

Título: La autorización para edificar. Su naturaleza; efectos sobre la potestad revocatoria

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1982-D, 936

Cita: TR LALEY AR/DOC/3174/2001

Sumario: Sumario: I. Las analogías conceptuales y el concepto de autorización, permiso o licencia.- II. Diferentes clases de autorizaciones.- III. Naturaleza y efectos de la autorización para edificar.- IV. Revocación por ilegitimidad y por razones de interés público.- V. Orientación en el derecho comparado. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## I. LAS ANALOGIAS CONCEPTUALES Y EL CONCEPTO DE AUTORIZACION, PERMISO O LICENCIA

El tema de naturaleza y efectos del acto administrativo por el cual se autoriza una construcción privada requiere precisar las diferencias y semejanzas que constituyen el núcleo de las múltiples técnicas que utiliza la administración en el campo de las intervenciones autorizatorias.

Se ha hablado de una crisis actual que repercute sobre el concepto clásico, de la autorización y es evidente que el lenguaje común no contribuye a dilucidar los diferentes matices y regímenes jurídicos que aparecen en esta materia, vinculados con el ejercicio de la actividad estatal de limitación de los derechos individuales, a fin de hacerlos compatibles con el interés público o bien común.

En ese aspecto, tanto la autorización como el permiso o la licencia, significan la facultad que se atribuye a alguien para hacer alguna cosa. Pero esta significación vulgar o común de los citados conceptos no tiene en cuenta la situación jurídica del administrado antes del otorgamiento del acto administrativo, ni tampoco la naturaleza reglada o discrecional de la potestad de la administración. Menos todavía esa significación permite distinguir los casos en que la Administración Pública agota su potestad con el otorgamiento de la autorización de aquellos otros en que el poder de intervención subsiste durante el período posterior a la emisión del acto administrativo.

Para comprender la problemática que actualmente plantean las figuras de la autorización y del permiso, resulta necesario discernir una diferenciación jurídica entre ambos conceptos, los cuales traducen contenidos análogos, presentando como tales cierta semejanza que no impide formular distinciones, aunque éstas no sean necesariamente correlativas.

La idea común sobre la que reposan ambos conceptos es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. La distinción viene dada, en cambio, por la circunstancia de que mientras en la autorización la respectiva actividad no se encuentra prohibida, habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente cuyo ejercicio se encuentra subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos, en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva.

En este último caso, la Administración Pública tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad prohibida no afecta el interés público o bien común.

El hecho de que la técnica autorizatoria haya rebasado los límites originales dentro de los cuales se redujo el poder de policía (tranquilidad, salubridad y moralidad), trasplantándose a la llamada Policía de Prosperidad o Económica, no implica que ese concepto técnico de la autorización circunscripto a los supuestos en que existe un derecho preexistente, deje de tener sentido para explicar tanto el derecho del administrado a pedir la autorización como el agotamiento de la potestad revocatoria, en los casos en que dicha autorización hubiera sido otorgada.

## II. DIFERENTES CLASES DE AUTORIZACIONES

Precisando el concepto técnico de autorización sobre la base del reconocimiento del derecho, muchas veces preexistente, a realizar una actividad que no se halla genéricamente prohibida, y del acto por el cual se levanta la condición puesta al ejercicio de ese derecho del administrado, por una norma de naturaleza policial, corresponde analizar las distintas clasificaciones preexistentes, para luego desentrañar la verdadera naturaleza que ella posee y sus efectos jurídicos.

Ha de advertirse, sin embargo, que la óptica de cualquier esquema clasificatorio y, en especial el que vamos a utilizar, encierra siempre un valor relativo, en la medida en que contempla los distintos tipos de autorizaciones partiendo de algún criterio parcial y determinado, referido, según los casos, a la naturaleza de las facultades que tiene asignadas la Administración, al objeto de la actividad que se autoriza, a su contenido real o personal y a

los fines que el Estado persiga al otorgar la autorización.

La propia relatividad que caracteriza a las clasificaciones formuladas en base a dichos criterios, explica la razón por la cual los mismos no resultan incompatibles entre sí, admitiendo la posibilidad de que cada uno de ellos pueda aplicarse simultáneamente sobre las demás clasificaciones [\(1\)](#).

#### A) Autorizaciones regladas o discrecionales

Frente a un pedido del administrado tendiente a obtener el levantamiento de una condición puesta al ejercicio de un derecho, la Administración puede hallarse obligada a otorgar la pertinente autorización -si se cumplen los requisitos condicionantes- o bien, puede disponer de poderes discrecionales en punto tanto a la oportunidad de emitir el respectivo acto como al contenido y extensión del mismo. En el primer supuesto, se trata de una actividad reglada, donde el comportamiento esencial de la Administración se encuentra predeterminado aun cuando puedan haber detalles accesorios donde puede existir un cierto margen de discrecionalidad. La autorización tendrá carácter reglado cuando se condicione el ejercicio de un derecho preexistente, por la sencilla razón de que de admitirse la hipótesis de una potestad discrecional ello equivaldría a la frustración de tal derecho.

En esos casos, si aparecen razones de interés público o bien común que aconsejan el no otorgamiento de la autorización, el medio jurídico idóneo es la expropiación, habida cuenta que se trataría de un sacrificio que sufre el administrado en beneficio de la comunidad que, a fin de mantener o reestablecer la igualdad, debe ser objeto de una justa restitución.

Pero también la autorización puede tener carácter discrecional y ello ocurrirá cuando la norma atribuya a la Administración un poder jurídico sin establecer el criterio que ha de orientar, predeterminar y servir de causa a la resolución que adopte el órgano administrativo.

Hoy día se reconoce que, más que un margen excluyente de arbitrio, la discrecionalidad configura un supuesto de remisión legal, en cuanto la norma remite a una valoración administrativa que atribuye a la Administración la opción de elegir entre distintas soluciones igualmente justas [\(2\)](#).

En el otorgamiento de la autorización, el poder discrecional ha de ejercerse sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales, la adecuación o compatibilidad con el interés público o bien común.

La discrecionalidad no debe confundirse con el concepto jurídico indeterminado y esto es trascendente en materia de autorizaciones. Esta teoría, cuyo mérito pertenece a la doctrina alemana -que constituye uno de los últimos intentos tendientes a reducir la discrecionalidad- sostiene que en aquellos casos en los que las normas no admiten una determinación o cuantificación cierta o rigurosa, por no hallarse fijados exactamente los límites conceptuales, no hay más de dos posibilidades: o se da el concepto predeterminado prescripto en la norma o no se configura el mismo, lo cual implica sostener que frente a un concepto de esa índole sólo se da una solución justa. Esta teoría, juntamente con el reconocimiento de la posibilidad de controlar judicialmente la llamada discrecionalidad técnica, puede, contribuir decisivamente en nuestro país a una ampliación de la fiscalización que realizan los jueces sobre la actividad discrecional de la Administración Pública en materia de autorizaciones, no sólo para alcanzar el logro académico de sacar a nuestras instituciones administrativas de una situación de atraso insostenible, sino fundamentalmente para realizar lo justo objetivo, que es el mejor de los caminos para alcanzar el bien de una comunidad.

#### B) Otras especies de autorizaciones

##### 1º Autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento

Esta clasificación viene dada por el diferente objeto que persigue la autorización según se trate de levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho que se vincula a una operación determinada (v. gr. importación o exportación de mercadería), o bien, de un derecho relativo al desarrollo de una actividad sucesiva cuya vigencia se prolonga mientras dure la actividad que ha sido objeto de la autorización (v. gr. instalación de un establecimiento industrial).

La distinción no es puramente conceptual ni didáctica sino que se proyecta a las relaciones existentes entre el particular y la Administración. En las autorizaciones por operación, la potestad de esta última se agota con el dictado del acto, no dando origen a ningún vínculo posterior con el administrado, salvo que ello haya sido expresamente prescripto (v. gr. importación de un bien sometido a control de destino). En cambio, en las autorizaciones de funcionamiento, hay una vinculación permanente con la Administración, con el fin de tutelar el interés público, admitiéndose -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española- la posibilidad de modificar el contenido de la autorización para adaptarlo, en forma constante, a dicha finalidad, durante todo el tiempo en que se realice la actividad autorizada. En tales supuestos, llega hasta admitirse la potestad revocatoria

-con la debida indemnización- siempre que se hayan agotado todas las posibilidades de corrección y adaptación de la actividad autorizada a las nuevas circunstancias y a las nuevas normas.

#### 2º Autorizaciones simples y autorizaciones operativas

Desde la óptica de las funciones que el ordenamiento asigna a la Administración Pública, se distinguen las autorizaciones otorgadas en ejercicio de una norma de naturaleza policial -de aquellas otras donde sin resignar la potestad de contralor- la Administración Pública, procura orientar o encauzar la actividad privada hacia la realización de planes, programas o proyectos regionales o sectoriales, previamente definidos. (por ejemplo: traslado de industrias -art. 3º, decreto 11/74, ADLA, XXXIV-C, 1389- apertura de Bancos -art. 8º, ley 21.526, ADLA, XXXVII-A, 121-).

Este tipo de autorizaciones operativas, acompañado de una alarmante arbitrariedad, es precisamente el que plantea mayores problemas al derecho administrativo actual en virtud a que su generalización provoca un aumento proporcional en la magnitud de la actividad discrecional del Estado y al hecho de que el ordenamiento no ha establecido el principio de la igualdad de acceso a ellas por parte de los administrados sino, sólo para ciertas materias (v. gr., concursos para adjudicar la realización de proyectos industriales con beneficios fiscales).

#### 3º Autorizaciones personales o reales

Esta clasificación tiene en cuenta el interés personal o real, que constituye el núcleo central de la autorización. Si ésta ha sido otorgada en atención a las condiciones personales que debe reunir el beneficiario, es dable concluir que ella se encuentre permanentemente subordinada al cumplimiento de las cualidades personales del titular de la autorización. Por lo tanto, también es lógico pensar que ellas tengan plazo de duración determinado no sólo para facilitar el control sino porque previsiblemente existe un tiempo a partir del cual no puede asegurarse el mantenimiento de las condiciones personales que la autorización demanda (v. gr., autorización para conducir). En virtud de su propia naturaleza esta clase de autorizaciones son intransmisibles.

La situación descripta cambia radicalmente, en punto a su régimen jurídico, en aquellos casos en que la autorización se ha concedido, fundamentalmente, en atención a la cosa u objeto que constituye el contenido de aquélla. En estos supuestos, no existe ninguna limitación ni prohibición que pueda restringir la libre transmisibilidad de la autorización, sin perjuicio de la posibilidad de que el ordenamiento imponga al administrado la carga o el deber de informar cuando ocurra la transferencia en su titularidad.

### III. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA AUTORIZACION PARA EDIFICAR

La naturaleza real, y por tanto jurídica, de la autorización para edificar es la de un acto administrativo reglado que levanta una condición impuesta al ejercicio de un derecho preexistente, para una operación determinada y requerida en virtud de la necesidad de armonizar el derecho privado con el interés público o bien común. De esta noción se desprenden sus notas esenciales: a) es un acto administrativo, aplicándosele en consecuencia todo el bloque de legalidad que rige este tipo de actos tanto en lo que concierne al derecho sustantivo (requisitos de la actividad y de los sujetos u órganos intervinientes) como al derecho adjetivo que rige la impugnación de estos actos en sede administrativa y judicial; b) se trata de un acto emitido en ejercicio de la actividad reglada que reconoce un derecho preexistente. En tal sentido si el administrado cumple con todos los recaudos establecidos para el otorgamiento de la autorización, la misma no puede serle negada; c) es una autorización "por operación" donde al concederla la Administración se despoja del poder jurídico de formular objeciones, sin crear "a posteriori" ningún vínculo de carácter permanente derivado de la misma que pueda incidir en la estabilidad de la autorización otorgada. En este sentido, la aprobación final de la obra -exigida en numerosos ordenamientos locales- constituye un acto distinto y separable cuya denegatoria no enerva el derecho a edificar resultante de la autorización; d) no crea un derecho subjetivo "ex novo", limitándose a reconocer la existencia de un derecho subjetivo preexistente, de naturaleza privada, cuyo ejercicio faculta la autorización para edificar. Lo que acontece, según la gráfica expresión de González Pérez es "una superposición de la ordenación jurídico-administrativa sobre la privada" que aun cuando no produce la creación de un derecho subjetivo nuevo lo reconoce "y, por tanto, opera respecto de la misma el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos subjetivos"<sup>(3)</sup>; e) por último, y no menos trascendente, la autorización para edificar traduce una actividad administrativa realizada en función de los fines de interés público que en cada caso precisa el ordenamiento jurídico, cuyo apartamiento provoca el vicio de desviación de poder (véase art. 7º, inc. f y art. 14, inc. b, ley 19.549 -ADLA, XXXIX-C, 2339, actualizada por Miguel Danielián y Juan C. Pereira Pinto-), que es plenamente fiscalizable en sede judicial.

De todo lo expuesto se desprende que el sometimiento del propietario del inmueble a las reglamentaciones edilicias, le otorga, al margen de su derecho privado de dominio, verdaderos derechos subjetivos frente a la Administración.

O sea, que aun cuando quien solicita una autorización para construir sustenta esta pretensión en su derecho privado de dominio -preexistente al cumplimiento de las condiciones edilicias- por efecto de su sometimiento a ellas, adquiere innegables derechos subjetivos de derecho público, a saber: a) a que se le conceda la autorización para construir, bajo las condiciones previstas en los códigos de edificación; b) a ejecutar la edificación autorizada; c) a la estabilidad de la autorización otorgada, es decir, a que no se modifiquen las condiciones a posteriori del momento en que se otorgó la autorización; d) a que se apruebe la obra ejecutada con ajuste a las disposiciones edilicias que determinaron la autorización.

Por todo ello, puede decirse que el derecho a edificar, emanación del dominio privado, tiene un modo de ejercicio fijado por disposiciones administrativas, que le hace trascender al derecho público. Ese "modo de ejercicio" importa, por un lado, la imposición de restricciones administrativas, al titular del dominio y, por otro, la adquisición de derechos por parte de éste, frente a la administración, porque se produce una especie de superposición, concretándose una parte del derecho preexistente en un derecho público, desde el momento en que pasa a ser regido por el derecho administrativo.

Significa lo expuesto que por el hecho de marcar el ordenamiento administrativo el modo en que debe ser fijado el derecho a edificar, al propio tiempo le garantiza al administrado el ejercicio de tal derecho, si éste cumple las exigencias reglamentarias. Porque aquí no se debe perder de vista que así como las leyes civiles "reglamentan" el derecho de propiedad en el ámbito privado, los códigos de la edificación formulan idéntica reglamentación en el ámbito del derecho público. El poder de policía es esencialmente un poder de reglamentación de derechos y reglamentar no es "degradar" el derecho, sino delimitar los contornos con tal derecho.

La reglamentación edilicia -llamada por lo general Código de la Edificación- estatuye que para construir un edificio se requiere la autorización de la administración se otorgue en forma expresa, o bien como en algunos otros sistemas, que se pueda deducir en forma implícita cuando pueda comenzar a ser realizada la construcción inmediatamente después de la presentación de los planos. En ese caso la Municipalidad trasladaría la responsabilidad al titular del dominio que presentó los planos, e incluso, el autor de esos planos.

La autorización para edificar va implícita en el acto administrativo de aprobación de los planos. Autorización para edificar y aprobación de planos son una misma cosa y así surge con claridad de los Códigos de Edificación de los Municipios. El acto por el cual se concede la autorización -mediante la aprobación de los planos- es un acto administrativo de peculiar factura, que tiene su especialidad propia dentro del género de las autorizaciones de policía.

Desde otro ángulo, se ha visto que la autorización para construir es un acto "reglado" o "vinculado", es decir, un acto en el cual, por concurrir los requisitos de hecho o de derecho exigidos por la norma para su emisión el mismo debe ser emitido. El derecho que nace de un acto "vinculado" o reglado tiene sólida consistencia. Se trata de un derecho perfecto y no de un derecho precario, porque del \_\_\_ otorgamiento nace un derecho subjetivo pleno del administrado, que constituye, a su vez un límite a la facultad revocatoria.

En definitiva la naturaleza peculiar de la autorización para construir permite extraer sus principales notas y caracteres, a saber: a) expresa el control de la autoridad sobre el ejercicio de un derecho preexistente que le corresponde al administrado y que ha sido sometido a reglamentación administrativa; b) órgano administrativo no tiene poderes arbitrarios para conceder o negar la autorización debiendo limitarse a comprobar las circunstancias que en la reglamentación previa se contengan como condiciones de la autorización de ello se desprende que el administrado que hubiera cumplido las circunstancias predeterminadas, tiene derecho a la autorización; c) al administrado le basta con demostrar que reúne los requisitos exigidos por la reglamentación; d) de la autorización nace un derecho, adquirido para el administrado, que éste puede oponer a la pretensión revocatoria de la administración, con independencia de la aprobación final de la obra ejecutada.

#### IV. REVOCACION POR ILEGITIMIDAD Y POR RAZONES DE INTERES PUBLICO

##### A) Revocación por ilegitimidad

Como se sabe la presencia de un vicio en el acto administrativo abre la posibilidad de que la Administración Pública haga uso de su potestad revocatoria en sede administrativa, cuando el respectivo acto sea irregular, es decir, cuando adolece de nulidad absoluta (4) (art. 17, ley 19.549, con las modificaciones de la ley 21.686). Pero aun de configurarse un acto irregular (en sentido técnico) el poder de revocar los actos de los cuales ha nacido un derecho subjetivo se detiene en los casos en que esos derechos se estén cumpliendo, o lo que es lo mismo, el acto se encuentre en vías de ejecución (5).

En la Provincia de Buenos Aires, el régimen es todavía más favorable a la estabilidad de los actos administrativos porque de acuerdo al art. 114 de la ley 7647 (ADLA, XXX-C, 2822) la Administración no

puede "revocar sus propias resoluciones notificadas a los interesados y que den lugar a la acción contenciosoadministrativa, cuando el acto sea formalmente perfecto y no adolezca de vicios que lo hagan anulable".

En el caso de la autorización para construir la aplicación de ese criterio hace que la revocación por razones de ilegitimidad resulte improcedente en dos supuestos: a) cuando la obra comenzó a ejecutarse, iniciándose -por ejemplo- los trabajos de excavación; b) si la obra fue levantada, analizando la pertinente construcción. En tal caso, la autorización se extingue por cumplimiento del objeto y no puede ser revocada por ilegitimidad en sede administrativa. Esta solución se justifica y se concilia con el caso enunciado en el punto anterior ya que no puede existir una solución más rigurosa cuando la prestación ha sido cumplida que cuando está en su etapa de cumplimiento.

Como la revocación por ilegitimidad, decretada en sede administrativa, equivale en definitiva a una nulidad, ella obliga a reparar las consecuencias dañosas del acto inválido que están a cargo de la parte que ha causado el vicio (arg. art. 1056, Cód. Civil, aplicable por analogía). Esa responsabilidad, en el caso de la revocación de la autorización para edificar, cuando es imputable a la Administración, es objetiva y se independiza de la culpa del funcionario, pues se configura una falta de servicio (6).

Pero a diferencia de la injusta solución, que se predica en derecho civil, el derecho administrativo no puede admitir que el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios, derivado de la revocación por ilegitimidad, comience a computarse a partir del acontecimiento ilegítimo, porque en tal caso el particular se halla frente a un acto estatal que, por principio, se presume legítimo y donde el poder revocatorio reside en el órgano administrativo, de haber en el acto una nulidad absoluta (arts. 12 y 17, ley 19.549).

#### B) Revocación por razones de interés público

Este tipo o especie de revocación, que a título de excepción permite el ordenamiento jurídico, importa, en el caso de la autorización, para construir, el sacrificio del derecho del administrado por el interés general, previa indemnización de los perjuicios resultantes, dado que este instituto se rige por las mismas reglas que la expropiación por causa de utilidad pública.

Cuadra distinguir aquí dos supuestos distintos, según que la revocación obedezca a razones de mérito que alega la Administración para un caso particular y concreto, o que la extinción provenga de una conducta reglada a raíz de una modificación operada en el derecho objetivo.

En el primer supuesto, se trata de una simple revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia que decide y ejecuta la propia Administración en base a un criterio administrativo determinado por las modificaciones de hecho existentes al momento de autorizarse la edificación (7).

Su procedencia debe ajustarse a ciertos requisitos y límites que condicionan la pertinente potestad, a saber: a) los perjuicios deben estimarse previamente por la Administración y consignarse judicialmente a la orden del administrado por aplicación de las reglas imperantes en materia de expropiación; b) la administración ha de tener adjudicada la respectiva potestad por norma de rango legislativo; c) el interés público que motiva la revocación ha de ser de igual orden y naturaleza que el acto objeto de la revocación (8). En este sentido, una autorización para construir sólo puede ser revocada por razones urbanísticas; d) si la autorización para construir ha comenzado a ejecutarse, no se puede revocar la autorización, sin perjuicio de la potestad expropiatoria. Esto es así en virtud de la incorporación del derecho al patrimonio del administrado y en mérito a que ella se ejerce sobre su derecho individual de dominio, donde el efecto principal de la autorización, que era levantar una condición, se ha cumplido.

A título excepcional, aun cuando el vicio, es de nulidad relativa, el acto administrativo puede ser revocado por ilegitimidad en el supuesto de que el administrado hubiera conocido el vicio (9), ¿Cómo debe ser ese conocimiento? En nuestra opinión debe tratarse de un conocimiento fehaciente que no es susceptible de presunción (v. gr. el propio reconocimiento del vicio en el expediente administrativo o cuando el vicio le fuera imputable al administrado).

Los efectos del acto de revocación por razones de ilegitimidad son siempre, ex tunc, es decir, tiene efecto retroactivo, solución que es compartida por el derecho brasileño aun cuando allí se utiliza el término "anulación" (10).

## V. ORIENTACION EN EL DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

### A) Doctrina y jurisprudencia comparadas

En España, si bien el ordenamiento autoriza en general a revocar las licencias por: a) cambio de las

circunstancias que motivaron su otorgamiento y b) por la adopción de nuevos criterios de apreciación, tanto la doctrina, como la jurisprudencia han considerado que estas causales no pueden aplicarse a las licencias relativas a las condiciones de una obra o instalación.

A este respecto, se ha dicho (11) que la causal de revocación por cambio de circunstancia carece de sentido en los casos de autorización relativas a las condiciones de una obra o instalación: en virtud a que el otorgamiento o la denegación de la licencia se hace en función de las circunstancias que existen en el momento de formular la petición.

En lo que concierne a la revocación de la autorización para construir por nuevos criterios de apreciación instituidos por el ordenamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha establecido que aun cuando se modifique el ordenamiento urbano durante la tramitación del procedimiento de otorgamiento de las licencias, éstas han de resolverse sobre la ordenación vigente en el momento de iniciación del mismo y una vez otorgada la licencia el cambio de ordenación no producirá en las edificaciones e instalaciones erigidas con anterioridad, otros efectos que los que resulten de la calificación de fuera de ordenación, no reconociendo a los ayuntamientos la potestad de revocar la licencia por el cambio de derecho objetivo, aun cuando sea con el resarcimiento de daños y perjuicios.

Otro supuesto que contempla la doctrina española no es ya la modificación de las normas urbanísticas sino el de la anulación del respectivo plan por considerar que es violatorio el ordenamiento jurídico (12).

Al respecto, se ha considerado, aplicando el art. 120, 1ª parte de la ley de procedimientos administrativos que las licencias otorgadas de conformidad al plan declarado inválido no quedarán anuladas en forma automática como consecuencia de la nulidad del plan (13).

Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ha sentado con su gran sentido de la justicia y de la realidad, un conjunto apreciable de criterios y reglas para resolver importantes cuestiones planteadas en relación a las autorizaciones para edificar.

Ha dicho que, una vez obtenido el permiso de construir crea derechos a favor del beneficiario (C. E. 30 de noviembre de 1966, dame Martín) (14).

El Consejo de Estado sostuvo también que el permiso otorgado continúa produciendo sus efectos, aun si la reglamentación se modifica: los trabajos pueden de esa forma ser efectuados, aunque ellos sean contrarios a un plan, aprobado en aquel momento (C. E. 27 de enero de 1978, Garnier, en el mismo sentido a propósito de las decisiones del acuerdo: C. E. Ass. 3 de marzo de 1967, Ministerio de la Construcción c. Soc. Behr Manning y Soc. de Abrasivos Norton).

Resulta también que las nuevas condiciones no pueden ser impuestas (C. E. 23 de octubre de 1974, S. C. I. Soc. Anne), y que el permiso, una vez otorgado, no puede ser en principio revocado (C. E. 20 de enero de 1960, Zagame). Asimismo, la posesión de un permiso lleva al juez a reconocer la existencia de un perjuicio indemnizable para aquel a quien se le impide construir (C. E. 21 de julio de 1972, Valchil).

Los derechos adquiridos no pueden ser invocados por el beneficiario si él quiere modificar su proyecto de manera importante: el administrado no puede entonces pretender obtener un permiso modificatorio sino que debe obtener uno nuevo (C. E. 6 de abril de 1979, C. S. I. Europe Verte).

#### B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El alto tribunal tuvo la oportunidad de abordar la cuestión relativa a la revocación de una autorización para construir en el fallo Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros (15).

Se trataba de un decreto del intendente de la ciudad de Buenos Aires que había dejado sin efecto la autorización para construir un inmueble en la zona de Palermo Chico, después que el titular de la misma había realizado ya diversas obras de excavación, submuración y pilotaje.

Según lo interpretó la Cámara Civil, en ese caso se trató esencialmente de una revocación por razones de ilegitimidad fundada en la interpretación defectuosa de una ordenanza que determinaba la altura de los edificios. Se sostuvo en la sentencia de la Cámara que la autorización adoleció de un defecto inicial en función a la incompatibilidad que existía entre el acto que se revocó y las normas que existían en materia urbanística al tiempo de ser dictada, considerando que el problema interpretativo consistía en determinar si la altura de 35 metros establecida para la zona de Palermo Chico era máxima, concluyendo en que una interpretación contraria implicaría un deterioro sustancial en el contorno edilicio de la Plaza República de Chile.

De ese modo el tribunal llegó a la conclusión de que la autorización revocada tenía dos tipos de vicios: a) transgresión al ordenamiento positivo municipal (error en la causa); b) contradicción inicial del acto con el interés público (vicio en el elemento finalidad).

Esta última causal fue precisamente la que permitió fundar la procedencia de la revocación del acto en sede administrativa por tratarse de un vicio de nulidad absoluta, si bien resultaba discutible su reconocimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 19.549, dado que el acto había tenido principio de ejecución (16).

La Corte sostuvo -al entender en un recurso de hecho deducido por el impugnante- que cuando el acto administrativo no adolece de nulidad manifiesta la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

Luego de señalar que la ilegitimidad de la autorización para construir no le fue evidente al tribunal sentenciante, estableció que, "por lo demás, la autorización para edificar en cuestión fue indebidamente calificada de irregular porque no se dictó con grosero error de derecho que superara lo meramente opinable en la materia jurídica urbanística. La interpretación del derecho municipal aplicable a dicha autorización resultó asunto de 'intrincada hermenéutica' para el mismo tribunal sentenciante. No se debatió vicio de competencia, moralidad, expresión de la voluntad administrativa, forma a causa del acto, siquiera oculto. Tan solo se controvertió su contenido objetivo en punto a la legitimidad de éste que se ha juzgado contrario al orden jurídico municipal entonces vigente. Sin embargo, es claro que aun en ese aspecto el acto no fue manifiesta ni evidentemente, inválido. Más allá de la difícil inteligencia de las normas locales aplicables, no resulta de suyo inopinable haber juzgado que la construcción de un edificio, en torre en el área de Palermo Chico no contrariaba los valores arquitectónicos y plásticos existentes en la zona urbana aludida como lo pone de relieve el dividido parecer de los expertos. Por ello, porque el acto no superó lo opinable en materia jurídica y estética arquitectónica, resulta arbitrario calificarlo de irregular en el sentido que a dicho concepto jurídico ha asignado la jurisprudencia de este Tribunal, admitido por el a quo. A igual conclusión se arriba examinando la finalidad del acto que debió ajustarse al interés público. Por la relación que dicha finalidad guarda con su objeto, al no ser irregular éste, debería mediar evidente desviación de poder para irregularizar el acto en su finalidad, extremo que dista mucho de haberse acreditado en la causa".

Agrega la Corte que:

"Por consiguiente, el decreto municipal 5/1971 no constituyó un acto de revocación por razones de irregularidad de la autorización acordada sino que mediaron motivos de oportunidad, mérito o conveniencia ya que a la fecha de dictarse el citado decreto estaba en vigor la ordenanza 25.132, posterior al permiso que derogara la ordenanza 24.077 en cuya base se concediera éste y disipara las dudas interpretativas a que ella diera lugar, prohibiendo inequívocamente la erección de edificios en torre en la zona edilicia de Palermo Chico".

Con respecto a la indemnización debida, el alto tribunal dijo que la falta de determinación de la indemnización, "aunque más no sea en forma provisional, de que adolece el decreto recurrido, según se arguye, tampoco puede contrariar la garantía de la propiedad toda vez que tal indemnización podrá ser reclamada por la vía y forma que corresponda".

Creemos que la jurisprudencia establecida por la Corte en el caso Pustelnik no contribuye a la seguridad jurídica, siendo pasible de las siguientes críticas de orden general:

1º confunde el carácter regular que puede poseer el acto administrativo (acto válido o de nulidad relativa) con el carácter manifiesto o no de la invalidez, la que hace a la apariencia o exterioridad del defecto y no a su esencia o naturaleza;

2º al convertir o transformar una revocación por ilegitimidad por una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia el tribunal es quien determina el interés público o la utilidad pública (bien común), lo cual no es su función, máxime cuando tal incompatibilidad fue cial, lo que siempre determina un vicio de ilegitimidad. Desde este punto de vista, si la Corte hubiera estimado que no existió tal vicio, la conclusión que se imponía era la nulidad del decreto revocado y el reestablecimiento de la autorización extinguida y declarar que la revocación por ilegitimidad constituyó una falta de servicio y como tal indemnizable (17).

3º por último, en lo que atañe al pago de la indemnización en una revocación por razones de oportunidad, creemos, a contrario de lo que sostiene el fallo, que deben aplicarse los principios que rigen en la materia expropiatoria ofreciendo abonar o depositando el importe provisional de los daños a fin de mantener incólume la intangibilidad del patrimonio del administrado protegido por la garantía de la propiedad consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional, que exige que el sacrificio de bienes privados por razones del bien común, sea previamente indemnizado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Conf. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, ps. 123 y sigs., Madrid, 1981, quienes seguimos en este punto.

(2) DROMI, José Roberto, "Derecho subjetivo y responsabilidad pública", p. 83, Bogotá, 1980.

- (3) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Las licencias de urbanismo" ps. 109, y 110, Madrid, 1978. Este autor transcribe una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 1978 que señaló que las licencias de urbanismo no constituyen "actos constitutivos o creativos de derechos sino actos que permiten el ejercicio de un derecho preexistente, previa tramitación, por el órgano que las concede del interés particular que dicho ejercicio puede encerrar frente al público y superior de que es guardián y celador".
- (4) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, ps. 605 y sigts., Buenos Aires, 1981.
- (5) Véase: CNFed. Contenciosoadministrativa, sala III, "in re": "Rodríguez Blanco de Serrao c. Gobierno nacional fallado el 13/11/79.
- (6) A nuestro juicio se trata de un supuesto comprendido en el art. 1112 del Cód. Civil, que no se refiere a la responsabilidad del funcionario sino a la del Estado por la irregular o defectuosa prestación del servicio (criterio objetivo).
- (7) Véase: PRAT, Julio A., "Derecho administrativo", t. I, ps. 190-191, Montevideo, 1978, quien sostiene la improcedencia de la revocación en aquellos actos, de cumplimiento instantáneo, en virtud de que la producción de sus efectos se opera de una sola vez, posición que adoptan originariamente en Uruguay SAYAGÜES LASO, que nosotros compartimos.
- (8) Conf. ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", t. I, p. 352, trad. del italiano, Barcelona, 1970. GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 359, Madrid, 1966.
- (9) Art. 18, in fine, de la ley 19.549, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686 (ADLA, XXXVIII-A, 5).
- (10) LOPEZ MEIRELLES; Hely, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 178, 6ª ed. San Pablo, 1978.
- (11) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Las licencias de urbanismo", p. 437, Madrid, 1978, agrega este autor que "una vez otorgada y ejecutada la obra, ésta permanecerá inalterable, no puede variar salvo el natural deterioro por el transcurso del tiempo, por tanto, si lo que varía es el entorno, las circunstancias externas a la obra no pueden tener virtualidad para imponer la extinción de las licencias (ob. cit. p. 437).
- (12) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, ob. cit. ps. 163, 164 y 439.
- (13) GONZALEZ PEREZ, Jesús, ob. cit. p. 441.
- (14) GILLI, J. P.; CHARLES, H.; y de LANVERSIN, J., "Les grands arrêts de droit de l'urbanisme", p. 162, París, 1981.
- (15) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 293, ps. 133 y sigtes. (Rev. LA LEY, t. 1976-A, p. 41).
- (16) Con anterioridad sostuvimos una interpretación más favorable a la procedencia de la revocación por ilegitimidad en sede administrativa ("La ilegitimidad origen de una autorización para edificar y la procedencia del acto administrativo que dispuso su revocación", Rev. E. D., t. 49, ps. 283 y sigts.).
- (17) Constituye un error común sostener que la revocación por ilegitimidad no genera el deber de restituir o reparar el daño causado conforme al principio que emerge del art. 1056 del Cód. Civil, aplicable por analogía al Derecho Administrativo. En tales casos, habrá obligación de reparar los daños cuando estos no sean imputables al administrado y puede la Administración ser responsabilizada por falta de servicios de acuerdo al criterio general establecido en el art. 1112 del Cód. Civil.