

“KEK” O EL PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA
Director del Instituto de Derecho Público de la
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

*“Qué culpa tiene el tomate
que está tranquilo en la mata”*
(Quilapayún, 1968)

SUMARIO: I. Introducción. II. La estabilidad. III. El principio y la excepción. IV. ¡Que la tortilla se vuelva! V. “KEK”.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado tiene el deber de respetar el ordenamiento jurídico y los derechos que este garantiza. Cuando advierte que no lo ha cumplido, ha de remediarlo. En los casos en que existan vicios graves en un acto administrativo, debe revocarlo. En caso de que tal vicio no sea tan grave, podrá subsanarlo.

En ese trajín, sin embargo, debe contemplar también otros valores como la seguridad jurídica y, quizás más importante, el derecho de defensa de las personas que podrían verse afectadas por la modificación o revocación de un determinado acto viciado¹.

En este sentido, se ha explicado que:

“Todo el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra las situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar

1 Pues, la seguridad jurídica que se intenta proteger no es otra que la del nuevo titular de los derechos nacidos al amparo del acto cuestionado. Ello es así en tanto la estabilidad es un instituto que solo cobra virtualidad frente a los actos administrativos generadores de dichos derechos (ver en este punto GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo, T. III, El acto administrativo, 8ª ed., FDA, Buenos Aires, 2004, cap. VI §1, p. VI-2, en el mismo orden de ideas, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo - Notas de Agustín Gordillo, T. I, op. cit., p. 546.).

situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*².

II. LA ESTABILIDAD

Para modular tan difícil equilibrio, el Derecho Administrativo ha recurrido a la herramienta conocida como “la estabilidad del acto administrativo”³. Medularmente, esta garantía exige que, cumplidos ciertos recaudos formales, los derechos que fueran concedidos por un acto administrativo, sea válido o antijurídico, no pueda ser revocado administrativamente. Por lo que, en caso de corresponder, la Administración se verá obligada a solicitar su modificación o nulidad ante el Poder Judicial, en el marco de una acción o pretensión de lesividad⁴.

Es decir que, frente a una ilegitimidad, el Estado sigue obligado a restablecer la juridicidad de su accionar, pero también es su deber permitir que la persona titular de los derechos nacidos del acto en crisis pueda defenderlos ante una autoridad imparcial e independiente.

La Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos regula esta cuestión en el artículo 17 para los actos gravemente viciados, pasibles de nulidad absoluta, a los que denomina irregulares⁵.

El artículo 18, por su parte, se dedica a los actos válidos y a aquellos que ostenten un vicio leve y que, por ende, puedan ser subsanados. Ambas especies

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo - Notas de Agustín Gordillo, T. I, 1ª ed. argentina, Thomson - Civitas - La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 654, § “F”.

3 Para un análisis completo del instituto de la estabilidad y la totalidad de sus excepciones ver GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo, T. III, op. cit., cap. VI. En especial el instituto del conocimiento del vicio por parte del administrado, encuentra su precedente doctrinario en el proyecto legislativo de 1964 del autor citado (GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo, T. III, op. cit., cap. VI, §10.1, p. VI-18). Asimismo, puede verse una sistematización de las distintas doctrinas elaboradas sobre el particular en COMADIRA, JULIO PABLO, “¿Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Suplemento de Derecho Administrativo, www.eldial.com.ar. Asimismo, ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”, LL, 2007-C, 376 y REJTMAN FARAH, MARIO, “¿Un Derecho Administrativo en Retirada?” en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), Estudios de Derecho Público, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013, p. 251 y ss (disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>)

4 Cfr. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “Pretensiones administrativas”, en FERNÁNDEZ, SERGIO (dir.), Derecho Procesal Administrativo, Ciudad Argentina-Hispania Libros, Buenos Aires, 2016, p. 65 y ss.

5 Artículo 17, Ley 19.549: El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

conforman el género de actos regulares y participan de las mismas reglas sobre la estabilidad⁶.

III. EL PRINCIPIO Y LA EXCEPCIÓN

La división entre actos regulares e irregulares, sumada al hecho de que la ley establezca que los últimos “deben ser revocados” en sede administrativa y que los primeros no; convalidó una tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema que se ha cristalizado en el precedente “Astilleros Mestrina”. Puntualmente, allí se formula que la “supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración”. Como corolario de ello, el acto irregular “carece de la estabilidad propia de los actos regulares”, debido a “la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad”⁷.

De tal modo, la imposibilidad de revocarlo en sede administrativa dispuesta en el citado artículo 17 –para el caso de que se encuentre consentido y haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo– “constituye una excepción a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto [y] debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente”⁸.

Es decir, que ante una nulidad absoluta, la potestad (deber) revocatoria de la Administración es el principio y la estabilidad debe ser considerada excepcional y, por ende, interpretada en forma restrictiva.

IV. ¡QUE LA TORTILLA SE VUELVA!

Personalmente, no creo que este punto de vista sea acertado. Dos órdenes de razones motivan mi entendimiento.

Por un lado, es cierto que la Administración no “puede”, sino que “debe” revocar los actos irregulares, como dice la norma, “aun en sede administrativa”. Sin embargo, el hecho de que tal revocación no constituya una facultad discrecional⁹,

6 Artículo 18, Ley 19.549: El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado.

Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

7 CSJN, 14/09/2010. “Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía s/Cobro de sumas de dinero”, Causa A. 414. XLIV, considerando 10.

8 Ídem.

9 Cfr. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, en Alonso Regueira, Enrique (dir.) El control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes

no quiere decir que la ley haya establecido que, por principio, deba revocar por se dichos actos. Por el contrario, esta facultad reglada y obligatoria resulta comprensiva, también, de los casos en que el acto es estable y la compele a acudir a la Justicia mediante la referida acción de lesividad¹⁰. De modo que, cuando el acto irregular adquiere estabilidad, la Administración tampoco “puede” sino que “debe” requerir judicialmente su nulidad.

De este modo, no resulta plausible sostener que, como principio, la Administración se encuentre constreñida a restablecer administrativamente la juridicidad del acto descuidando el derecho de defensa del administrado que, precisamente, es protegido por el ordenamiento con la estabilidad de dicho acto.

Por el otro, como todos sabemos, existe otro principio que no puede dejarse de lado y que no puede entenderse como indiferente para la Administración: los actos estatales se presumen válidos. Pues, lo cierto es que la existencia de un vicio grave en los elementos esenciales del acto administrativo nulo de nulidad absoluta no lo despoja ipso iure de su validez. Para ello es necesario otro acto estatal, dictado por autoridad competente, que así lo declare.

En “Astilleros Mestrina” la Corte entiende que “supuesta la irregularidad (...) resulta en principio legítima la actividad revocatoria”. Sin embargo, el acto nunca es irregular de antemano, la irregularidad nunca está dada o “supuesta”. Por el contrario, constituye, precisamente, el objeto de la valoración que debe efectuar, ante la estabilidad del acto, el juez.

Es que el Estado, no sólo debe respetar el ordenamiento jurídico, sino también los derechos que este garantiza. Los derechos de la persona no sólo son relevantes, sino que se encuentran en el centro mismo de la escena.

Es por ello que los actos administrativos que no hayan generado derecho alguno no tienen estabilidad y pueden ser revocados sin problema alguno. No es casual que los únicos actos estables, sean regulares o irregulares, son aquellos de los que han nacido derechos subjetivos.

Entonces, tenemos que:

- a) Los actos administrativos que no generan derechos subjetivos pueden ser revocados en sede administrativa, sin que resulte relevante su regularidad o irregularidad, en tanto carecen de toda estabilidad.
- b) Los actos generadores de derechos subjetivos pueden dar lugar a tres situaciones particulares, según el caso:

y Control Extrajudicial, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2016, p. 47 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php> y “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes” en AA. VV., Estudios..., op. cit., p. 377 y ss.

¹⁰ Conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 343.

- (i) El acto regular dictado conforme a derecho no puede ser revocado por la Administración en sede administrativa si ha sido notificado.
- (ii) El acto regular levemente viciado tampoco, a menos que el beneficiario conociera el vicio. El artículo 18 de la Ley 19.549 establece también como excepción a la estabilidad que el acto perjudique a la persona sin beneficiar a terceros o que haya otorgado un derecho a título precario. Sin embargo, en estos casos no se trataría técnicamente de una excepción a la estabilidad: el acto administrativo simplemente no la tiene por no haber generado derecho subjetivo alguno.
- (iii) El acto irregular gravemente viciado debe ser revocado en sede administrativa, salvo que haya adquirido estabilidad por encontrarse firme y consentido y con derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Caso en el que el Estado deberá requerir su nulidad al Juez mediante una acción de lesividad.

V. “KEK”

Celebramos el recientemente pronunciado precedente de la Corte Suprema “Kek”, en cuanto parece haber abandonado (en un caso que no se encontraba regido por la Ley 19.549) la jurisprudencia de “Astilleros Mestrina” para dirigirse hacia el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular¹¹. Razón por la que hemos elegido terminar con sus elocuentes palabras:

“El principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de ‘restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad’. Tal como lo dijo esta Corte, ‘no existe ningún precepto de la 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’ (Fallos: 175:368)”.

“Lo expuesto implica que la excepción –la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de ‘un error grave de derecho’– debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356)”¹².

11 En sentido contrario a esta interpretación, puede verse FURNARI, ESTEBAN C. y ROBERTO O. FURNARI, “El Derecho Procesal Administrativo y el Instituto de la Acción de Lesividad”, también publicado en esta obra.

12 CSJN, 2015, “Kek Sergio Leonardo”, Fallos: 338:212, considerando 8.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina