⁶

14.3. *Funciona a favor, no en contra, del administrado*

En tercer lugar, y según ya lo dijimos, funciona a favor del administrado, en la parte en que se le reconoce o crea un derecho, pero no en su contra, en la medida en que por error se le haya reconocido un derecho menor que el que debía corresponderle: En tal caso el acto puede y debe modificarse para reconocerle al interesado toda la plenitud de derechos que le sea debida.⁵⁷

En efecto, lo que esta construcción quiere lograr es la estabilidad de los *derechos* adquiridos a raíz de un acto administrativo,⁵⁸ 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,⁵⁹ 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 expresa o tácitamente.

Si un mismo acto por un artículo me reconoce un derecho y por un artículo 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 artículo y me rechaza otro reclamo en otro artículo, 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.

Sostener lo contrario, por ejemplo que la cosa juzgada administrativa juega tanto “a favor como en contra” del particular y de la administración, implica

⁵⁵ Conf. florInI, *op. cit.*, p. 386. Conf. lInareS, *Fundamentos, op. cit.*, p. 356.

⁵⁶ Ver Corte Suprema, *Cometarsa*, 1966, *Fallos*, 264: 314, ; comparar diez, *op. cit.*, p. 331.

⁵⁷ Conf. marlenhoff, *op. cit.*, t. II, p. 577. Conf. lInareS, *Fundamentos, op. cit.*, p. 355. Véase también Vidal perdono, *op. cit.*, pp. 402 y 403.

⁵⁸ “En la llamada «cosa juzgada administrativa», como ha sido elaborada por la jurisprudencia —*Fallos*, 258: 299, cons. 6° 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 Corte Suprema en *Cometarsa*, 1966, *Fallos*, 264: 314 y 316. La bastardilla es nuestra.

⁵⁹ Corte Suprema, *Cometarsa*, 1966, *Fallos*, 264: 314 y 315.

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)⁶⁰ 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),⁶¹ entendemos que ha restablecido la correcta interpretación del principio en el fallo *Cometarsa* (1966),⁶² la que entendemos corresponde también a la norma vigente.

También en este sentido tiene expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que la estabilidad “se da en beneficio de los administrados y no de la administración.”⁶³

14.4. *Debe “nacer” un derecho*

Veremos más adelante que no se exige la total validez del acto que establece el derecho, sino sólo su regularidad, o sea, ausencia de vicios graves. En cierto modo esto ya 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;”⁶⁴ de esta expresión se sigue, a nuestro modo de ver,⁶⁵ que aunque resultara que el administrado 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 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

⁶⁰ *Fallos*, 228: 186. Ver también Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119 y 120.

⁶¹ *García Uriburu*, 1959, *Fallos*, 245: 406, 414. En este caso, si bien la Corte expresó que “el valor de la cosa juzgada afecta en pro y en contra a los administrados y al propio Poder actuante,” es obvio que había otras razones para no acceder a lo solicitado: 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; a mayor abundamiento, si hubiera existido realmente un acto inmutable, no habría existido necesidad alguna de pronunciarse sobre el fondo, como el fallo lo hace...

⁶² InareS, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

⁶³ *Dictámenes*, 101: 117; 103: 230; pero en esto no es muy uniforme.

⁶⁴ Sarría, Félix, *Estudios de derecho administrativo*, Córdoba, 1934, pp. 73-76. En su *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 146, habla del “acto creador de derechos subjetivos.”

⁶⁵ Comparar en cambio Sarría, *op. ult. cit.*, pp. 146 y 147.

que del acto “hubieren nacido,” aunque fuere por primera vez, derechos para el individuo.

14.5. *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, y no corresponde desde luego hacerla. Entendemos por ello que tanto si el derecho subjetivo nacido al amparo del acto es de índole civil como administrativa, existe estabilidad.⁶⁶ De igual modo, poco importa que el derecho haya nacido de disposiciones legislativas o administrativas, pues una vez reconocido por el acto la situación es exactamente la misma.⁷⁸ 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, y 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. De igual manera, entonces, ninguna influencia tiene sobre la estabilidad, ni el decreto-ley o la jurisprudencia la han establecido, el que el derecho resulte de la Constitución, de la ley, o de meras disposiciones administrativas, reglamentarias, contractuales, etc.

15. *Que sea notificado al interesado*

Este requisito en el pasado fue formulado en términos y alcances distintos: Acto “firme,” “acto definitivo,”⁶⁷ 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.⁶⁸

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.

⁶⁶ En este sentido nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, *op. cit.*, art. 203, en nuestro *Tratado*, t. 4.2: “... el acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo

⁶⁷ Para una distinción de ambos conceptos, ver InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 23-24, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 356-357.

⁶⁸ Por ello expresó marlenhoff, 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;” marlenhoff, *op. cit.*, p. 621. En relación al concepto de acto “perfecto,” ver la crítica que efectúa florInI, *op. cit.*, pp. 312 y 313, que compartimos.

No puede exigirse como condición de la estabilidad, en consecuencia, que el acto haya sido ejecutado,⁶⁹ ni que esté firme en el sentido de haber transcurrido los términos para impugnarlo,⁷⁰ ni menos aún que sea un acto definitivo de la administración, emanado del Poder Ejecutivo, pues el acto de cualquier funcio- de índole civil o administrativa, no puede ser revocado por la administración una vez que ha sido notificado al interesado.”

⁶⁹No consideramos acertado, pues, ni conforme a la jurisprudencia, el distingo que en tal sentido efectuó florInI, *op. cit.*, p. 309.

nario inferior, que haya tenido competencia para dictarlo, también encuadra en la regla de la estabilidad;⁷¹ tampoco puede exigirse que haya sido consentido.⁷² En efecto, nada de eso exige el art. 18.

16. *Que sea regular*

En el caso *Carman de Cantón*, la Corte cita en este punto también a Sarria, del cual tomó el concepto de que el acto debía ser “regular” 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,”⁷³ no es ése el sentido que la expresión tiene en la jurisprudencia anterior al decreto-ley.⁷⁴ Por el contrario, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la propia administración admiten que también son regulares y tienen estabilidad, por ejemplo, los actos que contienen errores de hecho, o que incurren en error leve de derecho. Actualmente el art. 18 recoge expresamente la tesis de que el acto debe ser “regular,” y que se excluye el acto “irregular,” entendiendo por tal el acto nulo o inexistente.

⁶⁹ marlenhoff, *op. cit.*, p. 620.

⁷⁰ InareS, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 357. En igual sentido expresaba bidart CampoS, Germán J., “Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio previsional,” *JA*, 1960-II, p. 627 y ss., especialmente p. 631: “Los plazos para interponer recursos que la ley concede al particular no rigen a favor del poder administrador para permitir revocar. De modo que el acto que confiere derechos puede revocarse hasta el instante de la notificación, pero no después.”

En cambio, el art. 11 de la ley yugoslava establece la irrevocabilidad del acto que otorga derechos solamente después que no proceden ya acciones o recursos contra el acto. Ver StjepanoVIC, nikola, “Le sens et la signification pratique du principe d’irrevocabilité des décisions dans la procédure

⁷¹ InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 24.

⁷² En contra florInI, *op. cit.*, p. 385, cuya opinión era anterior al decreto-ley y no fue recogida por éste.

⁷³ Sarria, *op. últ. cit.*, p. 147.

⁷⁴ Ha dicho por ejemplo la Corte que “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,” *Guerrero*, 1964, *Fallos*, 258: 299, 301; la bastardilla es nuestra.

El fundamento de reconocer estabilidad también a algunos actos viciados es claro: “Cuando el acto tiene *color legal* aunque después de 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 que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales y previas todas las pruebas necesarias. Hay principios constitucionales que abonan tal solución.”⁷⁵

16.1. *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 en sede administrativa y están alcanzados por el principio de la estabilidad del acto que consagra el art. 18, de conformidad a la jurisprudencia y doctrina anterior.⁷⁶

administrative yugoslave,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXV, 1969, n° 1, p. 11.

Es de destacar que 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, que sigue en este aspecto al Proyecto de 1964 y al Proyecto de InareS y nuestro, el acto “regular” es entonces, a los efectos de la estabilidad, tanto el acto válido como el *anulable*.

16.2. *La revocabilidad 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,⁷⁷ 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.”⁷⁸ Por nuestra parte, habíamos señalado la inconsecuencia de otorgar presunción de legitimidad al acto nulo, como hacía en aquel entonces la jurisprudencia, y en cambio negarle estabilidad.⁹¹ Dijimos también que parecía “preferible negarle presunción de legitimidad al acto nulo, pero

⁷⁵ PTN, *Dictámenes*, 42: 179; InareS, *op. cit.*, p. 28, trae a su vez varios precedentes jurisprudenciales en igual sentido.

⁷⁶ Ver InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 29; marlenhoff, *op. cit.*, t. II, p. 622; nuestro *Proyecto* de 1964, arts. 146 y 149.

⁷⁷ diez, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 330.

⁷⁸ 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 marlenhoff, 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.”⁹¹ *El acto administrativo*, 1969, p. 130.

reconocerle de todos modos estabilidad, que es la solución más congruente con el sistema político consagrado por la Constitución.”⁷⁹

Pues bien, el decreto-ley establece ahora que el acto nulo en principio no tiene estabilidad y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa: Ésta sigue siendo la regla general, pero ella tiene ahora una importante excepción.

16.2.1. *Excepciones a la revocabilidad 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.” La reforma de 1977 modifica la primera parte del párrafo, que ahora se lee: “No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo...;” el resto sigue igual.

Este texto plantea dos problemas que analizaremos a continuación.

16.2.1.1. *“Prestaciones” o “derechos subjetivos.”* La redacción de 1972 era ciertamente equívoca en hablar de “prestaciones en vías de cumplimiento,” y en este sentido es más amplia —y encomiable por lo tanto— 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 concretizan 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.

16.2.1.2. *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.” Ya nos hemos ocupado de este criterio en el punto 6 al explicar, respecto del art. 18 y la estabilidad del acto regular, que todas esas exigencias de diversos fallos o autores (“acto firme,” “acto definitivo,” “acto firme y definitivo”) no eran sino fuente de confusiones, y que la doctrina había interpretado que todas ellas 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.

⁷⁹ *Op. loc. cit.*

Incluso la reforma peca de asistemática, porque 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. Pero, y esto es de más importancia aún, 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 aun 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.⁸⁰

16.2.2. *La supresión del acto y la estabilidad.* 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*, 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.

En virtud de lo expuesto, los efectos o prestaciones originados 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.

16.3. *La protección contra la revocación del acto estable*

Si la administración revoca un acto que confería 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

⁸⁰ Es aplicable para este razonamiento la doctrina que mencionamos *supra*, punto 6.

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,⁹⁴ 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.”⁹⁵ De allí se desprendería que

⁹⁴ “La cuestión, como se ve, es contingente, «depende de las particularidades del caso concreto que se considere»,” dice en uno de estos casos la Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *JA*, 1968-I, p. 765 y ss., 771.

⁹⁵ Corte Suprema, 1961, *Fallos*, 250: 491, 501:

“3° Que esta Corte tiene establecido reiteradamente que la estabilidad de los actos administrativos, que impide su revocación por obra del propio órgano que los expidió, corresponde a las decisiones dictadas en materia reglada y de manera regular —*Fallos*, 201: 329; 210: 1071; 245: 406 y sus citas—.

“4° Que por actos regulares debe, en primer término, entenderse aquellos en que aparecen cumplidos los requisitos externos de validez, que esta Corte, ha especificado como forma y competencia.

“5° Que, sin embargo, se ha entendido también que el acto administrativo es irregular cuando contraria, la resolución legal que corresponde para el caso. Se trata de los supuestos en que el acto 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,⁸¹ 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 por el 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 más bien porque de todos modos se tiene derecho a él, lo haya o no reconocido la administración antes o ahora... Desde luego, tal planteamiento implicaría

⁸¹ Se admitió, en cambio, la procedencia del amparo contra un acto que deja sin efecto otro acto dotado de estabilidad, por parte de la Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

reducir grandemente el valor y la significación de la estabilidad, pero es la conclusión a que llevaría ese fallo si se lo interpreta con el rigorismo que se desprende de su texto.

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, en cambio, anulable,⁸² 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

administrativo incurre en error grave de derecho, porque el apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable en cuanto a su interpretación, linda con la incompetencia. La Constitución encomienda a la administración la ejecución de las leyes, mas cualquiera sea la extensión de esta facultad no autoriza la alteración de su letra y de su espíritu, en los términos del art. 86, inc. 2°, de aquélla. —Confr. *The Constitution of the United States*, Washington, Corwin, 1953, p. 481. En esa medida la atribución constitucional aparece excedida porque los órganos de la administración carecen de jurisdicción para modificar las leyes. Y esto ocurre en, el caso, porque cualquiera fuese la opinión sobre la interpretación actual que cuadra a los arts. 1° y 2° del Tratado de Montevideo sobre el ejercicio de profesiones liberales, la Universidad no podía, excediendo su competencia legal, habilitar títulos que no tuviesen por de pronto, el carácter de universitarios.

“6° Que es también coherente jurisprudencia del Tribunal, que mediando también la circunstancia anotada, el acto administrativo adolece de nulidad absoluta y es susceptible de ser revocado por la propia autoridad que lo expidió —*Fallos*, 210: 1071, 245: 406 y sus citas—. Y ello se impone con tanta más evidencia cuando se trata de revocar autorizaciones que, como en el caso, exceden el mero interés privado por comprometer el interés público.

“7° Que, consecuentemente, se ha resuelto que la declaración por las autoridades universitarias de la invalidez de actos cumplidos antes por ellas, afirmando que en el acto anterior ha habido inobservancia clara de la ley, no constituye un caso de ilegalidad manifiesta que autorice la revisión del pronunciamiento por vía del recurso de amparo. (Cfr., *Fallos*, 248: 455.)”

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.⁸³ También encontramos un correcto razonamiento en el caso *Pustelnik*, fallado por la Corte Suprema Nacional en 1975 (*supra*, cap. V, n°3), aunque es de advertir que la vía elegida por el accionante no fue la acción de amparo.

⁸² O si, aun siendo nulo, le alcanzaba la excepción de la segunda parte del art. 17.

⁸³ Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *LL*, 129: 1070, y *JA*, 1968-1, p. 765; en igual sentido, Cámara Nacional Civil, Sala E, *LL*, 121: 119, *Fernández Moores*, 1965.

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.

17. *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 hasta 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, 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,⁸⁴ agregando otros que no ha de tratarse del ejercicio de actividad “jurisdiccional” de la administración, pues en tales casos habría “*cosa juzgada judicial*.”⁸⁵ No obstante, lo que a ese respecto se diga depende del criterio que se adopte en materia de existencia o inexistencia de facultades jurisdiccionales de la administración, antes que del problema de la “*cosa juzgada administrativa*.” Por nuestra parte, ya hemos expresado en su lugar que estimamos que la administración no ejerce, en nuestro sistema constitucional, tal tipo de facultades;⁸⁶ por lo tanto, entendemos que ningún acto de la administración hace o puede hacer *cosa juzgada* en sentido estricto o sustancial, y que todos, siempre que cumplan con los demás requisitos enunciados, pueden tener la estabilidad propia de los actos administrativos. 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.

18. *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.

Al respecto cabe recordar aquí que la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse está librada a la

⁸⁴ InareS, *Fundamentos...*, p. 353.

⁸⁵ marIenhoff, *op. cit.*, p. 617. En sentido similar, CaSSaGne, Juan CarloS, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 390.

⁸⁶ *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VII, n° 8-21.

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.⁸⁷

Este viejo requisito ya había perdido gran parte de su importancia antes del decreto-ley: En primer lugar, y como lo señaló Juan Francisco InareS:⁸⁸ “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.”⁸⁹ También marLenhoff 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 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.”⁹⁰ 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.”⁹¹ La doctrina, como se ve, era uniforme, y constituye un acierto del decreto-ley no haber recogido la tradicional exigencia jurisprudencial en este punto. Aunque el acto emane del ejercicio de facultades principalmente discrecionales, pues, igual lo ampara el principio de estabilidad.

19. Excepciones a la estabilidad

El art. 18, segunda parte, establece varias excepciones a la regla de la estabilidad del acto administrativo regular. Las excepciones, si bien se encuentran en un artículo que trata de la estabilidad del acto regular, son

⁸⁷ laubadère, André de, *op. cit.*, p. 216 y ss.; ampliar en este *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, t. I, cap. VIII, n° 10-12.

⁸⁸ InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 150; *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 357-359.

⁸⁹ Sarría, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, 1950, p. 150.

⁹⁰ marLenhoff, mIGuel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 101, nota 144, y p. 680.

⁹¹ diez, *Derecho administrativo*, t. II, p. 328.

aplicables con todo y con mayor razón aún al acto nulo, en los casos en que éste tiene estabilidad. (Art. 17, segunda parte.)

Las excepciones que vamos a comentar ahora no todas existían anteriormente al decreto-ley 19.549/72, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero sí tenían precedentes doctrinarios, en el Proyecto de 1964⁹² y en el proyecto de InareS y nuestro.

19.1. *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 artículo 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. La jurisprudencia en este sentido es muy 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 nuevamente el impuesto, una vez restablecido en el poder.⁹³ La misma solución debe aplicarse en el caso que comentamos, 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.

19.2. *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. Si bien la excepción es en cierto modo innecesaria, ya que, aunque la norma no lo dijera expresamente, la respuesta

⁹² Arts. 203, 215 y concordantes.

⁹³ Corte Suprema, *El Fisco Nacional c/ varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes durante su dominio*, 1868, Fallos, 5: 155.

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.⁹⁴ En realidad, ya la administración pública nacional había adoptado ésa 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 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,⁹⁵ 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 reconozca derechos a alguien, 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

⁹⁴ La misma solución en el derecho yugoslavo: StjepanoVIC, *art. cit.*, pp. 17 y 18.

⁹⁵ Es decir, una acción judicial de la administración pidiendo que se anule el acto que ella no puede revocar.

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: ¿a qué analizar el posible vicio del acto, si de todos modos no se podrá revocarlo en ninguna circunstancia normal, sea que él resulte válido, anulable o nulo? 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 objetiva,⁹⁶ y que debe investigar las alegaciones de vicios que se hicieren, pues aun 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. La administración no 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 puede y debe hacer una manifestación de “lesividad” declarando al acto contrario al orden jurídico y recabando de los órganos judiciales competentes la investigación del vicio, en el caso concreto y 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.

19.2.1. *La revocación sin perjuicio de terceros en el caso de los contratos.* Esta regla que impide la revocación (o modificación o sustitución) del acto si su revocación perjudica a terceros, es de aplicación 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 de estas normas, según se desprende del art. 7º *in fine* del decreto-ley. La aclaración es muy importante, y alcanza a los contratos de obras, suministros, concesiones, etcétera.

19.2.2. *La revocación sin perjuicio de terceros y la estabilidad en la función pública.* Con todo, es posible que en el caso de la designación de funcionarios públicos⁹⁷ se llegue a una solución distinta, porque el interés de la administración pública no está normalmente predispuesto a favorecer la discusión de las decisiones que adopta en materia de nombramientos, dado el gran número de cuestiones que podrían de otro modo surgir. Puede apuntarse también que 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

⁹⁶ Ver nuestro *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 10.

⁹⁷ Que, según hemos visto, constituye un contrato administrativo: *Tratado*, t. 1, cap. X, n° 7.

del acto de nombramiento. Por fin, cabe destacar que la estabilidad del empleado público tiene garantías constitucional y legal propia, con el alcance de que el funcionario no puede ser separado de su cargo, sino por los motivos y procedimiento que la ley establece,⁹⁸ y no podría, en consecuencia, admitirse un medio indirecto de llegar al mismo resultado, con la simple alegación de que en realidad se está beneficiando a alguien mediante la revocación del acto de nombramiento. Jurisprudencia anterior a las normas que comentamos había señalado que la disolución del vínculo funcional no podía válidamente hacerse, dentro del marco del estatuto del personal civil, por la revocación del acto de nombramiento.⁹⁹ Pensamos que la solución sigue aquí en pie.

19.3. *La revocación de los actos precarios*

Es posible encontrar casos en que ciertos actos son dictados confiriendo un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título *precario*. Tal, por ejemplo, lo que ocurre con los permisos de ocupación del dominio público, que pueden ser revocados en cualquier momento, sin derecho a indemnizaciones por la revocación misma;¹⁰⁰ con los permisos precarios para la prestación de algunos servicios públicos; con algunos casos de autorización “de ejercer industrias peligrosas.”¹⁰¹ Sin duda, si un acto administrativo reconoce un derecho expresa y válidamente¹⁰² a título precario, la revocación por razones de oportunidad es procedente. Así lo dice expresamente el art. 18 del decreto-ley, 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.¹⁰³

Por lo demás, aun cuando la revocación sea procedente porque el acto fue dictado a título precario, o porque la precariedad surge implícitamente de la naturaleza del derecho conferido, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria.

⁹⁸ Al respecto ver el tomo 1 de nuestro *Tratado*, cap. X, n° 8 y sus referencias.

⁹⁹ Claro está que la constante práctica de leyes de prescindibilidad y racionalización que suspenden por períodos anuales la estabilidad, la tornan bastante ilusoria.

¹⁰⁰ Corte Suprema, *Fallos*, 165: 413; InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 150; marlenhoff, *Tratado del dominio público*, *op. cit.*, p. 339; Grau, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰¹ InareS, *op. loc. cit.*

¹⁰² Como dice SaYaGuéS laSo, *op. cit.*, t. I, 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.”

¹⁰³ Nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964 dispone de 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.”

En consecuencia, debe otorgarse un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación, y éste debe ser razonablemente fundado. Si la revocación se funda en una modificación de las circunstancias de hecho existentes al momento de dictarse el acto originario,¹⁰⁴ ella es razonable y la revocación legítima. Si, en cambio, la revocación se funda, *a*) en un mero cambio de opinión de la autoridad administrativa,¹⁰⁵ 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. Sobre esto volveremos más adelante en el punto 10.4.

19.3.1. *El caso de los permisos de construcción.* Un ejemplo de precariedad, a nuestro juicio *ilícita*, es la que algunos fallos pretenden asignar a los permisos de construcción;¹²¹ como dice teSta,¹⁰⁶ “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 este autor, 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 aquéllas 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.”¹⁰⁷ “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

¹⁰⁴ StaSSInopouloS, *op. cit.*, 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.

¹⁰⁵ StaSSInopouloS, *op. cit.*, p. 283. ¹²¹ ED, 42: 175 y ss.

¹⁰⁶ teSta, VIrGIIIo, *Disciplina urbanística*, Milán, 1964, 2ª ed., p. 549, y jurisprudencia que cita en su nota 219.

¹⁰⁷ teSta, *op. loc. cit.*

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.”¹⁰⁸

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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

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,¹¹¹ en forma coincidente, con el principio de la no retroactividad del acto administrativo.¹¹²

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.

19.4. *Que haya una ley que autorice la revocación*

19.4.1. *Enunciación general.* Este requisito surge expresamente de la jurisprudencia anterior, que ha admitido que una ley de orden público¹¹³ puede válidamente producir “una modificación del «status» creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación.”¹¹⁴ Para que proceda la revocación, entonces, no basta una mera reglamentación administrativa ulterior;¹¹⁵ ni tampoco

¹⁰⁸ teSta, *op. cit.*, p. 550. En igual sentido mazzarolli, leopoldo, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padua, 1966, pp. 507-508; mereGazzl, lenzo, “Tutela giuridica degli interessi del terzi in materia di pianificazione urbanistica,” publicado en el libro *Atti*

¹⁰⁹ *Code de l'Urbanisme et de l'Habitation*, 1964, arts. 86, 87 y 93.

¹¹⁰ polSSonnler, andré, *La rénovation urbaine*, París, 1965, p. 179.

¹¹¹ Gualta, aurello, *Derecho administrativo especial*, t. II, Zaragoza, 1962, pp. 259, 261-263; boquera oIVVer, JoSé maría, “La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar planes de ordenación urbana,” *Revista de derecho urbanístico*, n° 11, 1969, p. 13 y ss., p. 16. Comparar GarCía de Enterría y fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 559-561.

¹¹² Ver de la Vallna Velarde, Juan, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, p. 51 y ss.

¹¹³ lInareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴ Es el considerando 5º del mismo fallo *Carman de Cantón*. Ver lInareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.; comparar, del mismo autor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, n° 317, p. 360.

¹¹⁵ Así lo tiene también decidido el Consejo de Estado francés, en el caso *Laurent* (1929), en el cual expresó que 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. 31-39.

cualquier ley; debe tratarse específicamente de una ley de orden público, y ésta debe por lo demás ser constitucional.¹¹⁶ Va de suyo, dentro de este criterio, que no cabría admitir una alteración del principio elaborado por la Corte Suprema a partir del caso *Carman*

del VII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. La pianificazione urbanistica, Milán, 1962, p. 117 y ss., p. 135.

de Cantón, sino por una ley formal, expresa y clara, que debería interpretarse restrictivamente.¹¹⁷

A nuestro entender, de este mismo principio se desprende que la estabilidad del acto administrativo impide no sólo la revocación fundada en razones de ilegitimidad, sino también la fundada en razones de oportunidad,¹¹⁸ y con mayor razón aún. En efecto, si la Corte Suprema expresó que puede abandonarse la estabilidad ante una ley de orden público, y aun 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 esa causa 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 en el caso concreto y por razones de utilidad pública a que la administración la deje sin efecto.

Resulta así una incongruencia entre aquella jurisprudencia tradicional que citaba *InareS*, y la excesiva amplitud de la facultad revocatoria por mérito que admite la Corte en *Pustelnik*. (*Fallos*, 293: 133, 1975.)

19.4.2. *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.¹³⁵ Así lo sostiene

¹¹⁶ Comparar *marlenhoff*, *op. cit.*, p. 616; ver *InareS*, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 31-39.

¹¹⁷ No creemos que sea admisible, entonces, una ley *implícita* que faculte a la derogación, como en cambio sostiene *InareS*, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 317, p. 360, quien sigue en ello a *Diez*, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., 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 anterior a los actos de cuya estabilidad se trata, entonces entender simplemente que los actos han sido otorgados a título precario y pueden desde luego ser revocados. Sin embargo, tratándose de una ley posterior al nacimiento de los derechos de cuya estabilidad se trata, pensamos que debe adoptarse una posición restrictiva en cuanto a su admisibilidad.

Por iguales motivos entendemos que debe tratarse de una ley en sentido formal, esto es, de una ley emanada del Congreso de la Nación. (Comparar, menos categórico, *InareS*, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. loc. cit.*)

¹¹⁸ Confrontar *Caetano*, *op. cit.*, p. 276; ampliar *infra*, n° 10.4.2. y 10.4.3. ¹³⁵

marlenhoff, *op. cit.*, t. II, p. 634; *CaSSaGne*, *op. cit.*, p. 405.

igualmente el art. 18 del decreto-ley: “También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o inconveniencia, indemnizando los perjuicios que causare al interesado.” La misma solución, como dijimos, adopta en 1975 la Corte Suprema en el caso *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.

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 pagar una indemnización por el daño causado?; ¿que el Intendente Municipal puede sin expropiación formal revocar por razones de oportunidad un permiso de construcción, cuando ya el edificio está construido, y querer resarcir el valor del edificio?

Evidentemente una solución así, en los casos indicados, contrariaría elementales principios jurídicos de orden y seguridad, y la propia 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*,¹¹⁹ 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 este 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

¹¹⁹ Corte Suprema, *Fallos*, 176: 363, año 1936. En contra *bielSa*, *op. cit.*, t. II, p. 305. ¹³⁷ *Fallos*, 176: 363.

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.”¹³⁷

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 las que, como la nuestra, los requisitos fundamentales del procedimiento expropiatorio tienen jerarquía constitucional.” “Puede llegarse a interpretar, que la administración, por sí, prescindiendo, por ejemplo, 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.”¹²⁰ Agrega meehan que no puede aceptarse entonces que en los hechos 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.”¹²¹

19.4.3. *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. 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* dio a entender que el principio no se aplicaría “cuando se obra en virtud de facultades discrecionales”¹²² o cuando “aun actuando y decidiendo en virtud de

¹²⁰ meehan, José Héctor, “Revocación de los actos administrativos,” *Boletín de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales*, año XXXII, n° 1-3, Córdoba, 1969, n° 82, pp. 175, 176 de la “Conclusión” del citado trabajo de tesis.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 173; en igual sentido, InareS, *Cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 74 y 75, considera “un superlativo error” la asimilación a la expropiación.

¹²² En sentido similar, SaYAGUEs laSo no admite la revocación por razones de oportunidad en los actos reglados (*op. cit.*, p. 523), aunque es de advertir que en los discrecionales, por lo demás, tampoco lo admite si ello afecta derechos adquiridos (*op. loc. cit.*) Ver también marlenhoff, *op. cit.*, t.

facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte, puede confundirse con el orden público (*Fallos*, 172: 21) 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. 5º, 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. 5º del Código Civil, para que proceda la revocación. La solución del caso *Pustelnik* la consideramos atípica, además de gravemente errónea en el aspecto que estamos comentando.

Señala IInareS al respecto 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.”¹²³

La solución se refuerza más, actualmente, si se tiene en cuenta que el art. 3º —reformado— del Código Civil, 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 una idea de mayor protección y estabilidad de los derechos.

Incluso en la jurisprudencia más tradicional de la Corte, que tan exhaustivamente analizara IInareS, la conclusión se mantiene: Como dice este autor, “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” (que son los requisitos de la cosa juzgada administrativa);¹²⁴ “La cosa juzgada perfecta no tolera su alteración administrativa válida *ni aun con indemnización como alternativa lícita*.”¹²⁵

En suma, consideramos que los actos que tienen estabilidad (no, pues, los actos precarios), son irrevocables no sólo por razones de legitimidad, sino

II, pp. 576 y 577, quien critica acertadamente la asimilación entre “discrecionalidad” y “revocabilidad.”

¹²³ IInareS, *Cosa juzgada administrativa*, op. cit., p. 33; la bastardilla es nuestra.

¹²⁴ IInareS, op. ult. cit., pp. 39 y 40.

¹²⁵ IInareS, op. ult. cit., p. 75.

también y con mayor razón aún, por razones de oportunidad.¹²⁶ Sólo procede la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley posterior de “orden público,” al decir de la Corte Suprema, o una ley que califique de “utilidad pública” el derecho concreto en cuestión — por analogía con la expropiación—. ¹²⁷ La declaración genérica del art. 18 del decreto-ley es, pues, totalmente inconstitucional, y una revocación así fundada sería *inexistente* jurídicamente.¹²⁸ La similar solución de la Corte Suprema en el caso Pustelnik nos parece, en este punto, insostenible.

19.4.4. *Revocación y expropiación.* El argumento de la antología de la revocación por razones de oportunidad con el instituto expropiatorio pierde aún más fuerza, a nuestro juicio, a partir del decreto-ley 21.499. Esta nueva ley de expropiaciones mantiene con total amplitud el objeto expropiatorio, ¹²⁹ incluyendo en consecuencia los derechos nacidos al amparo de actos administrativos. Además, la 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: *Toda* forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe ahora regirse a nuestro juicio por el procedimiento expropiatorio *stricto sensu* del decreto-ley 21.499/77, el cual supone el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), con más la actualización pertinente desde la desposesión hasta “el momento del efectivo

¹²⁶ Así lo entendimos también en nuestro *Proyecto de Código Administrativo* publicado en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.2, en cuyo art. 302 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.”

¹²⁷ Comp. marIenhoff, mIGuel S., Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos, *op. cit.*, pp. 70-77, 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. Sigue a marIenhoff, CaSSaGne, *op. cit.*, p. 405 y, menos explícita, la Corte Suprema en 1975 en el ya citado caso *Pustelnik*.

¹²⁸ Comp. lInareS, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 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 tienen un juicio tan categórico como el que aquí damos respecto de esta ley, sino que se limita a restringir en lo posible 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.

¹²⁹ 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.” La misma amplitud se advierte en el art. 51, inc. c), que 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.”

pago” (art. 20), y un incremento indemnizatorio del 10 por 100 en caso de avenimiento directo. (Art. 13.) Y se desprende del sistema de los títulos IV y V de la ley actual, que 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 insistimos en que, a nuestro juicio, no es constitucionalmente admisible, ni políticamente conveniente, ni siquiera legalmente sistemático, pretender 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 los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación.¹³⁰

un particular de un bien sin calificación de utilidad pública. Véase al respecto los debates que obran en el libro de la AADA, *La ley nacional de expropiaciones 21.499*, Buenos Aires, 1977, p. 35, nota f. Es categórica la opinión que al respecto asume OYhanarte, Julio, “Aspectos del nuevo régimen expropiatorio,” *RADA*, n° 15-16, p. 33 y ss., especialmente pp. 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.”

La solución del derecho español es desde antaño la que exponemos en el texto. Ver GarCía de enterría y fernández, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 558 y 559.

¹³⁰ La propia ley de expropiaciones en su art. 51 plantea la posibilidad de que se pueda privar a una persona de un bien, indemnizándolo, sin previa ley que califique de utilidad pública al bien. Ya la interpretación que se ha dado de ese art. 51 inc. c) es que *no* faculta a la administración a privar a