

## **El conocimiento del vicio**

### **A propósito de su alcance e implicancias**

Por Florencia Cairella

#### **1. Introducción: La cuestión del conocimiento del vicio y el problema de la insuficiencia de su regulación actual [\[arriba\]](#)**

La habitualidad con la que la Administración dispone la revocación por sí y ante sí de actos administrativos ha llevado a que institutos como el conocimiento del vicio, como causal de revocación de los actos administrativos regulares o irregulares estables, adquiera enorme virtualidad y especial relevancia.

El instituto del conocimiento del vicio, contemplado en el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, integra la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, por lo que, aplicado al momento de desarrollar la actividad revocatoria de la Administración, su alcance debe ser definido por esta.[1] La fórmula elástica[2] que representa el sintagma del conocimiento del vicio ha llevado a que, desde el punto de vista normativo, no exista determinación o lineamiento alguno respecto de su alcance y concreta aplicación, lo que puede llevar, en la práctica, a dificultades en su aplicación.

El instituto bajo análisis es de vital importancia para el esquema normativo vigente; por tanto, debería contar con previsiones que brinden mayores precisiones sobre sus alcances e implicancias siempre que, como dijimos, su estructuración actual puede generar soluciones disímiles frente a situaciones prácticas similares.

A lo largo del presente trabajo, se realizará un análisis de las principales concepciones que, tanto los tribunales, como la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina, han esbozado alrededor del instituto del conocimiento del vicio, buscando delinear algunas posiciones que entendemos, deberían reflejarse en una eventual regulación del instituto, teniendo siempre en miras su compatibilización con los valores y principios del Estado constitucional social de derecho vigente en la República.

Respuesta provisional: intervención y guías para su conceptualización  
Tal como hemos expuesto, entendemos que la configuración actual del conocimiento del vicio se presenta insuficiente. Es por ello que, a continuación, se propondrá una línea de regulación parcial respecto de este sintagma, cuyas proyecciones prácticas ayudarían a garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa y la defensa misma de los principios y derechos constitucional -y convencionalmente- consagrados, a través de la audiencia previa y el establecimiento de pautas guía a los efectos.

#### **2. El conocimiento del vicio: su formulación [\[arriba\]](#)**

##### *2.1. Formulación en los distintos niveles. Fundamentos de su actual caracterización y de la caracterización propuesta*

En palabras de SAMMARTINO[3], el reingreso del principio de juridicidad desde los valores y principios del Estado constitucional de derecho contemporáneo, no solo incide sobre la estructura sistemática de ordenación de la función administrativa,

sino que además gravita de manera relevante sobre el producto que emana de este, el acto administrativo y su régimen. Desde este enfoque, reexaminaremos el sintagma del conocimiento del vicio.

Nuestra Corte Suprema no se pronunció respecto del instituto del conocimiento del vicio, sino hasta 1998, donde en la causa “Almagro, Gabriela y otra c. Universidad Nacional de Córdoba”, dispuso la aplicación de las excepciones a la estabilidad del acto regular al ámbito del acto irregular, por cuanto una conclusión en contrario implicaría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno anulable.[4]

En lo que respecta a dicho instituto, indica NIELSEN ENMARK que con anterioridad al referido fallo Almagro, aquel solía abordarse en torno al art. 902 del Código Civil, en tanto deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, como correlativo de la dimensión de la obligación asumida[5], aunque también se ha hecho referencia a aquel, en tanto existencia de un error grave que supere lo meramente opinable (Fallos 265:349) y en tanto, deber de conocer la normativa (Fallos 310:2278).

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha esbozado a lo largo de sus Dictámenes, distintas locuciones respecto al alcance del sintagma del conocimiento del vicio, sin un patrón determinado o uniforme que permita identificar una clara línea interpretativa, sino más bien realizando una adaptación del concepto, de acuerdo con las circunstancias sometidas a su análisis over a case by case analysis.

En este sentido, por ejemplo, en Dictámenes 261:118, se entendió que el falseamiento de declaraciones juradas implicaba el conocimiento del vicio por parte del particular, ya que la voluntad de la Administración quedaba excluida, como consecuencia directa del accionar de aquel.

Por otra parte, en Dictámenes 170:155, se utilizó el criterio de la entidad del vicio para conceptualizar el conocimiento por parte del particular, mientras que en Dictámenes 172:424, el foco estuvo puesto en la connivencia dolosa entre el administrado y el funcionario como fundamento para sostener la revocación de un acto estable.

A su vez, la Procuración también hizo eco, por un lado, del grado de evidencia del vicio en cuestión, al dictaminar que el conocimiento se presume cuando el vicio sea manifiesto, al contrastar el acto viciado con el orden jurídico (Dictámenes 249:547 y 249:324).

Frente al abanico de esquemas hermenéuticos, que se han delineado alrededor del conocimiento del vicio, RODRIGUEZ[6] ha realizado una sistematización de la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro, que básicamente ha considerado los siguientes estándares: (i) conocimiento del vicio como connivencia dolosa (Dictámenes 153:213, 172:424, 195:49, 175:143, entre otros); (ii) conocimiento del vicio como ausencia de buena fe (Dictámenes 150:125, 180:125, 195:49, entre otros); (iii) conocimiento del vicio como mala fe, exteriorizada en la falta de comunicación de este a la Administración (Dictámenes 200:133, 191:96, entre otros); (iv) conocimiento del vicio sustentado en la entidad de este (Dictámenes 207:517, 277:196, entre otros); (v) conocimiento del vicio derivado de la presunción de conocimiento del derecho (Dictámenes 259:11, 245:280, entre otros); (vi) conocimiento del vicio sin necesidad de mala fe (Dictámenes 249:447,

237:512, entre otros); (vii) conocimiento del vicio como mero contraste con el orden jurídico (Dictámenes 261:26); (viii) conocimiento del vicio como vínculo con los indicios razonables, como ser la alta especialización (Dictámenes 268:172, entre otros).

Entre las posturas más estrictas, respecto del alcance del conocimiento del vicio, GORDILLO[7] sostiene que no basta con el mero conocimiento que el particular tenga del vicio para que el acto carezca de estabilidad, sino que se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, en relación con la emisión del acto cuya revocación se trata.

Por su parte, CASSAGNE[8] se inclina por considerar que el criterio de conocimiento del vicio debe limitarse a los supuestos de invalidez manifiesta, mala fe y casos en los que el vicio sea imputable al particular.

Otras posturas han sostenido que el conocimiento del vicio alude a la situación de quien hubiese advertido efectivamente que el acto padece de un defecto estructural, lo haya comunicado o no, según las particulares circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar, hubiera podido percibir el vicio.

Una postura extrema es sostenida por BUTELER[9], para quien la adquisición de un derecho mediante un acto administrativo -sin importar su nulidad- integra el concepto de propiedad, de la que únicamente puede privarse a su titular en virtud de una sentencia fundada en ley. De allí que no existiría alternativa constitucional para revocar actos nulos de nulidad absoluta en sede administrativa.

Por su parte, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, al fallar en las causas “Guarrochena” (1988) y “Wainstein” (1989), sostuvo que la mala fe no puede ser presumida y, por tanto, no puede entenderse respecto de todo acto viciado que se trate de un vicio cognoscible y conocido, por lo que materia de cuestiones opinables no correspondería imponer una sanción de revocación.

## *2.2. Proyecciones prácticas de una propuesta de regulación parcial según los estándares del Estado constitucional de derecho*

Como surge de lo expuesto, la versatilidad que acompaña al concepto bajo análisis puede llevar, dependiendo de la concreta aplicación que se le dé, a soluciones diametralmente opuestas.

Coincidimos con quienes sostienen que el eje de estas variaciones debe residir en el reconocimiento de la gravitación jurídica del principio dignidad humana y de los derechos humanos fundamentales que le son inherentes, para desde allí, determinar la estructuración y finalidad de todas las parcelas del acto administrativo. Esto, siempre que: “en el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho, la teoría del acto administrativo tiende a depurar cada una de sus piezas según la Constitución, procurando, además, que la interpretación y aplicación de las normas de derecho interno se conformen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y asuman, como guía de interpretación, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [10]

En este orden de ideas, es claro que las conceptualizaciones dadas al conocimiento del vicio que parten del conocimiento del derecho, el mero contraste con el ordenamiento jurídico o la falta de requerimiento de mala fe, no son acordes a los principios anteriormente mencionados, siempre que entendemos que no puede presumirse la mala fe de los particulares ni puede pretenderse la asignación de carácter objetivo y sancionador -puesto que, en definitiva, el conocimiento del vicio implica una excepción al principio de estabilidad- a un pretendido conocimiento del ordenamiento jurídico. Esta respuesta, a nuestro modo de ver, representaría un claro avance y en el plano de la proyección práctica, respecto de la evolución que entendemos se requiere para obtener un patrón de comportamiento regular de la Administración frente a este supuesto.

### **3. Conclusión: una propuesta en línea con el principio pro homine [\[arriba\]](#)**

A la luz de lo expuesto, creemos que existiría una mayor claridad en la aplicación del instituto del conocimiento del vicio, si se diera participación al potencial afectado previa decisión de la Administración y si se incorporaran a nivel normativo, algunas precisiones -aunque no acabadas, dado el carácter de la institución- respecto del alcance de dicha locución, con el objeto de limitar aquellas posturas que colocan en cabeza del particular la obligación de carácter objetivo de conocer el derecho y la actuación administrativa.

Compartimos la postura de quienes sostienen que debería considerarse el instituto del conocimiento del vicio como una construcción aislada e independiente de las demás nociones con las que se vincula, siempre que la definición que a este se le asigne podría hacer variar la suerte que corra un determinado acto.[11]

Así las cosas y como introdujimos más arriba Ancla, entendemos que un avance en la regulación bajo comentario podría darse mediante la específica previsión de una audiencia con el eventual afectado, que garantice su participación y efectivo ejercicio del derecho de defensa. Enseña COMADIRA que “toda anulación con fundamento en el conocimiento del vicio supone, necesariamente, la audiencia previa del eventual afectado (...). Así, no le bastará entonces a la autoridad administrativa con invocar simplemente el conocimiento del vicio por el administrado, sin dar a este la debida oportunidad de defenderse y acreditar que no lo conoció; pero si en ocasión de ser oído, no logra enervar la fundada imputación discernida por el órgano administrativo, (...) la mera advertencia de la existencia del vicio y su no comunicación son, por sí solas, circunstancias idóneas para habilitar la actuación anulatoria oficiosa”.[12]

Sin embargo, entendemos que la antedicha postura implicaría que el onus probandi respecto del desconocimiento se encontraría en cabeza del particular y que esto, como tal, implicaría una presunción en su contra, amparada en la mala fe, lo que no sería viable en el esquema del Estado constitucional social de derecho, cuya configuración compartimos.

Además, entendemos que la aplicación del instituto del conocimiento del vicio debe necesariamente implicar la valoración de la buena o mala fe con que ha actuado el administrado, analizando las distintas circunstancias fácticas que rodeen al caso en concreto.[13] Entendemos que la indeterminación con la que el régimen normativo actual ha adornado al conocimiento del vicio no presta las suficientes garantías para los administrados, exponiéndolos a situaciones que podrían dañar de forma palmaria, sus derechos más fundamentales, afectando de

forma directa la dignidad que los asiste y atacando infranqueablemente al principio pro homine, base de toda regulación y determinación de derechos.

En definitiva, es de la mano del rol de la administración como uno de los garantes de la eficacia práctica de la Constitución en el Estado constitucional social de derecho, que esta debe priorizar un actuar justo y razonable, no pudiendo olvidar el rol del administrado como colaborador de aquella.

Así, no podemos perder de vista que una conceptualización lo más clara y precisa sobre el alcance del conocimiento del vicio y de las guías que deben seguirse para interpretarlo será, sin duda, de gran ayuda, a la hora de limitar la discrecionalidad en la facultad revocatoria de la administración, muchas veces utilizada de forma descuidada y olvidando su verdadera finalidad de restablecimiento de la juridicidad, permitiendo superar la inestabilidad del concepto, que entendemos se genera como consecuencia de la vaguedad que lo gravita.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1]Cfr. NIELSEN ENEMARK, Carlos A., El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular, *El Derecho*, N° 14.320, 2017, pág. 747.

[2]Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos., La discrecionalidad administrativa, *Foro Jurídico* 9, disponible online en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18518/18758>, consultado el día 31/01/2019, 15:15 h.

[3]Cfr. SAMMARTINO, Patricio M. E., Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho, *El Derecho - ED*, 13.487, 2014, Buenos Aires, pág. 6.

[4]CS, Fallos 321:169, Considerando 5º: Que una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”.

[5]Cfr. NIELSEN ENEMARK, Carlos A., El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular, *ob. cit.*, pág. 754.

[6]Cfr. RODRIGUEZ, María J., La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos a los contratos administrativos, en *Procedimientos Administrativos*, Oscar Aguilar Valdéz, Fernando Juan Lima, Armando N. Canossa, Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperín (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2012, Tomo II, págs. 111-112.

[7] Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2009, Tomo II.

[8] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de Santiago del Estero*, *El Derecho*, págs. 211-818.

[9]Cfr. BUTELER, Alfonso, *Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio*. La Ley, E - 1143, 2013.

[10]SAMMARTINO, Patricio M. E., Precisiones sobre la invalidez del acto

administrativo en el Estado constitucional de derecho, ob. cit.

[11]Cfr. NIELSEN ENEMARK, Carlos A., El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular, ob. cit., pág. 748.

[12] COMADIRA, Julio R., Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos del Derecho Administrativo, Cap. IX, La Ley, pág. 669.

[13]Cfr. COMADIRA, Julio R., Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2003, T. I., nota 1393.