

# Tres tesis sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria

*Iván F. Romero Verdún\**

## **Resumen**

En este trabajo se presentan y caracterizan tres perspectivas en torno a los límites constitucionales de la potestad anulatoria de la Administración Pública. En este sentido, la primera tesis examinada toma como base los artículos 17 y 109 CN; la segunda, el derecho de defensa y la tercera, el objeto del acto, según aquel concretice o no derechos fundamentales indisponibles. En una segunda parte, se efectúa una reflexión sobre tales diferentes postulaciones.

Palabras clave: potestad anulatoria, acto administrativo, derecho de propiedad, debido proceso, derechos fundamentales.

## **Three Thesis on the Limits of the Power of Annulment of the Public Administration**

### **Abstract**

The present paper analyzes three constitutional interpretations about the stability of administrative acts, in relation to the annulment power of the Public Administration. In this regard, the first postulation we explore is based on the 17 and 109 articles of the Constitution; the second, on the due

\* Abogado (UBA), argentino; Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral); Ayudante de Elementos de Derecho Administrativo (UBA); ivan.rvk@gmail.com.

process of law and the third, on the object of the act, according to whether or not it creates fundamental rights. Subsequently, we make an evaluative analysis of these different theses.

Keywords: Annulment, Administrative act, Property rights, Due process of law, Fundamental rights.

## **I. Introducción**

Las consideraciones en torno a la constitucionalización o convencionalización del derecho administrativo, y en particular del régimen de extinción por ilegitimidad del acto administrativo, no tienen un significado unívoco. En efecto, la falta de coincidencia en aspectos tales como el alcance de ciertos preceptos constitucionales, si el acto irregular solo crea derechos aparentes, cuál es la relevancia del conocimiento del vicio, entre otros puntos, puede derivar en conclusiones muy diferentes.

En este trabajo me propongo tratar de captar y caracterizar tres miradas sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria, a las que, con fines de diferenciación y con cierta indulgencia del término, me referiré como tesis I, II, y III. Así, se presentarán para su examen las siguientes tres perspectivas:

- 1) Una lectura de la potestad anulatoria de la Administración fundada en una interpretación estricta de los artículos 17 y 109 CN, por la que se desconoce que la Administración pueda extinguir por ilegitimidad actos que hayan otorgado derechos de propiedad, incluso actos que se acusen de ser irregulares o de que habrían sido producidos con fraude, dolo o conocimiento del vicio.
- 2) Una interpretación fundada en el derecho de defensa y el debido proceso, por la cual se acepta el ejercicio de la potestad anulatoria respecto de derechos subjetivos, en principio en ciertos supuestos, en tanto se respete el debido procedimiento adjetivo, la tutela administrativa efectiva y se garantice la revisión judicial posterior.
- 3) Una propuesta más reciente formulada en doctrina, la que, teniendo presente los cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994, postula que cuando el acto determina derechos fundamentales indisponibles o el contenido esencial de un derecho fundamental, la

anulación solo puede instrumentarse en juicio, salvo dolo o connivencia dolosa del particular.

Es dable aclarar que este estudio se enfoca en las limitaciones constitucionales de la potestad anulatoria y no en la estabilidad del acto administrativo.<sup>1</sup> No obstante, con alguna salvedad que se hará al analizar el segundo punto de vista, lo que aquí se desarrolla podrá vincularse con una de las dos nociones existentes sobre aquel concepto. Es que, en efecto, un primer entendimiento sobre la estabilidad comprende en su haber no solo a la anulación administrativa sino también a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia. Varios autores como Linares<sup>2</sup> y Gordillo<sup>3</sup> adhirieron históricamente a este alcance. De forma más cercana en el tiempo, Sammartino parece suscribir a este pensamiento, al referir que una observación atenta de los caracteres que informan la estabilidad permitirían anudar su significado a la idea de inalterabilidad de su objeto<sup>4</sup> y por proponer la inexpropiabilidad de ciertos derechos. Desde la otra vereda, Marienhoff opinaba que la cosa juzgada administrativa –hoy estabilidad del acto administrativo– resulta un carácter solo predicable respecto de la revocación por razones de ilegitimidad,<sup>5</sup> criterio en el que se encolumnaron Julio R. Comadira,<sup>6</sup> Cassagne<sup>7</sup> y Fiorini.<sup>8</sup> Tal como puede preverse,

1. Carácter inicialmente asociado al término “cosa juzgada administrativa” y que, vía evolución jurisprudencial, pasó a ser denominado mayormente como estabilidad. Ver Sammartino, P. M. E., “La estabilidad del acto administrativo”, *La Ley Online AR/DOC/2804/2019*, pp. 9-10.

2. Linares, J. F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 343.

3. Gordillo, A. A., *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pp. 413-414.

4. Sammartino, *op. cit.*, pp. 1 y 23.

5. Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo II), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 484.

6. Comadira, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada “cosa juzgada administrativa”*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 74.

7. Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo* (12ª ed., Tomo I), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 835-836.

8. Fiorini, B. A., *Manual de Derecho Administrativo* (Tomo I), Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 384.

las lecturas a valorar guardan relación con esta segunda comprensión de la estabilidad, sin que se pretenda abrir juicio sobre la primera y una posible concepción más amplia.

Por otra parte, desde ya, el marco definido no pretende negar la existencia de otros potenciales planteos limitativos de la anulación que tengan como fuente directa la Constitución. Así, como ejemplo de otras postulaciones que no conflictúan con las que aquí se analizan, cabe mencionar a las que se relacionan con los márgenes temporales para instar la extinción del acto administrativo<sup>9</sup> o cotos que surjan de principios generales del derecho, tal como la confianza legítima.<sup>10</sup>

Finalmente, si bien se tomará como referencia el régimen administrativo nacional, al ser interpretaciones sobre limitaciones constitucionales de la potestad anulatoria, estas consideraciones no se ven restringidas a tal ámbito.

## II. Tesis constitucionales

### II. A. Interpretación estricta de los artículos 17 CN y 109 CN

La primera hermenéutica que será presentada –que con cierta permisividad encuadraré bajo el término *tesis I*–, si bien admite variaciones doctrinarias, parte de prohibir a la Administración la anulación de actos administrativos que hayan determinado derechos subjetivos o aparentes derechos subjetivos, sin dar relevancia a la calificación del acto como regular o irregular. A este fin, esta postura toma como principal apoyatura una interpretación estricta del artículo 17 de la Constitución Nacional, complementada con el artículo 109 CN.

Bajo esta perspectiva, la alegación, por parte de la Administración, de que el acto es irregular –y que por ello no hay derechos subjetivos válidos–, que fue dictado mediante error, o de que habría mediado conocimiento del vicio o dolo, no resultaría un planteo suficiente para desoír la manda constitucional de efectuar la anulación en sede judicial.

9. Ver en esta línea Laplacette, C. J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos”. *La Ley Online* AR/DOC/2827/2017, 2017.

10. En este sentido ver Coviello, P. J., “La confianza legítima”, *El Derecho* 177-894, 1998.

Es dable advertir que esta mirada contraría la posición establecida en el célebre fallo *Carman de Cantón*<sup>11</sup> de 1936. En tal caso, no obstante la afirmación allí sentada sobre el valor de la estabilidad de los actos administrativos,<sup>12</sup> la Corte solamente reconoció la atribución de “cosa juzgada administrativa” a los actos regulares.<sup>13</sup> En paralelo, admitió la facultad de la Administración de anular los actos irregulares.<sup>14</sup> Esto difiere sustancialmente de la tesis en análisis, en la cual la valoración de que el acto ostenta un vicio grave no será suficiente para permitir la nulificación en sede administrativa.

Un lugar interesante para comenzar el examen de esta posición se encuentra en un par de fallos dictados en la primera mitad del siglo XX. En estos precedentes, se sostuvo que solo el Poder Judicial podría privar de efectos a un acto administrativo generador de derechos subjetivos patrimoniales y, de esa manera, cumplimentar la exigencia constitucional para el desapoderamiento. A su vez, se complementó con el entonces artículo 95

11. CSJN, *Carman de Cantón c/Gobierno Nacional*, 14/08/1936, Fallos 175:368.

12. Se dijo allí que “Que no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisables, 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 cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo; es decir que las resoluciones de la administración, aun en aquellas cuestiones regladas, consentidas y ejecutoriadas, no ‘causan estado’, no establecen ‘derechos adquiridos’, no hacen ‘cosa juzgada’”, Cons. N°3.

13. El Tribunal determinó que para el acto goce de la nota de inalterabilidad en sede administrativa debía: a) Declarar un derecho subjetivo, b) causar estado, c) ser regular, lo que implicaría reunir las condiciones esenciales de validez compuestas por la forma y la competencia; d) haber sido dictado en ejercicio de facultades regladas y e) no existiera ley que autorice la revocación.

14. Esta decisión abrió un camino a una larga evolución jurisprudencial en igual sentido, al punto tal que, como se ha referido, de manera previa al Decreto-ley N°19.549, los actos nulos carecían de estabilidad por completo, Gordillo, A. A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Tomo 8), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 273. Es dable mencionar que el estándar del fallo es reiterado en algunos precedentes contemporáneos tales como CSJN, *Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón*, 02/12/2004, 327:5356, Cons. N°3 y *Kek Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray*, 25/03/2015, Fallos 338:212, Cons. N°6. La vigencia de esta doctrina, que no está alineada al régimen de extinción de la LNPA, parece revivir en casos que tienen como parte a una entidad estatal municipal o provincial a la que no le aplica tal cuerpo normativo.

CN –actual 109–, el cual veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, lo que llevó a considerar implícitamente a la anulación como función judicial.<sup>15</sup>

Así las cosas, el primer pronunciamiento que esbozó este entendimiento fue *Sociedades Anónimas, Cía de petróleo La República y otras c/provincia de Salta* de 1932.<sup>16</sup> El conflicto se inició con un decreto provincial por el que se ordenó a ciertas empresas que gozaban de una concesión minera, otorgada hace más de diez años, el dejar de continuar realizando actividades de exploración y explotación, lo que implicaba desconocer los efectos de los actos primigenios. La sentencia declaró inconstitucional el decreto y sentó que sería atentatorio al orden establecido por la Constitución, en cuanto a la división de poderes, admitir que el Poder Ejecutivo se atribuya “facultades judiciales para aniquilar por sí y ante sí derechos legítimos o aparentemente legítimos”. También, que las minas constituían una propiedad especial y sus propietarios o concesionarios “no pueden ser privados de aquella sino en virtud de una sentencia fundada en ley” (artículo 17 de la Constitución Nacional y 11 del Código de minería). Particularmente, se estipuló:

Lo que se decide, en el caso, es que el Poder Ejecutivo no ha podido arrogarse facultades judiciales para resolver, por sí y ante sí, sobre derechos civiles en los conflictos de la provincia, que representa, con los habitantes del país y que dicho poder, en su doble representación pública y privada, está obligado a la manera de cualquier persona, a acudir a los tribunales competentes para dirimir las controversias sobre los bienes privados del Estado o reivindicar derechos, cuando éstos dependen de la aplicación de los códigos, que son ley de la Nación, constituyendo esta igualdad del individuo frente al Estado, la más preciada garantía de los gobernados contra posibles avances de los gobernantes, quienes al

15. Algunos autores caracterizan la anulación como un poder inherente de la función administrativa, en tanto otros destacan su naturaleza judicial. En relación a la primera posición ver Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 48. Para la segunda Mairal, H. A. y Veramendi, E. V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, *La Ley Online*: AR/DOC/2624/2018, 2018.

16. CSJN, *Sociedades Anónimas, Cía de petróleo La República y otras c/provincia de Salta*, 14/03/1932, Fallos 164:140.

amparo de la fuerza material de que disponen, podrían despojar a los particulares impunemente, de sus propiedades, sin forma de juicio.

En el “sub judice” si el Poder Ejecutivo de Salta estimaba vicioso el título otorgado a las compañías actoras y a cuyo amparo han introducido fuertes capitales en maquinarias, caminos, perforaciones y otros diversos trabajos, es elemental que ha debido deducir las acciones del caso por la vía judicial correspondiente y no resolver por sí mismo una contención entre partes.

Como se aprecia, el fallo terminó por caracterizar al decreto como un intento de ejercicio de funciones judiciales y expresó que, si el Poder Ejecutivo estimaba que el acto era inválido, este debía recurrir a la vía judicial. Con ello, medió un rechazo a que derechos que se acusen de ser solo “aparentemente legítimos” habiliten el desconocimiento por parte de la Administración. Otro punto de particular relevancia fue que la provincia, con el objeto de defender su actuación, había planteado la existencia de una connivencia dolosa por parte de los concesionarios en la producción de la irregularidad,<sup>17</sup> circunstancia que no tuvo entidad para sortear el deber de instar la anulación judicial. Es decir, también fue rechazada una habilitación fundada en lo que sería encuadrable jurídicamente como “conocimiento del vicio” a tenor del art. 17 LNPA.

Un segundo pronunciamiento en esta línea, a mi modo de ver, es *Ganadera Los Lagos* de 1941.<sup>18</sup> Si bien suele destacarse el razonamiento del fallo en materia de aplicación analógica del derecho civil al régimen de invalidez del acto administrativo,<sup>19</sup> merece resaltarse que la sentencia desconoció por incompetencia absoluta la facultad del Poder Ejecutivo para poder anular un acto que otorgaba un título de propiedad. En efecto, en un

17. Ver al respecto páginas 172-173 del tomo.

18. CSJN, *Ganadera Los Lagos SA c/Nación Argentina*, 30/06/1941, Fallos, 190:142. En el caso, el Poder Ejecutivo había declarado la caducidad del dominio de ciertas propiedades de la actora en la provincia de Santa Cruz.

19. Sammartino, P. M. E., “Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, en *El Derecho administrativo*, 2014-724, 2014, p. 3.

interesante pasaje, se consideró como ejercicio de una función judicial vedada el declarar la nulidad de actos “de carácter definitivo producidos por el mismo Poder Ejecutivo y cuyas consecuencias se hacen efectivas o indirectamente repercuten sobre la facultad de disponer de la propiedad privada”. Fue de este modo que el Máximo Tribunal opinó que, al cancelar las anotaciones de dominio en el Registro de Propiedad, el decreto había desconocido la garantía del art. 17 CN y el entonces art. 95 CN.

En esta oportunidad, la Corte no citó *Carman de Cantón*, ni hizo referencias a excepciones a la estabilidad del acto administrativo. Tampoco se adentró a analizar la validez del acto originario en aspectos vinculados con el apartamiento a ley, como ya había empezado a hacer en otros pronunciamientos.<sup>20</sup>

Así las cosas, estos fallos, terminaron por requerir que la exigencia de privación de la propiedad sea una decisión proveniente del Poder Judicial, sin dejar espacio para excepciones fundadas en la calificación del acto por parte de la Administración o de si hubiese mediado conocimiento del vicio.

Por fuera del ámbito jurisprudencial, distintas posiciones académicas –si bien con sus matices–, pueden ser ubicadas dentro de esta tesis. En este sentido, Villegas Basavilbaso sostuvo que, si el acto ha creado derechos subjetivos a favor de los particulares, la extinción, salvo que se faculte a la Administración a la revocación, se trata de una función jurídica que correspondería a los órganos jurisdiccionales. A su vez, contra la posición de que los derechos aparentes (por ser el acto supuestamente nulo) habilitan la anulación administrativa, el autor observó la afectación al principio de división de poderes, legalidad y propiedad que mediaría “si el poder administrador se erigiese en juzgador de la ilegitimidad”.<sup>21</sup>

En esta perspectiva puede también ubicarse a Diez, quien consideraba que todo acto administrativo del que surjan derechos subjetivos, sea regular o

20. CSJN, *Mortola Pedro V. c/La Nación*, 21/04/1941, Fallos 189:209. Señala Julio R. Comadira que a partir de este caso –dictado unos meses antes que *Ganadera Los Lagos*–, la Corte introdujo una nueva pauta autorizadora de la anulación de oficio, la “violación de la ley”, Comadira, J. R., *op. cit.*, pp. 99-100. A partir de este precedente, el Tribunal no se detendría solamente en los elementos exteriores del acto (competencia y forma) para juzgar la regularidad del acto y consecuente habilitación o no de la potestad anulatoria.

21. Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo* (tomo IV), Buenos Aires, TEA, 1952, p. 287.



irregular, debería ser extinto en sede judicial.<sup>22</sup> Asimismo, a Bidart Campos, constitucionalista que opinaba que la nulidad del acto no resultaba suficiente para habilitar la anulación administrativa.<sup>23</sup>

En los últimos años, han vuelto a aparecer desarrollos en esta misma línea. En efecto, Buteler, sin perjuicio de reconocer que la potestad anulatoria encuentra sustento constitucional en el artículo 31 CN, 99 inc. 1 y 100 inc. 1, estima que cuando se ha configurado el derecho subjetivo por un acto administrativo, estos entran dentro del concepto de propiedad y en la protección del artículo 17 CN, norma que establece una limitación adjetiva y competencial, al requerir sentencia fundada en ley para el desapoderamiento.<sup>24</sup>

Minorini Lima, por su parte, señala que, si bien es cierto que nadie puede invocar un derecho adquirido con base en un acto nulo, sería necesario que tal nulidad sea declarada judicialmente, de conformidad con el artículo 17 CN.<sup>25</sup> Por otro lado, agrega que mediaría una contradicción en que se postule que el acto nulo no genera derechos subjetivos, si al mismo tiempo se exige una declaración administrativa que disponga su nulidad. Esto conllevaría a reconocer implícitamente la existencia de derechos subjetivos hasta que medie tal declaración de invalidez.<sup>26</sup> En su criterio, solo podría admitirse la anulación cuando el acto no ha sido notificado o habiendo sido notificado, no ha generado derechos para los particulares y no se afecta a terceros.<sup>27</sup>

En un trabajo más reciente, Barrionuevo ha planteado que el principio de inviolabilidad de la propiedad y la garantía a no verse privado de ella por sentencia fundada en ley determina el régimen de competencias públicas,

22. Diez, M. M., *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed. (tomo I), Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, p. 258.

23. Bidart Campos, G. J., *El Derecho Constitucional del poder* (tomo II), Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 188.

24. Buteler, A., “Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad”, *La Ley Online* AR/DOC/3830/2013, 2013.

25. Minorini Lima, I. J., “La revocación del acto administrativo irregular”, en Tawil, G. S. (dir.), *Acto administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2014, p. 780.

26. Minorini Lima, *op. cit.*, pp. 780-781.

27. Minorini Lima, *op. cit.*, p. 798.

de lo cual surge que es el órgano judicial a quien de modo expreso la Constitución atribuye la facultad de extinguir derechos, incluso, los derivados de actos ilegítimos. De ello se derivaría la máxima de derecho constitucional que impediría a toda autoridad pública distinta al órgano judicial extinguir derechos de los particulares derivados de actos administrativos.<sup>28</sup> Esto incluiría a los actos ilegítimos, los manifiestamente ilegítimos e incluso a los que podrían conllevar una mala fe del particular en cuanto al conocimiento del vicio, puesto que ni la Constitución ni la Ley de Procedimiento Administrativo dispondrían excepciones a la regla de la resolución judicial como único mecanismo válido para la extinción de derechos y dado que, en su caso, la apreciación de mala fe no podría quedar librada a la disposición unilateral de la Administración, al ser una circunstancia de prueba.<sup>29</sup> Esta postulación, refiere, no implicaría una sacralización de la sentencia judicial o extremar el principio de división de poderes –el autor no declara que la anulación sea función judicial–, sino reafirmar que es solamente en el proceso judicial, tramitado ante un tercero imparcial y con amplias posibilidades probatorias en donde el particular beneficiado de un acto puede ejercer en plenitud el derecho de defensa. Estas consideraciones valdrían de igual modo para rechazar la posibilidad de suspensión de efectos del acto nulo por parte de la Administración.<sup>30</sup>

En relación con esta tesis y sus recepciones, corresponde efectuar una aclaración entre los fundamentos que le dan sustento. Los fallos referenciados inicialmente toman como base el artículo 17 CN, el 109 CN –ex 95– e indirectamente el artículo 18 CN. Sin embargo, posicionamientos académicos análogos, no en todos los casos hacen foco en la prohibición del artículo 109 CN, ni se proponen calificar a la anulación como función judicial. Al respecto, si bien podría hacerse diferenciación, más allá de que algunas interpretaciones incursionen en la naturaleza del poder anulatorio, estimo que estas lecturas pueden agruparse en un mismo marco, en tanto comparte una base común como el artículo 17 CN y deducir un mismo nivel de protección.

28. Barrionuevo, E., “Óbices constitucionales a la exigibilidad y pretendidos efectos de la declaración administrativa de lesividad”, *La Ley Online* AR/DOC/2472/2020, 2020, pp. 1-2.

29. Barrionuevo, pp. 9-10.

30. Barrionuevo, pp. 7-8.

Dicho esto, y retomando la caracterización, al tener esta lectura el derecho de propiedad en su base, resulta necesario determinar el alcance jurídico de tal concepto, aspecto que podría limitar o extender su posible aplicación.

Sobre ello, la Corte Suprema ha referido que el término propiedad, en cuanto se emplea en los artículos 14 y 17 CN, comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad” y “Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se originen en las relaciones de derecho privados sea que nazca de actos administrativos [...] a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce”.<sup>31</sup> Con más precisión, ha agregado que propiedad incluye “todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales”.<sup>32</sup> En esta línea, el Tribunal ha incluso vinculado al derecho de propiedad con derechos subjetivos nacidos al amparo de relaciones de empleo público<sup>33</sup> y títulos universitarios.<sup>34</sup>

Para comprender la noción de propiedad en términos constitucionales resulta también relevante considerar hoy las opiniones libradas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, al analizar el concepto de “bienes” del artículo 21 CADH,<sup>35</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos los definió como “todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona” lo que comprende “todos sus muebles

31. CSJN, *Bourdieu, Pedro E. c/ Municipalidad de la Capital Federal*, 16/12/1925, 147:307.

32. CSJN, *Ventura Alberto Francisco Jaime y otra c/Banco Central de la República Argentina*, 26/02/1976, g294:152.

33. CSJN, *Budano, Raúl Alberto v. Fac. Arquitectura*, Fallos 310:1045 y más recientemente, CSJN, *Kek Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray*, 25/03/2015, Fallos 338:212, Cons. N°6.

34. CSJN, “Hochbaum Salomón”, 15/07/1970, Fallos: 277:205.

35. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.<sup>36</sup> Asimismo, dentro de la protección de tal derecho, el Tribunal ha incluido a pensiones otorgadas por el Estado, las que al tratarse de derechos adquiridos conforme el régimen jurídico de una nación pasarían a integrarse en el patrimonio.<sup>37</sup>

Esta tesis se presenta entonces hoy con cierta reformulación, puesto que el concepto de propiedad ha sido extendido jurisprudencialmente.<sup>38</sup>

Tal renovada amplitud, no obstante, plantea un interrogante. Este consiste en preguntarse si, entonces, todo derecho se ve protegido por el art. 17 CN –al pasar a constituir “propiedad”– por el solo hecho de instrumentarse en un acto administrativo. Si bien pueden pensarse en casos dudosos,<sup>39</sup> tomando en cuenta los precedentes citados, parecería existir una inclinación jurisprudencial a una respuesta afirmativa.

De conformidad con lo expuesto, si bien con algunas modulaciones doctrinarias, esta mirada se caracteriza en tomar como base en el artículo 17 CN y en algunos casos 109 CN para derivar una significativa estabilidad del acto administrativo que creó derechos subjetivos de propiedad. Como nota esencial, esta estabilidad sería tal que no podría ser desconocida por alegaciones de la Administración tales como que: a) el acto administrativo es irregular y por tanto los derechos aparentes; b) que el particular obró con dolo o conocimiento del vicio.

36. Corte IDH, *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Reparaciones y Costas, 06/02/2001, numeral 122.

37. Corte IDH, *Cinco pensionistas v/ Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/02/2003, 102.

38. Como un dato marginal de derecho comparado, resulta interesante que una similar ampliación del alcance del derecho de propiedad ha ocurrido también en países cuyas constituciones obraron de fuente a la nuestra. En este sentido, en un significativo precedente, la Suprema Corte de Estados Unidos incluyó ciertos beneficios de ayuda social dentro de la protección de la *due process clause* (que en lo específico para este precedente dispone “[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”), lo que implícitamente conllevó a caracterizarlos como un tipo propiedad, U.S. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Ver más en Pierce, R. J., *Administrative Law* (2ª ed.), New York, Thompson Reuters, pp. 29-39.

39. Por caso ¿lo hace también el acto que admite el ingreso a universidad nacional o institución educativa pública? ¿O la calificación asentada en un acta?

Esta tesis tiene un amplio alcance y se constituye como un importante límite para la potestad anulatoria. Dejaría, para algunos, cierto margen para el ejercicio de tal poder antes de la notificación del acto o configuración definitiva del derecho subjetivo. A nivel nacional, la ley N°27.328 parece enmarcarse en esta visión, al haber dispuesto que la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deba ser declarada por tribunal judicial.<sup>40</sup>

## *II. B. Derecho de defensa y debido proceso*

Una interpretación distinta sobre el alcance del artículo 17 y 109 CN y la protección que merecen los actos irregulares (o que la Administración califica como irregulares inicialmente, según como se lo observe), ha conducido a poner el límite constitucional de la anulación en otro lugar: El derecho de defensa, el debido proceso y su especial derivación para este ámbito, la tutela administrativa efectiva. Para esta tesis II, la Administración podrá anular, en principio en algunos supuestos y sin distinción de derechos, pero deberá hacerlo garantizando la defensa y audiencia.

Tal es el límite constitucional que será relevante para la jurisprudencia, legislación y doctrina que, con base en la valoración del acto como irregular o el conocimiento del vicio del particular,<sup>41</sup> admite la anulación administrativa de actos que determinaron derechos subjetivos (o solo derechos aparentes).

La Corte Suprema ha receptado esta posición en una serie de casos en materia anulatoria. En efecto, aun frente a normas que autorizan la anulación en sede administrativa, con invocación del artículo 18 CN y el

40. Ley 27.328, B.O. 30/11/2016, artículo 9 inciso p.

41. En un precedente a la LNPA, la Corte pareció admitir implícitamente que si hubiese mediado fraude u ocultación maliciosa la Administración habría podido anular válidamente, CSJN, *Puch Héctor Santos*, 28/09/1966, 265:350, Cons. N°8. Por otra parte, respecto del régimen nacional, el Tribunal procedió a extender el supuesto de “conocimiento” del vicio del artículo 18 LNPA (de extinción de actos regulares) al Art. 17 LNPA (de extinción de actos irregulares), como una circunstancia habilitante de la potestad anulatoria en sede administrativa, CSJN, *Almagro Gabriela y otra c/Universidad de Córdoba*, 17/02/1998, Fallos 340:1695. Sobre los distintos entendimientos de “conocimiento del vicio” ver Nielsen Enemark, C. A., “El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular”, en *El Derecho Administrativo* 2017-746, 2017.

art. 1 inc. f LNPA, el Tribunal resolvió que si bien era cierto que frente a un caso de nulidad absoluta el organismo contaba con atribuciones para suspender, revocar o modificar las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios, ello era a condición de que la nulidad resulte fehacientemente comprobada, lo que presupone “que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio”.<sup>42</sup>

La Cámara Contencioso Administrativo Federal también ha dictado pronunciamientos en esta línea. Se ha afirmado que existen procedimientos fundamentales que debe seguir la Administración para proceder a la anulación de oficio y que una posición que habilite la anulación sin audiencia previa del interesado “tornaría a la anulación de oficio un peligroso instrumento que se desviaría al fin que está jurídicamente enderezado, y que constituiría en inestable cualquier derecho”.<sup>43</sup> En otro caso, más cercano en el tiempo, se estimó contrario al debido proceso la valoración unilateral de la existencia de un conocimiento del vicio y consecuente anulación, elemento que resultaba determinante considerando que existían derechos subjetivos en cumplimiento.<sup>44</sup>

Esta exigencia de igual manera fue contemplada por la Procuración del Tesoro. Este órgano refirió que, si la autoridad administrativa estimaba que debía revocarse un acto administrativo, se encontraba obligada a dar intervención previa al interesado a fin de que pueda formular su defensa, circunstancia cuya omisión produciría un vicio, subsanable, en el elemento procedimiento (art. 7 inc. d LNPA).<sup>45</sup>

42. CSJN, *Trama María Argentina c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles*, 12/11/1996, Fallos 319:2783. En igual sentido, *Matas Martí Juana c/Caja Nacional de Previsión de la Industria y Actividades Civiles*, 25/11/1997, Fallos 320:2592 y *Arias Mercedes c/ANSES*, 23/05/2000, Fallos 323:1281.

43. CNCAF, Sala I, *Cortés, Ricardo J. v. Dirección Nacional de Registro y Fiscalización de Recursos de Salud*, 06/04/1999. De la misma Sala I, *Well Producciones SRL*, 14/08/2001.

44. CNCAF, Sala II, *Corres Juan Manuel c/Estado Nacional*, 11/02/2020. En el mismo sentido, CNCAF, Sala I, *L, H. V.*, 08/07/2021.

45. Dictámenes 205:128, 28/05/1993. Estándar reiterado en dictamen IF-2021-48593049-APN-PTN del 31/05/2021.

En lo que concierne al ámbito doctrinario, Julio R. Comadira ha sostenido que el acto de anulación debe estar precedido de todos los requisitos formales y sustanciales que surjan del ordenamiento,<sup>46</sup> dentro de los cuales se encontraría el debido proceso, en cuanto principio general del derecho consustanciado con la axiología del Estado de Derecho. De forma análoga se han pronunciado, Gusman,<sup>47</sup> Gordillo y Daniele,<sup>48</sup> Julio Pablo Comadira<sup>49</sup> y Fernando Comadira.<sup>50</sup>

Ahora bien, el primer gran interrogante que esta mirada presenta en la actualidad es determinar cuáles son las exigencias necesarias para garantizar el debido proceso dentro del procedimiento anulatorio, particularmente bajo nuestro actual marco convencional. Por su potencial extensión, para atender esta pregunta es insoslayable traer a mención el pronunciamiento *Baena*<sup>51</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo por el cual se estipuló que las garantías contempladas en el artículo 8 CADH no limitan su aplicación a procesos judiciales, sino que rigen a los efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto de Estado. En particular, se sentó allí que el artículo 8.2 CADH comprende a las actuaciones de determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter del 8.1. CADH y “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”.<sup>52</sup>

46. Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 49.

47. Gusman, A., “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal. El Derecho Administrativo”, 2007-671, 2007, parr. 12.

48. Gordillo, A. A. y Daniele, M., *Procedimiento Administrativo: decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias –Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (2ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 211.

49. Comadira, J. P., “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y del reglamento”, en AA VV, *Procedimiento administrativo: Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, p. 504.

50. Comadira, F. G., *La acción de lesividad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 21.

51. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 02/02/2001.

52. Numerales 123 a 127. Resulta ilustrativo el numeral 125, el cual declara que “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de

No es claro que la anulación sea una sanción. Si bien se han formulado opiniones que así lo consideran, si se incorpora la finalidad de castigar como un elemento teleológico de las sanciones,<sup>53</sup> cabría tener en cuenta que en su aplicación esta figura no siempre atribuye un reproche al destinatario del acto.

Sin perjuicio de ello, cuando la anulación extingue un beneficio consagrado en un acto administrativo, cuanto menos se presenta un escenario que podría ser encuadrado en la “determinación de derechos” a la que se hace referencia en Baena.

Sobre esta base, merece resaltarse que la aplicación de los arts. 8.1. y 8.2. CADH al procedimiento administrativo conllevaría en algunos casos realizar una interpretación analógica de sus directrices –toda vez que su proyección tuvo originariamente como objeto el proceso judicial– y en otros casos, podría llegar a sostenerse la inaplicabilidad de alguno de sus preceptos. Este asunto fue abordado por el citado Tribunal Internacional en “Claude Reyes”,<sup>54</sup> fallo en el que se indicó que las garantías del 8.1. CADH son aplicables al supuesto en que “alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.<sup>55</sup> Por otra parte, en su voto razonado, el juez Sergio Ramírez precisó que las garantías del artículo 8 CADH no se restringen a un proceso en particular, sino que resultan de aplicación para la “definición de derechos y deberes”, aplicabilidad que “tiene el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento”. Este estándar de aplicación matizada fue repetido en otros casos.<sup>56</sup>

---

la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”.

53. Puede verse al respecto Villarruel, Susana, “El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial”, *Derecho Administrativo Austral* N°1, 2008, p. 112.

54. CIDH, *Claude Reyes y otros c/Chile*, fondo reparaciones y costas, 19/09/2006.

55. Párrafo 119.

56. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, 13/10/2011, 118 y 119; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción Preliminar,



Teniendo ello presente, ¿qué garantías convencionales son aplicables al proceso sancionatorio de la anulación?<sup>57</sup> No sin posible discusión, podría reflexionarse que, en principio, el procedimiento anulatorio debería: 1) producirse en un plazo razonable (art. 8.1.);<sup>58</sup> 2) prever traductor o intérprete de necesitarlo el afectado (art. 8.2.a.); 3) comunicar y detallar con precisión el presunto fundamento de la irregularidad del acto administrativo (art. 8.2.b); 4) conceder un tiempo adecuado para producir el descargo (art. 8.2.c);<sup>59</sup> 5) permitir la asistencia letrada (art. 8.2.d); 6) brindar el derecho a una amplia producción de prueba, incluyendo la interrogación de testigos y producción de pericias (art. 8.2.f) y 6) recurrir la decisión judicialmente (art. 8.2.h).<sup>60</sup>

En contraste, la mayor controversia adaptativa de estos preceptos estaría en la exigencia de imparcialidad e independencia (art. 8.1.), el derecho

---

Fondo y Reparaciones y Costas, 05/09/2015, 207. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/10/2016.

57. En un interesante trabajo Canda plantea dudas sobre la aplicación del inc 2º del artículo 8 CADH al procedimiento administrativo debido a sus dificultades de implementación, en particular para aquellos procedimientos que por no tener naturaleza represiva no parecieran requerir, por ejemplo, un defensor estatal (p. 3), Cf. Canda, F. O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, *El Derecho Administrativo*, 07/10/2015. Sin dejar de coincidir en la existencia de interrogantes al respecto, tal como se expone en esta sección, de acuerdo mi lectura de *Baena*, entiendo que se habría reconocido un margen de aplicación de tal precepto al procedimiento administrativo sancionatorio.

58. Garantía que fue reconocida para el procedimiento administrativo en CSJN, *Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA*, 26/06/2012, Fallos 335:1126 y *Bonder Aaron y otros c/ BCRA*, 19/11/2013, Fallos 336:2184.

59. La Corte ha tenido oportunidad de observar plazos exigüos para producir descargos, por ejemplo, uno de tan solo 24 hs, CSJN, *Ferrer Deheza Miguel Ángel c/ Universidad de Córdoba*, 02/09/1976, Fallos: 295:729.

60. Se ha afirmado que el control judicial suficiente y amplio (aquí vinculado con una sanción de decomiso dictada por órgano administrativo) supone asegurarle al afectado la oportunidad de acudir, por vía ordinaria, ante un órgano judicial al cual solicitar la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en la decisión administrativa, caso contrario, se encontrarían afectadas las garantías del 18 CN y 25.1. CADH, CSJN, *Gandera Diego Javier*, 05/05/2020.

irrenunciable a ser asistido por un defensor estatal “si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley” (art. 8.2.e) y; el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 8.2.g). Al solo efecto de plantear las potenciales proyecciones, para el primer asunto podría pensarse en tres alternativas: i) imparcialidad entendida solamente como posibles causales de excusación o recusación; ii) punto anterior más exigencia de estabilidad en el cargo por parte de los funcionarios emisores del acto; iii) puntos precedentes con garantías adicionales de independencia del decisor. En relación con el segundo supuesto (8.2.e) podría: i) plantearse la inaplicación de esta garantía por la distinta naturaleza del proceso involucrado; ii) establecerse una notificación al Ministerio Público para que asuman la defensa siempre; iii) notificar al Ministerio Público para que asuman la defensa provisoria solo en algunos supuestos o iv) los puntos ii) o iii) y la posibilidad de una revisión de lo decidido luego de la comparecencia.<sup>61</sup> Finalmente, en lo que concierne a la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo (art. 8.2.g), de ser trasladada al procedimiento anulatorio, esta podría presentar inconvenientes con que la Administración ordene ciertas medidas de prueba, tal como la solicitud de documentación en poder del particular que se verá afectado por la extinción.

Asimismo, por fuera del artículo 8 CADH, podrían formularse algunas preguntas adicionales en cuanto a la manera de dar satisfacción a la tutela administrativa efectiva para determinados grupos de especial protección en el procedimiento anulatorio. A este respecto, el artículo 13.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece el deber de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad, “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad”.<sup>62</sup>

61. Ver sobre este derecho que se podría extraer de tal inciso en Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F., *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*, Panamá, edición de los autores, pp. 173-174.

62. Por ejemplo, sobre un caso de caducidad de derechos en relación a personas con discapacidad ver Borensztein, C. y López, J. I., “La quita de pensiones no contributivas por invalidez a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *La Ley Online* AR/DOC/1531/2019, 2019. También, como una herramienta de *soft law* para el procedimiento administrativo podrían ser de consideración las “Reglas de

De acuerdo con lo visto, esta perspectiva toma al derecho de defensa como límite constitucional de la potestad anulatoria administrativa, lo que invita a reflexionar sobre cuáles son las garantías defensivas jurídicamente exigibles hoy para este ámbito. En cuanto a su relación con el concepto de estabilidad, podría objetarse que esta tesis tenga algo que ver con tal noción, puesto que en definitiva acepta la anulación administrativa del acto. Alternativamente, la estabilidad podría ser comprendida como la imposibilidad de modificar el objeto por razones de ilegitimidad, en perjuicio del interesado, sin garantizar previamente el debido proceso y la tutela administrativa efectiva.

### *II. C. Derecho fundamental indisponible involucrado*

Una reciente postulación por parte de Sammartino plantea anudar la estabilidad del acto administrativo al tipo de derecho involucrado. Con ello se presenta una nueva perspectiva constitucional limitante de la potestad anulatoria –*tesis III*–. Esta propuesta parte de observar que el régimen de estabilidad del acto administrativo vigente plantearía tres notas cuestionables: 1) Una neutralidad frente a la naturaleza de los derechos que nacen del acto administrativo, 2) indiferencia con respecto a la índole de las necesidades que tales derechos están llamados a satisfacer, y 3) un desapego ante la razonable expectativa de continuidad de las prestaciones que nacen de un acto que concretiza un derecho fundamental.<sup>63</sup>

Con invocación de los cambios producidos por la última reforma constitucional a nivel convencional, el citado autor señala “...los actos administrativos que concretizan la satisfacción de derechos fundamentales indisponibles, tendientes a satisfacer intereses y necesidades vitales de la persona

---

Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. De igual modo, en un caso reciente en que se tuvieron presente estos estándares, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley que obligaba a impugnar judicialmente una decisión administrativa en un fuero a más de 1400 km de donde residía la persona, a quien le había sido rechazado su pedido de pensión por invalidez, CSJN, *Giménez, Rosa Elisabeth c/Comisión Médica Central y/ANSES*, 15/07/2021.

63. Sammartino, *op. cit.*, p. 1.

humana, son inalterables en sede administrativa, extramuros de la calificación jurídica que le dispense la Administración”.<sup>64</sup>

Esta garantía, se refiere, existiría aun ante la inexistencia de norma positiva que la consagre, puesto que la inalterabilidad surgiría ínsita del propio derecho fundamental, plasmado en el acto administrativo.<sup>65</sup> Sin perjuicio de ello, el régimen nacional habría reconocido implícitamente esta protección a partir de la ley de participación público privada N°27.328 y su artículo 9 inciso p). Esto así, en tanto por tal norma, se habría dotado de “plena estabilidad” a tales contratos que otorgan derechos disponibles, al establecer que la suspensión o nulidad deberá ser declarada por tribunal competente. Por esto, al tornarse inaplicable los artículos 12 y 17 de la LNPA, sería “lógica y axiológicamente incoherente y, por ende, irrazonable –para todo el sistema de potestades y garantías sobre el que afina el régimen administrativo argentino– no conceder idéntica o mejor protección [...] a los actos que concreten derechos fundamentales indisponibles”.<sup>66</sup> El trato diferenciado entre derechos fundamentales y no fundamentales encontraría también fundamento por analogía en la ley N°26.854 de medidas cautelares contra el Estado, norma que establece un régimen especial para cuando la pretensión cautelar se vincula con grupos vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.<sup>67</sup> Dicho estándar, de acuerdo con el autor, sería aplicable analógicamente al procedimiento administrativo y al régimen de extinción del acto.<sup>68</sup>

64. Sammartino, *op. cit.*, pp. 20-21.

65. Sammartino, *op. cit.*, p. 21.

66. Sammartino, *op. cit.*, p. 23.

67. Concretamente, el artículo 2.2. de la ley 26.854 dispone: “La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días”.

68. Sammartino, *op. cit.*, pp. 22-23.

Por fuera de tales pautas legales –que no serían igualmente necesarias para el sustento de esta posición de acuerdo con el autor–, esta estabilidad protegería “las situaciones jurídicas activas que atiendan necesidades vitales para la persona humana (conf. art. 11 PIDESC)”, “la inmutabilidad y correlativa continuidad de las prestaciones que emanan de actos favorables que aseguran el bienestar mínimo de la persona” y el “mínimo indispensable que le asiste a la persona en su condición de tal”. Particularmente, quedarían incluidos dentro de esta garantía de estabilidad “los actos cuyo objeto brindan cobertura a necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.<sup>69</sup> Asimismo, los actos administrativos favorables cuyo objeto o contenido, estén o no en cumplimiento, satisfacen de modo directo e inmediato el derecho a la salud, el derecho a estar protegido frente al hambre, el derecho a una vivienda digna, el derecho de aprender, el derecho a la no discriminación en cualquiera de sus formas y todos aquellos actos cuyo objeto atiendan, cubran o satisfagan de manera directa e inmediata las necesidades indispensables vitales de los sectores más desprotegidos de la comunidad (discapacidad, niñez, vejez). De la misma manera, los actos que pongan en juego el contenido esencial de un derecho fundamental de defensa de la libertad. La estabilidad entonces protegería “aquello que en el derecho comparado se conoce como mínimo existencial” y, cabe aclarar, estaría “programada únicamente a favor de la persona humana”.<sup>70</sup>

Es importante destacar que el autor sí considera que una declaración judicial pueda tornar ineficaz definitiva o provisionalmente el acto administrativo. Destaca así que “Cualquier alteración que pudiera significar la supresión o limitación del bien jurídico protegido por el derecho fundamental indisponible, debe ser precedido de un juicio previo (arts. 18, CN; 8º, CADH; art. 17, segunda parte y 18 LNPA)”. Por tanto, sea que el acto sea regular o irregular, la cesación definitiva o provisional de los efectos debería ser decidida “por un órgano independiente e imparcial, un tribunal judicial”.<sup>71</sup>

Empero, con fundamento en el principio general de que a nadie le está permitido beneficiarse de su propia injusticia, fraude o mal proceder, se

69. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

70. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

71. Sammartino, *op. cit.*, pp. 22-23.

admite que el “conocimiento del vicio” pueda habilitar el ejercicio de la potestad anulatoria administrativa aun cuando median derechos fundamentales. Sin embargo, “el amplísimo margen de apreciación que emana de la doctrina asesor se reduce significativamente cuando el objeto del acto a revisión atañe a derechos fundamentales indisponibles”.<sup>72</sup> En tal supuesto, “la determinación relativa al conocimiento del vicio se debe discernir según se demuestre fehacientemente la existencia de dolo por parte del interesado”, o connivencia dolosa.<sup>73</sup>

Así las cosas, Sammartino sintetiza las siguientes consecuencias: a) La Administración tendría prohibido, como regla, alterar, revocar, modificar o sustituir en perjuicio del particular, por sí y ante sí, el acto administrativo cuyo objeto plasma, de modo inmediato y directo, un derecho fundamental indisponible o el contenido esencial de un derecho fundamental –una excepción estaría en el dolo del particular o connivencia dolosa–; b) La administración estaría impedida de suspenderlo en sede administrativa; c) No podrían revocarse por oportunidad, mérito y conveniencia los actos que concreticen derechos fundamentales indisponibles, puesto que tales derechos serían inexpropiables;<sup>74</sup> d) El desconocimiento por medio de una vía de hecho del derecho concedido habilitaría mecanismos de tutela urgente; e) la fuerza expansiva del derecho a la dignidad humana y su corolario, el principio de interdicción de la insensibilidad a los derechos

72. Sammartino, *op. cit.*, p. 25.

73. Sammartino, *op. cit.*, p. 26.

74. En relación con este punto, en un artículo anterior, el autor explicó que con independencia de la posición que se adopte respecto al procedimiento de extinción fundado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, la índole del derecho fijaría el ámbito de lo prohibido y lo permitido en cuanto al modo de extinción. Afirmo así que, desde el Estado Constitucional vigente desde la reforma de 1994, la función administrativa sería vivificada por el interés público directa e indisolublemente asociado al principio de dignidad humana y a los derechos humanos fundamentales. Por esta razón, el autor se interroga si es posible que existan razones de interés público que habiliten revocar un acto administrativo que conceda tratamientos médicos a personas en situación de vulnerabilidad, una vivienda digna, una subvención en un estado de desnutrición, o que garantice el derecho a la educación pública; Sammartino, P. M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *La Ley Online AR/DOC/3777/2016*, p. 16. Dado el objeto establecido en este trabajo, no se abordará específicamente este planteo, concerniente a otro tipo de extinción.

fundamentales indisponibles, conduciría a que todo acto que reconozca una situación jurídica activa que satisfaga, de manera particular, directa e inmediata un derecho fundamental indisponible, integre el área de estabilidad del acto administrativo f) Más allá de la calificación que la Administración le dispense al acto (regular o irregular), la cesación de los efectos del acto debería ser decidida en sede judicial.<sup>75</sup>

### **III. Discusión y análisis**

Hasta aquí he tratado de efectuar un trabajo de tipo descriptivo, intentando unificar, sintetizar y describir tres miradas que creo distinguibles sobre los límites constitucionales a la potestad anulatoria.

En este capítulo, efectuaré un comentario sobre cada una de las tres perspectivas expuestas, marco en el cual incluiré observaciones y preguntas abiertas. Para esto, consideraré sus fortalezas, debilidades y posibles argumentos en contra.

#### *III. A. Sobre la tesis I*

La tesis I se funda en una lectura particular, estricta si se quiere, de los artículos 17 y 109 CN. A través de esta, se defiende un límite fuerte a la potestad anulatoria: La administración no puede anular actos que concretaron un derecho de propiedad, sea o no que se alegue la irregularidad del acto o el conocimiento del vicio del particular y para lograr la anulación, debe acudir a sede judicial.

Al respecto, en mi opinión, existen cuanto menos tres puntos relevantes para examinar.

En primer lugar, cabe meditar sobre la posición que sostiene que la Administración puede anular actos administrativos irregulares, puesto que, en estos casos, los derechos son meramente aparentes o inexistentes. Desde un punto de vista constitucional, esto puede traducirse en que no se viola el artículo 17 CN, dado que no hay derechos regulares para afectar. En esta línea, por ejemplo, Julio R. Comadira señalaba que no resultaba lógico “como dato

75. Sammartino, *La estabilidad...*, pp. 23-26.

valorable para la admisión o no de la procedencia de aquella potestad, un elemento que, como el derecho subjetivo, debe ser descartado, por inexistente, al menos en los actos viciados que encuadren dentro de la categoría más grave de invalidez”.<sup>76</sup>

Este planteo presenta un atractivo lógico inicial. Si un acto es irregular y por tanto los derechos inexistentes, parecería razonable que la Administración pueda anular el acto. Es claro también que se constituye como un entendimiento que se enfrenta de manera abierta con la tesis I. ¿La derrota acaso?

Ensayaré aquí un posible intercambio –o discusión– entre estas dos posiciones.

A modo de defensa y réplica, creo que desde la tesis I, podría contestarse que, si bien puede coincidir con que de un acto irregular solo nacen derechos aparentes, la cuestión es si es constitucional, a tenor de la protección del art. 17 CN, que tal irregularidad y consecuente extinción se funde en una mera autovaloración o autocalificación de la Administración de que el acto ostenta un vicio grave. En este sentido, desde la tesis I, podría observarse que la *tesis de los derechos inexistentes*, en la práctica termina justificando que la Administración pueda extinguir derechos no con base en una declaración de invalidez cierta, firme e incontrovertible de que el acto es irregular, sino tan solo con su propia calificación unilateral, la cual además es realizada mediando un conflicto de intereses.<sup>77</sup>

Desde la tesis de los derechos inexistentes, a su vez, se podría traer a mención que la Administración cuenta con autotutela declarativa y presunción de legitimidad de sus actos. Por ello, lo que aquella resuelve, incluso la consideración de un acto como irregular, resulta una declaración válida y suficiente para anular.

Sin embargo, desde la tesis I, quizá podría insistirse en que, aun de reconocerse doctrinal o legalmente a tales institutos, ello no puede ir en contra de un precepto constitucional como el art. 17 CN, el cual, en su caso, obraría como un limitante.

76. Comadira, J. R., *op. cit.*, pp. 58-59.

77. Declarar al acto como irregular en sede administrativa le evita al órgano administrativo el tener que impulsar una acción de lesividad, lo cual representa un beneficio. En el mismo sentido se ha advertido que existe un conflicto de intereses en que la Administración juzgue la inocencia del particular a los efectos del conocimiento del vicio; Minorini Lima, *op. cit.*, p. 791.



Así las cosas y en relación con este ensayo de consideraciones, pienso que la tesis I, cuanto menos, puede defenderse de un embate de tal potencial crítica.

Dicho esto, una segunda cuestión al respecto de la tesis I guarda vinculación con las consecuencias antieconómicas de su extensión. Como se vio previamente, hoy en día el alcance del concepto de propiedad ha sido expandido significativamente por la jurisprudencia, en especial respecto de derechos que se consagran en un acto administrativo. Ya no solo contratos con la Administración sino una amplísima variedad de derechos podría ser cubierta en el concepto de propiedad. Y es aquí donde aparece un potencial problema: supuestos de antieconomicidad y consecuente irrazonabilidad para el instado de una acción de lesividad.

Pondré un ejemplo con el que intentaré ilustrar semejante potencial situación. Imagínese que, por resolución, erróneamente se le otorga una categoría mayor a un funcionario público, lo cual representa un diez por ciento más de salario. Sucesivamente, aquel comienza a cobrarlo y la Administración advierte el error al tercer mes. Si tal aumento integra el derecho de propiedad y se sigue la rigidez de esta tesis, entonces, debería necesariamente instrumentarse una acción de lesividad para la extinción del acto.

Hablar de antieconomicidad quizá podría parecer un planteo extrajurídico. Pero no lo es, pues, en definitiva, se conecta con el principio jurídico de razonabilidad (art. 28 CN). Y aquí, pareciera que la solución jurídica que brinda esta postura –anulación judicial una vez que el derecho consagrado esté firme– no es del todo razonable para escenarios como este, de escasa entidad económica. Tal vez, sea necesario integrar esta mirada con algunos elementos más.

Finalmente, un tercer tema en parte atinente a la tesis I se relaciona con la postura que se adopte en torno al carácter judicial o administrativo de la anulación de actos administrativos en nuestro marco constitucional. Ello así, dado que si se estimase que la anulación de actos irregulares es un poder inherente a la función administrativa, como sostienen algunos autores,<sup>78</sup> perdería tenor el argumento que esta facultad solo podría ser ejercida por el Poder Judicial a tenor del art. 109 CN.

Por la empresa que requeriría, no desarrollaré en este trabajo tal cuestión, es decir, cuál es la ubicación constitucional de la anulación de actos

78. Ver Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 4.

administrativos. Sin embargo, me limitaré a observar que, aun si se llegase a considerar a la anulación como función jurisdiccional, ello no cerraría el debate acerca de si la Administración puede ejercer tal poder o no. Es que, aun si se concluyera que tal facultad pertenece originalmente al Poder Judicial, quedaría pendiente examinar si fuese admisible ámbitos de ejercicio de tal poder bajo la doctrina de la función materialmente jurisdiccional de la Administración.<sup>79</sup>

### *III. B. Sobre la tesis II*

Como se ha planteado, una segunda mirada, si bien admite supuestos de anulación en sede administrativa, ubica el límite constitucional en que se garantice el derecho de defensa de manera previa.

A más de las múltiples respuestas a la pregunta acerca de cuáles son las garantías constitucionalmente exigibles para el procedimiento anulatorio en la actualidad –presentadas en el punto II.B–, existe un interesante interrogante para abordar.

Si se centra el debate en el derecho de defensa, es posible preguntarse si, en definitiva, pudiera llegar a considerarse constitucional que la Administración anule siempre por sí misma, sea que aquella estime que el acto es regular o irregular, entienda o no que haya mediado conocimiento del vicio, en tanto se satisfagan determinadas garantías vinculadas al debido proceso. Esto, bajo la premisa de que lo importante es que se satisfagan determinadas garantías y no que la anulación se realice en el marco del Poder Judicial en sí.

A propósito de esta reflexión, resulta oportuno traer a mención un análisis realizado por Alberto Bianchi. Dicho autor, al analizar el fundamento constitucional de la acción de lesividad, señala que si bien es indudable encontrarlo en un trípode constituido por el debido proceso, el derecho de propiedad y el principio de división de poderes, a su criterio, “la razón fundamental, la raíz constitucional de la acción de lesividad está en el art. 18 de la Constitución”.<sup>80</sup> Tal consideración es importante porque brinda una

79. Ver como síntesis jurisprudencial de este asunto CSJN, “Pogonza Jonathan Jesús C/ Galeno ART S.A”, 02/02/202.

80. Bianchi, A. B., “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?”, en *El Derecho* 132-808, 1989, p. 813.

respuesta acerca de para qué exigimos la anulación judicial principalmente: Garantizar el debido proceso. Esto podría llevar a leer el artículo 17 CN no ya de forma exegética –en el sentido de que el desapoderamiento de un derecho de propiedad deba instrumentarse necesariamente por sentencia judicial– sino considerando su finalidad protectora.

En este orden de ideas, si se llegase a entender que la acción de lesividad tiene como objeto primordial garantizar el derecho de defensa ¿Podríamos declarar su innecesidad si se replicasen suficientes garantías del proceso judicial al procedimiento administrativo?

Una respuesta negativa a esta formulación vendría de interpretar restrictivamente el artículo 17 CN y 109 CN, es decir, que solo Poder Judicial porque la Constitución expresamente así lo exige, sin importar si es posible o no respetar el derecho de defensa de igual modo en sede administrativa. Podría, asimismo, alegarse que ni aún un tribunal administrativo pudiera equiparar al Poder Judicial de manera suficiente, por lo que la anulación debería ser decidida estrictamente por un juez.

En cambio, visto tales preceptos desde una perspectiva teleológica y dúctil, la anulación administrativa amplia quizá podría ser defendida de brindarse similares estándares de protección que, en el ámbito judicial. Bajo este marco hipotético, en contraste con la primera postulación, la Administración quizá pudiese anular sin excepciones, en tanto se equiparen las garantías de defensa de tal ámbito, con inclusión de los estándares convencionales del artículo 8 CADH y previendo un control judicial suficiente. Mediante un sistema como este, sin tener igualmente la última palabra dado el principio de control judicial suficiente, la Administración no tendría que iniciar una acción de lesividad para ciertos supuestos y para otro no. Retendría el conflicto y aplicaría las mismas garantías para todos los supuestos. Asimismo, eliminaría en cierta medida algunos costos de la ecuación asociados a la judicialización.

### *III. C. Sobre la tesis III*

La tercera de las tesis vincula la estabilidad del acto administrativo a la existencia de derechos fundamentales indisponibles.

En relación, plantearé algunos comentarios críticos e interrogantes que se pueden derivar de esta propuesta.

Aclaro que, a este fin, tomaré la versión, si se quiere, más pura de esta posición. Es decir, sin consideración de los posibles impactos de las leyes

Nº26.854 y 27.328. Esto así, no solo en razón del objeto de este trabajo sino también dado que: a) Se afirma que la inalterabilidad del acto surgiría ínsita de la naturaleza del derecho involucrado y no necesitaría reconocimiento positivo y b) en su caso, este marco permitiría su extensión a jurisdicciones por fuera del ámbito nacional.

Haré dos digresiones de manera previa al análisis. Por un lado, es dable intentar precisar cuál es el objeto de protección en esta tesis. En este sentido, más allá de los derechos puntuales a los que se hacen alusión, se refiere como síntesis de la postulación –y se reitera en una publicación más reciente–,<sup>81</sup> que la Administración tendría vedado la alteración del acto administrativo “cuyo objeto plasma, de modo inmediato y directo, un derecho fundamental indisponible o el contenido esencial de un derecho fundamental”.<sup>82</sup> Aparecen entonces dos conceptos a considerar, “derecho fundamental indisponible” y por otro, “contenido esencial de un derecho fundamental”. De acuerdo con la apreciación que realizo, no es del todo claro en qué sentido se usa “indisponibilidad” y si se distinguen entre ambos términos en el marco de esta propuesta.

En este problema, merece tenerse presente que se ha atribuido a la nota de indisponibilidad de los derechos fundamentales al menos cinco significados distintos,<sup>83</sup> uno de estos el de identificarse con el contenido esencial –lo que implicaría que no hay distinción–. En otro uso expandido, en cambio, se asocia a la “titularidad” como indisponible, lo que podría llevar a entender que hay cierta redundancia porque con cubrir “los derechos indisponibles”

81. Sammartino, P. M. E., “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, *La Ley Online: AR/DOC/945/2021*, 2021, p. 5.

82. Sammartino, “La estabilidad...”, p. 23.

83. Sosa Sacio describe los siguientes conceptos de indisponibilidad: a) Todo derecho fundamental es indisponible por ser constitutivo de la condición de ser humano digno; b) El ámbito indisponible de los derechos es el denominado “contenido esencial”; c) Los derechos fundamentales son disponibles en cuanto a su ejercicio, pero indisponibles en cuanto a su contenido protegido o titularidad; d) Los derechos indisponibles son aquellos “fundamentales” en sentido estricto, pero no los “patrimoniales” constitucionales; e) El ámbito indisponible de los derechos está vinculado a la noción de exigencias o necesidades básicas, Sosa Sacio, J. M., “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales” en *Gaceta Constitucional* Nº9, 2008, pp. 503-507.

ya se cubrirían los contenidos esenciales. Alternativamente, podría entenderse que la “indisponibilidad” se vincula a necesidades básicas, por lo que habría, tal vez, ciertos derechos como la “protección contra el hambre” que serían indisponibles, mientras que otros derechos como la libertad son “disponibles” pero su contenido esencial es protegido (ejemplo expresamente incluido en la enumeración de derechos abarcados).

Comprender esto es importante porque, por ejemplo, dentro del derecho fundamental a la salud o la educación, podrían diferenciarse ámbitos de contenido esencial y otros no esenciales ¿Protege esta tesis cualquier derivación de estos derechos?

Hay, en cambio, algo que queda suficientemente en claro en esta lectura. La atribución de indisponibilidad no se verificaría en los derechos de contenido patrimonial, en particular, los contratos administrativos, los que generarían derechos disponibles, tal como el supuesto de los regidos por la ley N°27.328.<sup>84</sup> Esta delimitación parecería encontrar paralelo en la caracterización realizada por Ferrajoli. Para el filósofo italiano los derechos fundamentales tendrían la nota de ser indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, al tiempo que los derechos patrimoniales serían disponibles, negociables y alienables.<sup>85</sup> Tal entendimiento se vincularía más con la titularidad como indisponible.

Pero, por otro lado, en un apartado se explica que el contenido esencial es una de las “variables” del “derecho fundamental indisponible”, el cual, con cita en jurisprudencia de la Corte, se asociaría al “contenido mínimo”

84. Sammartino, *op. cit.*, p. 20.

85. Ferrajoli ofrece una definición teórica (no basada en un texto constitucional puntual), por la que serían derechos fundamentales, “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (p. 19). En cuanto a los derechos patrimoniales, estos serían disponibles, negociables y alienables, en tanto que los fundamentales indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (p. 31), Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 19 y 31.

de un derecho que tienen las personas para desplegar plenamente su valor como agentes morales autónomos.<sup>86</sup>

Desde mi perspectiva, no resulta del todo claro el alcance específico de esta propuesta, por sobre todo, si en ciertos derechos, tales como salud y educación (los cuales son expresamente invocados como ejemplo), se pretende proteger solo el contenido esencial o cualquier alteración. Es manifiesta, no obstante, su exclusión a la protección de derechos patrimoniales disponibles.

La segunda digresión, es que más allá de que existan propuestas filosófico-jurídicas para distinguir entre derechos fundamentales y no fundamentales, nuestro régimen constitucional no efectúa esta distinción de manera positiva. Esto resulta un contraste con, por ejemplo, la constitución española que sí lo realiza.<sup>87</sup> En este sentido, se ha sostenido que no existe una lista o fórmula para determinar si un derecho es fundamental. Así, la categoría ontológica de no fundamental no podría derivarse ni siquiera de los derechos susceptibles de suspensión que realiza el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>88</sup>

Hechas estas salvedades, estimo que la tesis III es susceptible de al menos cuatro objeciones.

En primer lugar, esta posición no parece encontrar una ubicación armónica para el artículo 17 CN. Este artículo establece que el desapoderamiento de derechos de propiedad debe ser instrumentada mediante juicio. Es cierto que la jurisprudencia y legislación ha admitido la anulación de derechos subjetivos creados por un acto administrativo. Empero desde un punto de vista estrictamente constitucional, que es el punto de vista que se pretende asumir, la disposición en comentario parece haber nacido incluyendo bajo su protección adjetiva a derechos patrimoniales disponibles, los que esta tesis III parece no pretender cubrir. Esto puede representar un problema dado que la propuesta en análisis podría ser entendida en el sentido de que, antes que ampliar la protección constitucional, pasa en verdad

86. Sammartino, “La estabilidad...”, p. 35, nota al pie N°202.

87. Título I, arts. 10 a 29.

88. Arballo, G., “Teoría de los derechos NO fundamentales” en *Saber leyes no es saber derecho*, 04/08/2013, parr. 3. Consultado en: <http://www.saberderecho.com/2013/08/teoria-de-los-derechos-no-fundamentales.html>.

a desconocerla a tales derechos –patrimoniales– para reconocerla a otros –derechos fundamentales indisponibles o solo el contenido esencial de derechos fundamentales.

Además, no se evidencia que se tomen en cuenta las ampliaciones jurisprudenciales del concepto de propiedad. Si se pretende proteger el “mínimo disponible”, los adherentes a la tesis I podrían replicar que, desde tal marco, fundado en el 17 CN, se protege más que el mínimo. Por tal motivo, esta tesis III parecería requerir *a priori* una visión restringida del concepto de “propiedad”, para que resulte funcional a otorgar una mayor protección en la mayoría de los casos. Vale recordar que ayudas sociales, jubilaciones y otros mecanismos de asistencia podrían entrar en el concepto de propiedad, tanto como un contrato administrativo.

En esta línea, esta tercera lectura, que se basa en los cambios introducidos por la última reforma constitucional, podría llegar a recibir una observación fundada en el artículo 29 CADH, norma que veda la invocación de la respectiva convención para suprimir el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la propia Convención, en las leyes de los Estados parte y las previstas en otros instrumentos internacionales. De aquí que la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos, no pueda ser invocada en planteos que reduzcan el ámbito de protección de derechos ya reconocidos, incluso, derechos que bajo una lectura moral o filosófica se estimen no fundamentales o disponibles. Esto así, dado que si se interpreta que la Constitución argentina reconocía previamente la protección adjetiva especial (juicio) para la extinción de propiedad disponible –como alguna vez apuntó la Corte de acuerdo con lo visto en el punto II.A y como parte de la doctrina enmarcada en la tesis I sostiene–, sería censurable fundamentar en la CADH u otros instrumentos de derechos humanos que la anulación judicial se limite a casos de derechos fundamentales.

Se presentaría así el riesgo de que se incurra en lo que, de manera informal, ha sido introducido como “hacer techo del piso”. Esto implicaría fijar el estándar de derecho internacional, el cual resulta un piso, como si fuera un techo, de manera de esterilizar las mejores versiones del derecho doméstico.<sup>89</sup> En relación con esta tesis III, “hacer techo del piso”, podría

89. Creo que en los tiempos actuales un *tweet* puede aportar reflexiones interesantes. La denominación de “hacer techo del piso” fue utilizada por Gustavo Arballo (@GustAr-

alegarse, sería negar la protección judicial a actos administrativos vinculados a derechos disponibles que surge art. 17 CN. Ello, en el marco de una interpretación que, si bien fundada en los principios, valores y reglas que emanan de la Constitución convencionalizada de 1994,<sup>90</sup> parece limitar la exigencia de juicio a actos sobre derechos indisponibles.

Es posible que puedan existir varias respuestas a esta potencial primera crítica. Más el que pueda formularse esta objeción parte, a mi modo de ver, de que el artículo 17 CN, con su actual alcance, no parece tener un adecuado tratamiento en esta formulación.

En segundo lugar, puede cuestionarse que se denuncie que la anulación administrativa es violatoria de los artículos 18 CN y 8 CADH pero solo cuando medien ciertos derechos.

Vale resaltar que esta tesis no niega el deber de anular sino que exige que ello se instrumente en un ámbito específico. Tal cuestión abre la pregunta acerca de qué es lo que diferencia un espacio del otro para esta mirada. Sobre esta cuestión, parece brindarse una respuesta al indicarse que cualquier alteración del bien jurídico protegido por el derecho fundamental “debe ser precedido de un juicio previo (arts. 18, CN; 8º, CADH; art. 17, segunda parte y 18 LNPA”.<sup>91</sup> Ahora bien, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y convencionales citadas, surge que es el derecho constitucional y convencional de debido proceso el fundamento que da lugar a que deba instruirse la anulación judicialmente. Esto es significativo, dado que implica afirmar que la anulación en sede administrativa, por alguna razón, como el de la falta de imparcialidad,<sup>92</sup> viola el derecho de defensa.

Si esto es así, cabe examinar entonces si es válido restringir la exigencia de anulación judicial solamente a derechos fundamentales. Es que, parecería

---

ballo), al expedirse en torno a los usos regresivos de los derechos humanos, mensaje del 24/09/2021. [https://twitter.com/GustArballo/status/1441245743495348232?t=KDg-Ne\\_-gd9yPl49az8ec\\_w&s=19h](https://twitter.com/GustArballo/status/1441245743495348232?t=KDg-Ne_-gd9yPl49az8ec_w&s=19h)

90. Sammartino, *op. cit.*, p. 21.

91. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

92. El citado profesor parece tomar esta garantía en especial consideración al señalar que “...más allá de la calificación jurídica que la Administración le dispense al acto (regular o irregular), la cesación –definitiva o provisional– de los efectos de esta clase de acto corresponde que sea decidida por un órgano independiente e imparcial, un tribunal judicial”, Sammartino, *op. cit.*, p. 23.



derivarse que las garantías que prevén los artículos 18 CN y 8º CADH son solamente aplicables a los actos que determinen ciertos tipos de derechos y no otros, particularmente cierto tipo de actos de contenido patrimonial que en esta visión se estiman no fundamentales. Si es reprochable –constitucional y convencionalmente– la falta imparcialidad de la Administración al anular un acto vinculado a derechos no patrimoniales. ¿Por qué no lo sería también cuando se pretende anular un contrato de 500 millones de dólares o uno que para una firma menor podría representar su quiebra? Si se alega, como lo hace esta tesis III, que el procedimiento de anulación administrativa no satisface los principios defensorias que surgen de los arts. 18 CN y 8 CADH, se requiere una justificación más acabada de por qué solo lo hace cuando se determinan derechos –en esta visión iusfilosófica– fundamentales indisponibles y no cuando hay derechos meramente “legales” o disponibles.

En esta línea podría preguntarse ¿puede reglamentarse el derecho de defensa diferenciando según el tipo de derecho involucrado? Ciertamente es que los derechos, en tanto no sean alterados, admiten un margen de reglamentación (arts. 14 y 28 CN). No obstante, el tipo del derecho involucrado quizá no sea el único aspecto que deba tenerse en cuenta y en más, la decidida exclusión de la garantía de imparcialidad para todos los conflictos concernientes a derechos patrimoniales podría también ser tachada de inconstitucional e inconvencional, puesto que ni los artículos 17 y 18 CN ni el artículo 8.1. CADH distinguen sobre la base de clasificaciones de derechos. Hacerlo, además, podría ser objetado como interpretación no sujeta al principio *pro homine*.<sup>93</sup>

Es cierto que esta propuesta –tesis III– parte de la LNPA y el desarrollo jurisprudencial desde *Carman de Cantón*. De ahí que lo que se plantea pretenda ser superior a un estado actual. Pero denunciar la invalidez de la anulación en sede administrativa por razones constitucionales y convencionales resulta ser una premisa que puede conllevar a una conclusión aún más amplia de la que esta mirada propone *a priori*.

93. La Corte Suprema ha sostenido que el principio *pro homine* encuentra dos manifestaciones: 1) Exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de derechos, libertades y garantías y 2) impone obrar en sentido inverso, restrictivo, a la hora de medir las limitaciones a los derechos, libertades y garantías o la capacidad de imponerlas, CSJN, *Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*, considerando N°11, 18/06/2013”, Fallos 336:672.

En tercer lugar, podría observarse que no resulta claro si lo que esta tesis pretende garantizar es el derecho de defensa en sí o que la anulación deba realizarse exclusivamente en sede judicial, distinción que vale la pena considerar. Es que se toman en consideración los arts. 18 CN y 8 CADH para justificar la exigencia de que la anulación, en tanto median derechos fundamentales, tenga que ser instrumentada judicialmente. La estabilidad del acto administrativo, de acuerdo con esta propuesta, sería una garantía de los derechos humanos. Pero ¿cuál es específicamente la garantía? ¿Qué la anulación se realice en sede judicial o que se garantice el debido proceso? Un punto no necesariamente es idéntico al otro.

Es que podría admitirse que el procedimiento administrativo nacional no garantice hoy el derecho de defensa con una adecuación a los estándares constitucionales y convencionales que se exigen para el ámbito judicial. Empero imagínese, un hipotético procedimiento inserto dentro de la Administración en el que se provea adecuadamente el derecho de defensa, se cuente con funcionarios elegidos por concurso y revestidos con una fuerte garantía de estabilidad, separados de la administración activa o, sencillamente, que se instituya que la anulación debe determinarse por tribunales administrativos. En tal caso, esta postura debería responder si seguiría siendo necesario que la anulación se instrumente por vía judicial cuando median derechos fundamentales.

Finalmente, y en cuarto lugar ¿incurre también esta tesis en presentar posibles escenarios de falta de razonabilidad en la promoción de un juicio (de manera similar a lo analizado para la tesis I en el punto III.1)? Esto dependerá de cómo se interprete su alcance. Si la existencia de derechos fundamentales indisponibles veda de manera absoluta cualquier tipo de modificación por razones de ilegitimidad en sede administrativa, incluso menores o parciales (imagínese, por ejemplo, la necesidad de corregir un error en la cuantía de una prestación de manera mínima) la respuesta parecería ser afirmativa.

### *III. D. Colofón*

De acuerdo con lo expuesto en esta segunda parte, las tres perspectivas examinadas dan lugar a interrogantes y cuestionamientos. Creo que poder apreciar estas diferentes tesis en conjunto allana el camino para, en un futuro, mejorar los argumentos a favor de cada una de estas o lograr una síntesis que se nutra de sus diferentes aportes.

#### **IV. Conclusiones**

En este trabajo he tratado de fundamentar que pueden identificarse tres importantes enfoques sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria de la Administración Pública.

El primero, se basa en una interpretación, si se quiere estricta del artículo 17 CN, suplementado por el artículo 109 CN. De acuerdo con esta, la Administración no puede anular derechos subjetivos de propiedad. No tendría competencia para ello y las acusaciones vinculadas con que el acto es irregular o que medió conocimiento del vicio del particular, fraude o dolo, no tendrían entidad para habilitar a la Administración a anular por sí misma. Dado el concepto actual de propiedad, el alcance de esta perspectiva podría cubrir no solamente contratos sino también ayudas sociales, pensiones, derechos concernientes al empleo público, entre otros. Adicionalmente, esta lectura es complementada –no por todos los adherentes– con la consideración de que la anulación de actos administrativos es función jurisdiccional. Esta tesis presenta un límite muy significativo al poder de anular.

En relación con aquella, se han analizado tres asuntos: i) una potencial réplica a esta tesis, basada en que la Administración podría anular actos irregulares, toda vez que estos solo generarían derechos aparentes, ii) la circunstancia de que esta tesis I podría llevar a que se insten juicios de forma antieconómica o irrazonable; iii) la incidencia para esta posición de encuadrar a la anulación de actos administrativos como una facultad inherente de la función administrativa o como una función judicial.

La segunda mirada se vincula con el derecho de defensa. Esta tesis no rechaza que la Administración pueda anular por sí misma, en principio en ciertos supuestos, pero exige que, para ello, se garantice el debido proceso. Este enfoque abre preguntas relevantes, tales como qué implica hoy garantizar el debido proceso en un procedimiento anulatorio en el actual marco convencional. Otro interrogante, si se centra el límite en el derecho de defensa, es si podría la Administración anular siempre en sede administrativa en tanto garantice un suficiente debido proceso y se entendiese que la acción de lesividad es meramente instrumental a tal derecho. Es decir, entender que no es lo importante en qué ámbito se realice la anulación sino que se provean las suficientes garantías del debido proceso. Una respuesta a tal formulación vendría de interpretar restrictivamente los artículos 17 CN y 109 CN y que ni aún un tribunal administrativo pudiera

equiparar al Poder Judicial de manera suficiente. En cambio, desde una perspectiva teleológica y dúctil, quizá la anulación administrativa amplia podría ser defendida de brindarse similares estándares de protección al igual que en el ámbito judicial.

Un tercer enfoque propone que siempre que medien derechos fundamentales indisponibles o el contenido esencial de un derecho fundamental, la Administración esté vedada de extinguir el acto administrativo, salvo que pueda acreditarse fehacientemente que haya mediado dolo o connivencia dolosa. Al respecto, inicialmente se formularon dos digresiones en vinculación al concepto de indisponibilidad de los derechos fundamentales (que carece de un significado unívoco) y la posibilidad de distinguir positivamente entre derechos fundamentales y no fundamentales en nuestro marco constitucional. Efectuadas estas salvedades, seguidamente se plantearon cuatro reparos sobre esta posición. En primer lugar, que no parece que se brinde una explicación adecuada para el artículo 17 CN, el cual, *a priori* ya proveería una garantía de juicio previo para el desapoderamiento de derechos patrimoniales disponibles. En segundo término, que, si se deduce de los artículos 18 CN y 8 CADH que el procedimiento administrativo anulatorio viola el derecho de defensa podría resultar cuestionable que se restrinja esta conclusión a solo algunos actos administrativos y solo algunos derechos. En tercer lugar, se ha observado que no queda del todo claro si lo relevante para esta tesis es proteger el derecho de defensa o que a la anulación se haga estricta y exclusivamente en sede judicial, objetivos distinguibles entre sí. En cuarto lugar, se ha esbozado que esta lectura, según cómo se interprete su alcance, al igual que la tesis I, podría derivar en promover acciones judiciales antieconómicas que podrían ser observadas sobre la base del principio de razonabilidad.

## Bibliografía

- Arballo, G., “Teoría de los derechos NO fundamentales” en *Saber leyes no es saber derecho*, 04/08/2013. Consultado en: <http://www.saberderecho.com/2013/08/teoria-de-los-derechos-no-fundamentales.html> [Acceso 02/05/2022]
- Barrionuevo, E., “Óbices constitucionales a la exigibilidad y pretendidos efectos de la declaración administrativa de lesividad” en *La Ley Online* AR/DOC/2472/2020, 2020.

- Bianchi, A. B., “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad? en *El Derecho* 132-808, 1989.
- Bidart Campos, G. J., *El Derecho Constitucional del poder* (tomo II), Buenos Aires, Ediar, 1967.
- Borensztein, C. y López, J. I., “La quita de pensiones no contributivas por invalidez a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en *La Ley Online AR/DOC/1531/2019*, 2019.
- Buteler, A., “Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad”, *La Ley Online AR/DOC/3830/2013* en *La Ley* 17/10/2013, 2013.
- Canda, F. O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional” en *El Derecho Administrativo*, 07/10/2015.
- Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12<sup>a</sup> ed. (tomo I), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad: del debido juicio sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.
- Comadira, F. G., *La acción de lesividad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Comadira, J. P., “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y del reglamento”, en AA VV, *Procedimiento administrativo: Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (pp. 497-511), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea.
- Comadira, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada “cosa juzgada administrativa”*, Buenos Aires, Astrea, 1981.
- Coviello, P. J., “La confianza legítima”, en *El Derecho* 177-894, 1998.
- Diez, M. M., *Manual de Derecho Administrativo*, 4<sup>a</sup> ed. (tomo I), Buenos Aires, Plus Ultra, 1985.
- Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Fiorini, B. A., *Manual de Derecho Administrativo* (tomo I), Buenos Aires, La Ley, 1968.
- Gordillo, A. A., *El acto administrativo*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.

- Gordillo, A. A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Tomo 8), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gordillo, A. A. y Daniele, M., *Procedimiento Administrativo: decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (2ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Gusman, A., “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal”. *El Derecho Administrativo*, 2007-671, 2007.
- Laplacette, C. J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos” en *La Ley Online AR/DOC/2827/2017*, 2017.
- Linares, J. F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- Mairal, H. A. y Veramendi, E. V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado” en *La Ley Online: AR/DOC/2624/2018*, 2018.
- Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., (tomo II), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Minorini Lima, I. J., “La revocación del acto administrativo irregular” en Tawil, G. S. (dir.), *Acto administrativo* (pp. 767-798), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- Nielsen Enemark, C. A., “El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular” en *El Derecho Administrativo* 2017-746, 2017.
- Pierce, R. J., *Administrative Law* (2ª ed.), New York, Thompson Reuters, 2012.
- Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F., *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*, Panamá, edición de los autores, 2006.
- Sammartino, P. M. E., “Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, en *El Derecho administrativo*, 2014-724, 2014.
- Sammartino, P. M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *La Ley Online AR/DOC/3777/2016*, 2016.
- Sammartino, P. M. E., “La estabilidad del acto administrativo”, *La Ley Online AR/DOC/2804/2019*, 2019.

- Sammartino, P. M. E., “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, *La Ley Online AR/DOC/945/2021*.
- Sosa Sacio, J. M., “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales”, *Gaceta Constitucional* N°9, 2008.
- Villarruel, Susana, “El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial”, *Derecho Administrativo Austral* N° 1, pp. 109-191, 2008.
- Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo* (tomo IV), Buenos Aires, TEA, 1952.