

*La nulidad de acto administrativo y su errado enfoque como recurso impugnatorio en la práctica. Aspectos importantes de esta institución jurídica a raíz de la modificatoria de la Ley de Procedimiento Administrativo General mediante el Decreto Legislativo N° 1029, N° 1272 y el reciente Decreto Legislativo N° 1452*

*The Nullity of the Administrative Act and its Erroneous Approach as a Challenge Resource in Practice. Important Aspects of this Legal Institution as a Result of the Modification of the General Administrative Procedure Law through Legislative Decree No. 1029, No. 1272 and the Recent Legislative Decree No. 1452*

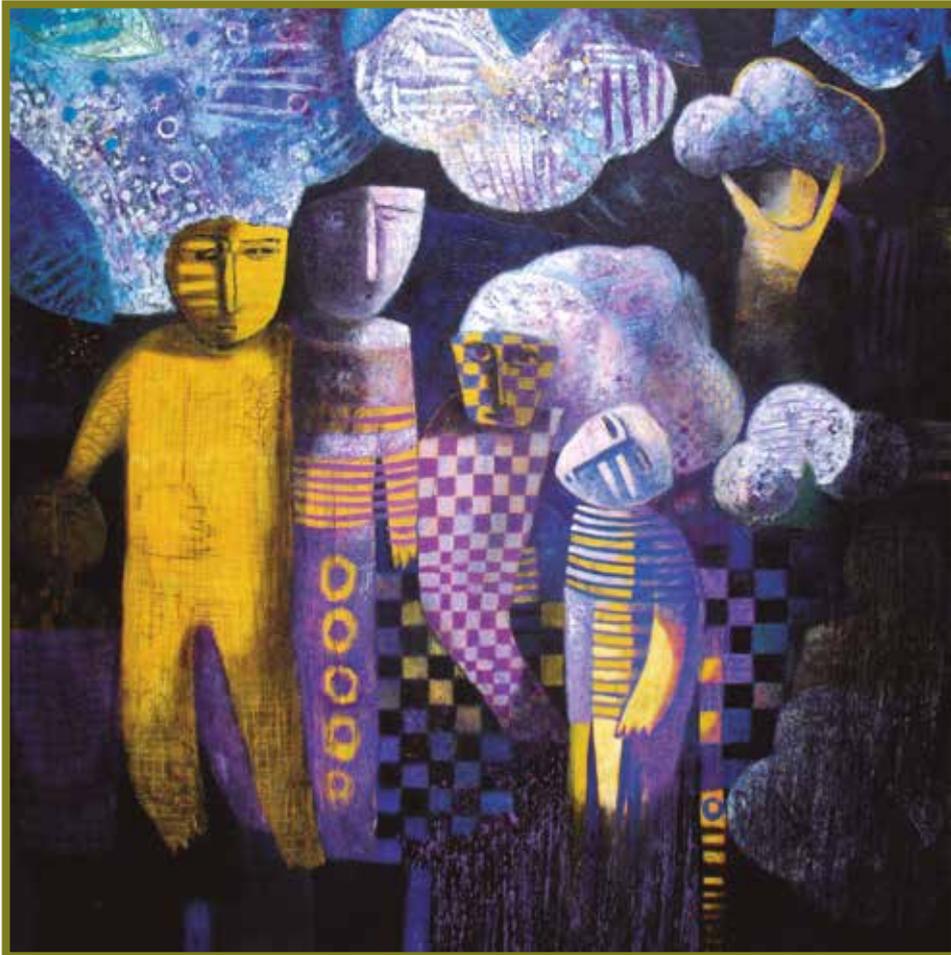
Nicolaz Gutarra Perochena\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i22.1656>

\* Abogado por la Universidad Alas Peruanas, con especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experiencia en el campo de Derecho de la Seguridad Social, Gestión Pública, Derecho Administrativo, Procedimiento Sancionador y Disciplinario. Participante como ponente en eventos institucionales y académicos. Actualmente encargado de la asesoría técnico-legal en la OSPE Corporativa - Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas de EsSalud. Consultor externo en materia contencioso- administrativa.  
Correo electrónico: nicolaz.gutarra@gmail.com

Lex





*Protegiéndonos.* Pintura. Juan Carlos Nãñake.

## RESUMEN

Toda autoridad administrativa, en virtud a un desempeño diligente y responsable, busca cumplir con la finalidad principal de todo Estado, que es alcanzar el bienestar común, satisfaciendo el interés público y necesidades colectivas. Parte de sus funciones es atender los diferentes requerimientos de los ciudadanos. Es así como nace la relación administración-administrado. Dentro de ello se establecen diversos procedimientos para un determinado fin, procedimientos que se manejan a nivel de todas las entidades que brindan servicios públicos; es por ello que se debe cautelar las garantías procedimentales de quienes se presentan frente a la Administración en calidad de usuarios, denominados “administrados”. Sin embargo, existen diferentes situaciones que se tornan contraproducentes para dichos administrados, situación que no siempre es causa atribuible a la Administración, sino a un mal asesoramiento por parte del propio interesado. En el presente artículo analizaremos la institución jurídica de la nulidad de acto administrativo y el errado enfoque como recurso impugnatorio en la práctica, debido a que esta situación ha generado diversos inconvenientes para la Administración y el propio administrado, puesto que se genera una cierta expectativa sobre el resultado de un procedimiento o el pronunciamiento de la Administración luego de culminado dicho procedimiento, vulnerándose la predictibilidad, economía procedimental y el interés general. Asimismo, analizaremos los puntos más importantes de la nulidad del acto administrativo a raíz de la emisión del Decreto Legislativo N° 1029, 1272, y el reciente Decreto Legislativo N° 1452 que modifica la Ley de Procedimiento Administrativo General.

**Palabras clave:** *nulidad de acto administrativo, recurso impugnatorio, Ley de Procedimiento Administrativo General.*

## ABSTRACT

Every administrative authority, by virtue of a diligent and responsible performance, seeks to fulfill the main purpose of every State, which is to achieve common welfare, satisfying the public interest and collective needs. Part of its functions is to meet the different requirements of the citizens, where the citizen-administration relationship is born. Within this, several procedures are established for a specific purpose, procedures that are common to all the entities providing public services and therefore, the procedural guarantees for the users acting upon the administration should be protected. However, there are different situations that become counterproductive for those users, not only resulting from an act of the administration but from a wrong advice received by the user. In this work, we will analyze the nullity of the administrative act and its wrong practical approach considering it an appeal as such situation arises many different problems for the administration and the user itself, by generating expectations on the result of a procedure

violating the predictability, procedural economy and general interest. Also, we will analyze the most important topics on the nullity of the administrative act after the issuance of the Legislative Decree No. 1029, 1272, and the recent Legislative Decree No. 1452 that modifies the General Administrative Procedure Law.

**Key words:** *nullity of administrative act, appeal, General Administrative Procedure Law.*

## I. INTRODUCCIÓN

A modo de preámbulo debemos considerar que el estudio del derecho administrativo es sumamente complejo por la diversidad de instituciones jurídicas que lo conforman y por el espacio técnico en el cual corresponde aplicarse debido a que no simplemente se trata de la relación administración-administrado sino de todo lo relacionado con el manejo del aparato estatal, además de su importancia para comprender el arraigo de la Administración Pública, función administrativa, función transversal a la organización estatal o paraestatal, descentralización administrativa, desconcentración administrativa, garantías procedimentales y otros. Frente a ello, también debemos considerar y analizar las normas que conforman el derecho procesal administrativo como parte del derecho administrativo en su conjunto.

A lo largo de los años se ha discutido mucho sobre si corresponde o no llamarlo “derecho procesal administrativo” o “derecho procedimental administrativo”, puesto que para lograr una decisión o pronunciamiento en sede administrativa denominado “acto administrativo” se conduce el actuar tanto de la Administración y el administrado a través de diversos pasos y etapas denominado “procedimiento administrativo”, remitiéndose la aplicación del término “proceso” exclusivamente a la vía judicial.

La Ley de Procedimiento Administrativo - Ley N° 27444 (en adelante LPAG) vigente desde el año 2001 era considerada la versión moderna de la derogada Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo - Ley N° 26111 y la Ley de Simplificación Administrativa - Ley N° 25035; sin embargo, en el tiempo la LPAG tuvo diversas modificaciones, siendo la del pasado 21 de diciembre del 2016 una de las más importantes. Nos referimos al Decreto Legislativo N° 1272.<sup>1</sup> Frente a ello también debemos mencionar al Decreto Legislativo N° 1029,<sup>2</sup> que trajo consigo valiosas modificatorias y el reciente Decreto Legislativo N° 1452 del pasado 16 de septiembre de 2018.

<sup>1</sup> Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de diciembre de 2016.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo publicado el 24 de junio de 2008 que modificó la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley de Silencio Administrativo.

Cabe señalar que la LPAG también fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1295,<sup>3</sup> pero dicha modificatoria se ciñe básicamente en establecer disposiciones para garantizar la integridad en la Administración Pública y una serie de inclusiones en el Registro Nacional de Sanciones, lo cual no es materia de análisis de este artículo.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 se modificaron 64 artículos de la LPAG, incluyendo parte del Título Preliminar. Vale precisar, que no solo tuvo un fin modificatorio sino también uno derogatorio y este fue hacia la Ley de Silencio Administrativo -Ley N° 29060.<sup>4</sup> En ese sentido, uno de los puntos importantes modificado por el Decreto Legislativo N° 1272 fue también la nulidad de acto administrativo, tema clave en el desarrollo del presente artículo.

Frente a ello debemos tener claro que el criterio del legislador es flexibilizar la aplicación de ciertas instituciones jurídicas y artículos a favor del administrado en el desarrollo del procedimiento administrativo, pero más importante que ello es tener en cuenta que existen aspectos técnicos que el operador del derecho no puede soslayar, aspectos que coadyuvan a un correcto procedimiento y buscan evitar cualquier hecho vulneratorio.

En el ejercicio del derecho administrativo, se evidencia que algunos abogados e incluso funcionarios de diversas instituciones confunden la pretensión de nulidad con un recurso impugnatorio, a lo que nacen las siguientes interrogantes: ¿se encuentra tipificado el recurso de nulidad en la Ley de Procedimiento Administrativo General?, ¿qué entendemos por nulidad de acto administrativo?, ¿la nulidad de acto administrativo es una pretensión accesoria o principal?

A continuación daremos respuesta a cada una de las interrogantes y desarrollaremos los aspectos más importantes sobre esta institución jurídica a raíz de su modificatoria, analizando los artículos pertinentes del Texto Único Ordenado<sup>5</sup> de LPAG.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo que modifica el Artículo 242 de la Ley N° 27444, establece disposiciones para garantizar la integridad en la Administración Pública, y además ordena incluir en el mencionado registro (RNS) a las personas con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por delitos de concusión, cobro indebido, colusión, peculado, malversación, cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

<sup>4</sup> Debemos considerar que la Ley de Silencio Administrativo, en su esencia, fue incorporada a la LPAG mediante D. L. N° 1272, por lo que no era razonable que subsistiera como una norma aparte.

<sup>5</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. Publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 20 de marzo de 2017. El Texto Único Ordenado tiene como rol sistematizar y armonizar los textos legales vigentes, ello en virtud a lo dispuesto en la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

## II. ¿SE ENCUENTRA TIPIFICADO EL RECURSO DE NULIDAD EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL?

La LPAG desarrolla los medios adecuados para que el administrado pueda ejercer su facultad de contradecir y cuestionar las decisiones de la autoridad administrativa en caso se considere una vulneración al derecho del interesado o una insatisfacción en el pronunciamiento de la administración. Dichos medios se materializan a través de los “recursos impugnatorios”.

Al respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, en su artículo 216, aborda los siguientes recursos impugnatorios:

- a) **Recurso de reconsideración:** Se interpone ante el mismo órgano que emitió el acto a impugnar y es necesario que se sustente en nueva prueba; sin embargo, cuando estamos frente a actos administrativos emitidos por órganos constituidos en única instancia no se requiere nueva prueba, pudiendo realizarse argumentaciones de puro derecho. No es de carácter obligatorio ni secuencial, puesto que se puede interponer un recurso de apelación en vez de una reconsideración.
- b) **Recurso de apelación:** No se sustenta en nueva prueba; el sentido de este recurso recae en la diferente interpretación de las pruebas producidas en su momento o cuando se trate de cuestiones de puro derecho. Se interpone ante el mismo órgano que emitió el primer acto, pero es elevado al superior jerárquico para su atención. Se constituye en instrumento de contradicción que busca la opinión en segunda instancia administrativa.

Ahora bien, sobre el *recurso de revisión*, debemos precisar que si bien antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272 podía ser interpuesto como un tercer medio impugnatorio con calidad de “excepcional”, actualmente ha quedado condicionado a una Ley o Decreto Legislativo que establezca su aplicación, es decir, se encuentra suspendida en el andamiaje normativo y sujeta a una norma habilitante para dicha aplicación.

Es importante tener en cuenta que no se debe confundir el condicionamiento de este recurso con una supuesta eliminación, puesto que el Decreto Legislativo N° 1272 aún le da subsistencia, y ello se puede apreciar en el segundo párrafo del artículo 216 del TUO de la LPAG, es decir, si una ley especial establece el uso de dicho recurso, perfectamente podríamos obtener un tercer pronunciamiento en sede administrativa a través de un recurso de revisión.

Entonces, ya hemos visto que la LPAG contempla el recurso de reconsideración y apelación en calidad de facultativos, mientras que el recurso de revisión se mantiene en calidad de condicionado; por consiguiente, se continúa respetando el derecho a exponer argumentos, lo cual se arraiga al debido procedimiento y garantías dentro del mismo, incluso el poder exponer de forma oral nuestros alegatos (derecho a ser oído) frente a la Administración. En las

palabras de Morón Urbina se considera que “un cumplimiento fiel de este derecho permite, al administrado, directamente o a través de sus representantes (jurídicos o técnicos) ilustrar mejor a las autoridades resolutorias y absolver las dudas que estos pudieren mantener acerca del objeto del proceso o los hechos relevantes”.<sup>6</sup>

En ese sentido, si analizamos el procedimiento administrativo general en todo su contexto, la revisión no es de carácter facultativo para el administrado, es decir, hoy por hoy no es una herramienta para ejercer la facultad de contradicción puesto que el uso de dicho recurso se encuentra condicionado o sujeto a una Ley o Decreto Legislativo como ya lo mencionamos. En ese orden de ideas, perdería la calidad de recurso puesto que operativamente y sustancialmente es inutilizable a pesar de plasmarse en la norma.

Entonces, ya teniendo claro que el Texto Único Ordenado de la LPAG, en su artículo 216, considera como recursos impugnatorios a la reconsideración y apelación, nuevamente nos hacemos la pregunta: ¿se encuentra tipificado el recurso de nulidad en la Ley de Procedimiento General? Pues, sin lugar a duda la respuesta es no.

Se debe tener claro que la nulidad de acto administrativo significa en términos sencillos “la invalidez del pronunciamiento de la autoridad”, pronunciamiento emitido por la Administración a través de una carta, resolución u otro, pero que no cumple los elementos de validez exigidos por la ley para generar efectos jurídicos, vale decir, la nulidad se configura como una consecuencia del control realizado por la autoridad frente a los vicios insalvables contenidos en el acto administrativo observado, acto que, de no ser declarado nulo, generaría efectos negativos y lesivos ya sea para el administrado o la propia administración.

### III. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO?

Con frecuencia se suele confundir la pretensión de nulidad de acto administrativo con un recurso impugnatorio propiamente dicho, a tal punto que, una vez agotada la vía administrativa, presentan un escrito ante la autoridad cuya sumilla es “recurso de nulidad” o “nulidad de acto administrativo”, situación totalmente incongruente al procedimiento regular establecido en la LPAG, y lo más preocupante en ello es que los administrados guardan cierta “expectativa” frente a un resultado posiblemente a su favor; expectativa generada por una interpretación equívoca de la Ley y por una asesoría deficiente por parte de su abogado patrocinante.

Antes de analizar sobre la institución jurídica de nulidad de acto administrativo, veamos los requisitos de validez del acto, los cuales son indispensables para el nacimiento de un acto administrativo que tutele el interés público y, por consiguiente, el nacimiento de un acto

<sup>6</sup> Juan Morón, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Novena edición (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 65.

administrativo válido; vale decir, que el acto administrativo que no contenga los requisitos de validez incurre en causal de nulidad. Dichos requisitos los explicamos a continuación:

### A. Validez del acto administrativo

Todo pronunciamiento formal de la autoridad administrativa configurado como “acto administrativo” es **válido** y legítimo solo si cumple los elementos o requisitos prescritos en la Ley, es decir, el pronunciamiento que no contenga los requisitos de validez no cumple su esencia como acto administrativo y por ende no debería ser de exigible cumplimiento hacia el administrado. Para ello, es necesario que la autoridad declare la nulidad del acto administrativo; caso contrario, se presume legítimo. A continuación, analizaremos la validez general y validez presunta del acto administrativo.

#### *Validez general*

Al respecto, Cortez Tataje en el *Manual de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, precisa que “el fenómeno de validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento de la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias consagrados en la normativa vigente. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que este se adecua perfectamente al molde de las exigencias del ordenamiento jurídico y el Derecho”.<sup>7</sup>

En ese sentido, las exigencias del ordenamiento jurídico se encuentran establecidas en los elementos del acto administrativo, también llamados requisitos de validez,<sup>8</sup> por ende explicaremos de forma sucinta cada uno de ellos:

#### a) Competencia

Para el análisis de la competencia es indispensable contar con clara precisión sobre las funciones y facultades establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de cada institución y **así evitar los conflictos de competencia**.<sup>9</sup> Pero hay que tener claro “el origen” de la facultad atribuida, puesto que el ROF o cualquier otro instrumento de gestión son la representación instrumental de lo dispuesto en una Ley o norma con rango de Ley.

En ese sentido, Morón Urbina, en su libro *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* señala:

<sup>7</sup> Juan Cortez, “La nulidad del acto administrativo”, en *Manual de la Ley de Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 158.

<sup>8</sup> El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, en su artículo 3, desarrolla los requisitos de validez del acto administrativo, los cuales son “competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular”.

<sup>9</sup> Desarrollado en el Artículo 90 del TUO de la LPAG, y contiene dos acepciones: conflicto negativo de competencia y conflicto positivo de competencia; señaladas en los artículos 92 y 93, respectivamente, del mismo cuerpo legal.

En la definición del elemento competencia participan dos factores: la potestad atribuida al órgano u organismo a cargo de la función administrativa y el régimen de la persona o conjunto de personas que, revestidos de funciones administrativas, representan al órgano u organismo titular de la competencia. La noción de competencia precisa tanto la habilitación para la actuación del órgano que los dicta, como la corrección en la investidura de dicho órgano por las personas físicas.<sup>10</sup>

Del mismo modo, para determinar la competencia existen criterios establecidos en la LPAG y los señalamos a continuación:

- Por materia: Relacionado a la función del **área** especializada o aquellas que acorde a la estructura organizacional (órganos de alta dirección, de línea, asesoría, etc.) son competentes en determinados asuntos. Se determina por las tareas o actividades que legalmente corresponde desempeñar.
- Por territorio: Corresponde al ámbito espacial donde la autoridad debe ejercer su función pública. Se determina por distritos, provincias, regiones, macrorregiones, etc.
- Por el grado o jerarquía: Se considera la posición estructural en orden vertical de la institución (órganos de alta dirección, órganos de línea, etc.).
- Por el tiempo: Se refiere al momento en el que es legal el ejercicio de la función administrativa; puede ser de carácter permanente (competencia por excelencia siempre que el transcurrir del tiempo no la afecte), temporal (cuando se encuentra delimitado de inicio a fin) o accidental (cuando su naturaleza es breve). Este último involucra a la suplencia, función interina, delegación, etc.

#### b) Objeto o contenido

Dentro de este requisito evidenciamos dos situaciones, el contenido del acto y el objeto del acto, y al respecto precisamos lo siguiente:

- Contenido: Se entiende que es la decisión de la autoridad administrativa frente a la pretensión del administrado. Dicha decisión tiene un sentido positivo (estimación de la pretensión) o negativo (desestimación de la pretensión). Asimismo, no solo gira sobre la pretensión del administrado, sino también sobre la realización de un hecho material o la negativa de su realización.
- Objeto: Al respecto, se debe considerar la pretensión del administrado para saber sobre qué resolver, es decir, la autoridad debe determinar si estamos frente a un hecho “reglado” (llamado también regulado) o frente a una situación netamente “discrecio-

<sup>10</sup> Juan Morón, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, novena edición, 2011), 143.

nal”. El acto reglado se configura por aquel que nace de lo que ya se encuentra establecido en la norma y donde la autoridad no aplica su facultad discrecional para evaluar si estima o desestima la pretensión, solo se ciñe a cumplir los requisitos o condiciones exigidas para el otorgamiento del petitorio. Sin embargo, el acto discrecional se constituye en la apreciación de la Administración para evaluar si corresponde estimar o desestimar la pretensión, bajo un criterio razonable y diligente. Este último se aprecia básicamente en las “peticiones de gracia”.

Sobre ello, es indispensable señalar que el pronunciamiento de la Administración siempre debe valorar la fundamentación de hecho y derecho del administrado, asimismo, lo establecido en la Ley, o disposiciones constitucionales, mandatos judiciales firmes, precedentes de observancia obligatoria, y otros que coadyuven a la toma de decisiones. Es por ello que el contenido del acto debe comprender todas las observaciones o cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos cuando se hayan apreciado de oficio. Sobre esta última situación, con la modificatoria de la LPAG a través del D. L. N° 1272, la norma ha previsto el plazo para advertir al administrado sobre “nuevas observaciones o cuestiones”, a fin de que pueda exponer su posición, y de ser el caso, presente nuevos medios probatorios. El plazo es no menor a cinco (5) días.

Antes de la modificatoria, el artículo 5, numeral 5.4 de la LPAG establecía que la Administración podía advertir nuevas cuestiones al administrado en el transcurso del procedimiento; sin embargo, quedaba a discrecionalidad de la autoridad fijar el plazo para que el administrado se manifieste sobre ello, lo cual generaba retraso en el procedimiento puesto que muchas veces el administrado no respondía o tardaba en hacerlo, es más, frente a la paralización del procedimiento por un período mayor a 30 días de inacción del administrado frente a ciertos requerimientos, se declaraba el abandono.

En ese sentido, era necesario establecer un plazo para dotar de celeridad el procedimiento sin soslayar el derecho del administrado a exponer argumentos; por ello es que con la emisión del D. L. N° 1272 se establece el plazo no menor a cinco días para perfeccionar el sentido del artículo 5, numeral 5.4 de la LPAG, y solo así la Administración podía resolver el caso incluyendo en su decisión las nuevas cuestiones detectadas de oficio, debido a que ya habían sido puestas de conocimiento al administrado. De esta manera se supera la insuficiencia de la “motivación” del acto administrativo, lo cual guarda íntima relación con el objeto y contenido del acto.

#### c) Finalidad pública

Toda acción de la autoridad administrativa persigue el interés público, idealmente es así. Su pronunciamiento tiene como finalidad satisfacer el interés general que es el sentido del servicio público como parte de una gestión. Los actos administrativos, no ajenos a ello, deben cumplir

con dicho sentido para que gocen de validez jurídica, por consiguiente, un acto administrativo que vulnere el derecho de un ciudadano, es lesivo para la colectividad puesto que, más que lesionar el derecho de un particular, es arbitrario en su esencia y ello afecta a la sociedad.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, a través de la STC N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 05 de junio del 2004, en su fundamento décimo, señala:

El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público, afirma que el concepto de interés público, es un concepto indeterminado, sin embargo, tiene que ver con todo aquello que beneficia a la comunidad en general. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la organización administrativa. Por otro lado, señala que “el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad.”<sup>11</sup>

Entonces, la autoridad administrativa no debe actuar a interés propio de un tercero, ni sobre otra finalidad distinta a la prevista en la Ley. Se debe limitar a ejercer única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que otorgan facultades para ejercer dicha autoridad, evitando generar el abuso de poder que afectaría el interés general. Este requisito de validez se relaciona perfectamente al principio del ejercicio legítimo del poder,<sup>12</sup> establecido en el Artículo IV, numeral 1.17 del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

#### d) Motivación

La motivación del acto administrativo debe ser suficiente y expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos debidamente probados en el caso específico. En ella se debe explicar las razones jurídicas que justifican la decisión de la Administración. Se manifiesta a través de los “considerandos” y se encuentra regulada en el artículo 6 del TUO de la LPAG.

Al respecto, Guzmán Napurí, en el *Manual del Procedimiento Administrativo General*, señala lo siguiente:

La motivación del acto administrativo resulta ser un componente esencial del principio del debido procedimiento, el mismo que, como lo hemos señalado, regula el funcionamiento del

<sup>11</sup> Pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través de STC N° 0090-2004-AA/TC,(2004), acceso el 14 de junio de 2018, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

<sup>12</sup> TUO de la Ley N° 27444, Título Preliminar, Artículo IV, numeral 1.17. “Principio del ejercicio legítimo del poder”, incorporado como nuevo principio a mediante el Decreto Legislativo N° 1272. Señala: “La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.”

procedimiento administrativo general en todas sus etapas. La motivación permite, en primer lugar, que el administrado conozca los fundamentos y presupuestos que dan lugar a la resolución, a efectos de la ejecución del acto o la interposición de los recursos que correspondan. En segundo término, permite a la Administración una ejecución adecuada de las resoluciones que la misma emite, así como posibilita la revisión de oficio de los actos administrativos por parte de la Administración, incluyendo el llamado proceso de lesividad.<sup>13</sup>

Es necesario señalar que con la modificatoria de la LPAG, mediante Decreto legislativo N° 1272, se amplió el criterio legal sobre la motivación de actos administrativos, y para fines didácticos mostramos el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo - Ley N° 27444	Artículo 6.- Motivación del acto administrativo - Decreto Legislativo N° 1272
<p>6.1. (...)</p> <p>6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.</p> <p>6.3. No son admisibles con motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.</p> <p>6.4. (...)</p> <p>6.4.1. (...)</p> <p>6.4.2. (...)</p> <p>6.4.3. (...)</p>	<p>6.1. (...)</p> <p>6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. <b>Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.</b></p> <p>6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.</p> <p><b>No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.</b></p> <p>6.4. (...)</p> <p>6.4.1. (...)</p> <p>6.4.2. (...)</p> <p>6.4.3. (...)</p>

(\*) Las partes resaltadas son las incorporaciones que hizo la norma.

<sup>13</sup> Christian Guzmán, *Manual del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Pacífico, 2013), 329.

La motivación no solo concierne a la exposición de normas jurídicas, sino también el resultado de informes, dictámenes, pericias u otros instrumentos de apoyo para el pronunciamiento de la autoridad siempre que la propia autoridad haya determinado su incorporación en el procedimiento.

La novedad que trajo la modificatoria, respecto al artículo 6, numeral 6.2 fue en caso que dichos instrumentos (informes, dictámenes, pericias, etc.) sean parte de la decisión de la administración; estos deben ser notificados al administrado junto con el acto administrativo. Y respecto al numeral 6.3 se agregó un límite a la apreciación de medios probatorios por parte del superior jerárquico de quien emite el acto impugnado, en el extremo que “no constituye causal de nulidad” si la autoridad superior jerárquica tiene otra óptica sobre los medios de prueba que se actuaron en primera instancia.

e) Procedimiento regular

La Administración debe respetar el procedimiento establecido para la generación del acto administrativo, en cumplimiento del principio de legalidad y el principio del debido procedimiento desarrollado en la LPAG. Para ello, debemos entender el significado del “procedimiento administrativo”, que en las palabras de Bartra Cavero, se define como “la serie de actos que se inician con la presentación de una solicitud o escrito, ante la Administración Pública, con el propósito o interés de lograr su pronunciamiento, que se materializa generalmente en un resolución, accediendo o negando lo solicitado por el ciudadano interesado”.<sup>14</sup>

El procedimiento regular, se encuentra íntimamente ligado al debido procedimiento, y este último es aplicable tanto en sede administrativa, como en sede judicial (debido proceso), considerando que “la justificación de lo antes indicado estriba en el hecho de que el concepto primigenio del *due process of law* del derecho anglosajón no hacia distinción alguna respecto a la sede en la cual operaba el principio antes precisado, pudiendo aplicarse en sede judicial, administrativa, e inclusive, en sede corporativa,” señala Guzmán Napurí.<sup>15</sup>

Entonces vemos que es válido el acto administrativo emitido acorde a lo establecido en el ordenamiento jurídico, y por consecuente son válidos los efectos que este genere. La validez genérica del acto administrativo se encuentra tipificada en el artículo 8 del TUO de la Ley N° 27444.

<sup>14</sup> Juan Bartra, *Procedimiento Administrativo* (Lima: Huallaga, tercera edición, 1994), 15.

<sup>15</sup> Christian Guzmán, *Manual del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Pacífico, 2013), 333.

### *Validez presunta*

Sobre esta figura, Dromien, en su libro *El acto administrativo*, señala lo siguiente:

La presunción de legitimidad es indiscutiblemente una presunción legal *relativa*, provisoria, transitoria, calificada clásicamente como presunción “*juris tantum*”, que puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto contraviene el orden jurídico. Por lo tanto, no es un valor consagrado, absoluto, “*juris et jure*”, sino que es un “juicio hipotético” que puede ser invertido acreditando que el acto tiene ilegitimidad en los casos que sea necesario demostrarla y probarla.<sup>16</sup>

En ese sentido, todo acto administrativo es válido mientras no se declare lo contrario por la autoridad administrativa o judicial, vale decir, mientras no se declare la nulidad del acto administrativo, este conserva su eficacia y por ende sus efectos jurídicos. Así medie la pretensión de nulidad por parte del administrado no será excluyente en cuanto a su cumplimiento mientras la autoridad no declare su invalidez. La validez presunta del acto administrativo se encuentra tipificada en el artículo 9 del TUO de la Ley N° 27444.

### **B. Nulidad de acto administrativo**

La nulidad de acto administrativo es la invalidez del acto que carece de condiciones para surtir efectos jurídicos, puesto que en su configuración se incurrió en causal de nulidad y vicios insalvables que le dan la categoría de “acto viciado”. La invalidez es la consecuencia del vicio (causal de nulidad y/o falta de requisitos de validez), y ello se materializa a través de la nulidad de acto administrativo.

Al respecto, Dromi, en su libro *Derecho Administrativo*, señala:

Los vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que este aparece en el mundo del Derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución. La invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa. Ahora bien, la gravedad de la invalidez de un acto administrativo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal. Hay una relación de causa y efecto entre vicios y nulidades. Precisamente la nulidad es la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al orden jurídico. Las nulidades actúan como antibiótico de la juridicidad, para el saneamiento del antiderecho. Son un resultado obligado del antecedente: los vicios jurídicos.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Roberto Dromi, *El acto administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997), 78.

<sup>17</sup> Roberto Dromi. *Derecho administrativo*. Décima edición (Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2004), 400.

Como vimos en el anterior punto, todo acto administrativo debe articularse a los requisitos de validez establecidos en la LPAG, y a ello debe ir direccionado el actuar de la autoridad administrativa, puesto que la emisión de actos inmersos en causal de nulidad genera responsabilidad administrativa para con el funcionario, y más preocupante que ello es que podría generar un hecho lesivo hacia el administrado.

Ahora bien, además de los requisitos de validez antes señalados, la norma también establece las causales de nulidad del acto administrativo; por consiguiente, procedemos a citar el artículo 10 del TUO de la LPAG, a continuación:

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.<sup>18</sup>

Al igual que en un proceso judicial donde se plantea la “nulidad el acto jurídico” para que el juez se pronuncie y declare la nulidad mediante sentencia, la “nulidad del acto administrativo” también debe ser declarada por un funcionario legitimado. Sobre ello, debemos tener en cuenta que la “nulidad de pleno derecho” debe ser declarada expresamente por los órganos competentes para ello, puesto que esta figura de nulidad no aplica de forma automática, es decir, por muy grave que sea el vicio incurrido o la causal, si la nulidad no es expresada, el acto viciado surte efectos y es de exigible cumplimiento al administrado. Revisemos cada causal:

a) *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias*

Ninguna autoridad administrativa puede ir en contra del ordenamiento jurídico, por ello sus decisiones deber ceñirse estrictamente a lo dispuesto por la norma, respetando la jerarquía de las mismas. Esta causal de nulidad es el enfoque contrario a lo dispuesto por el principio de legalidad<sup>19</sup>, en el cual invoca a la Administración a dirigir su actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho.

<sup>18</sup> Texto Único Ordenado de la LPAG, aprobado por D. S. 006-2017-JUS, reúne las modificatorias realizadas a la Ley N° 27444.

<sup>19</sup> Ley N° 27444, Título preliminar, Artículo IV, numeral 1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

b) *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14*

Todo acto administrativo que vulnere los requisitos de validez (competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular) deviene en nulo, como ya hemos analizado anteriormente.

Ahora bien, respecto a la conservación del acto, el artículo 14 del TUO de la LPAG señala que los actos a conservarse como tal serán aquellos cuyo vicio sea intrascendente, o contengan información imprecisa o incongruente, motivación insuficiente o parcial o cuando se omitió valorar documentación no esencial. Sin embargo, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que se produzca la enmienda, sin pedido de parte y antes de su ejecución, tal como dispone el precitado artículo, en su numeral 14.3.

c) *Los actos expesos o que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición*

Esta causal nace como medida de corrección frente a la adquisición de derechos o facultades producto de la “mala fe” del administrado. Si bien existe el principio de presunción de veracidad,<sup>20</sup> esto no es ajeno a que algunos administrados buscan obtener u obtienen desde ya una ventaja indebida, lo cual es detectado mediante un control posterior.

d) *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma*

Aquí debemos precisar que en sede administrativa no se determina la existencia o no de un delito, puesto que esa responsabilidad recae únicamente en el poder judicial. En ese sentido, se debe obtener la sentencia condenatoria para con ello declarar la nulidad en sede administrativa.

Al respecto, Baca Oneto, señala lo siguiente:

Para que pueda declararse la invalidez de un acto administrativo por esta razón es necesario un previo pronunciamiento de la jurisdicción penal, porque hasta entonces ningún acto constituye una infracción penal. En consecuencia, en este caso es necesario ampliar los plazos para la anulación, tanto para los casos de revisión de oficio y de revisión judicial a

<sup>20</sup> Ley N° 27444, Título preliminar, Artículo IV, numeral 1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

pedido de la Administración, como incluso para la impugnación por parte del particular, entendiéndose en este último supuesto que el plazo de recurso empieza a correr desde la notificación de la sentencia penal firme.<sup>21</sup>

#### IV. ¿LA NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO ES UNA PRETENSIÓN ACCESORIA O PRINCIPAL?

Antes de dar repuesta, debemos puntualizar que a raíz de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272 ya no es exigible la autorización del letrado en los recursos impugnatorios, es decir, el administrado que considere oportuno impugnar puede hacerlo sin recurrir a un abogado; sin embargo, existen aspectos “técnicos” que sí ameritan ser analizados por un letrado para efectos de un resultado adecuado y sobre todo justo. Uno de los aspectos técnicos es la pretensión accesoria de nulidad administrativa a través de un recurso impugnatorio que contiene como pretensión principal la estimación del propio recurso.

Por ello, el artículo 11, numeral 11.1, del TUO de la LPAG, señala que “Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III, Capítulo II, de la presente Ley”; por consiguiente, la pretensión de nulidad de acto administrativo se configura como accesoria, puesto que la pretensión principal recae en la estimación del recurso planteado (reconsideración o apelación).

Para mayor precisión sobre el tema, debemos analizar las dos acepciones que abordan la nulidad de acto administrativo: la nulidad de parte y la nulidad de oficio, así como las modificaciones que trajo el Decreto Legislativo N° 1272 sobre ello. De esta manera comprendemos por qué la nulidad es una pretensión accesoria.

##### A. Nulidad por impulso de parte

Dentro del estudio de la revisión de actos administrativos tenemos el “impulso de parte”, y eso se materializa a través de los medios impugnatorios, en virtud a la facultad de contradicción de todo administrado. Al desarrollar nuestra primera interrogante, punto II ¿se encuentra tipificado el recurso de nulidad en la Ley de Procedimiento Administrativo General?, explicamos que actualmente tenemos como recursos impugnatorios a la Reconsideración y Apelación, mientras que el recurso de revisión quedó suspendido en la Ley y sujeto a una norma habilitante que disponga su interposición (solo mediante Ley o Decreto Legislativo).

<sup>21</sup> Víctor Baca, “La invalidez de los actos administrativos y los medios para declarar en la Ley N° 27444, del procedimiento Administrativo General”, en *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después* (Lima: Palestra Editores, 2011), 130.

En ese sentido, si el administrado verifica y detecta que la Administración incurrió en cualquiera de las causales de nulidad previstas en la norma, puede solicitar la nulidad del acto administrativo, pero dicha pretensión no debe entenderse como un simple pedido de “nulidad” ajeno al asunto de fondo, puesto que la LPAG dispone que la nulidad sea planteada a través de los recursos impugnatorios, debido a que en la LPAG “no existe un recurso de nulidad propiamente dicho”.

A modo de ilustración, mostramos un cuadro comparativo sobre la modificación al artículo 11 de la LPAG:

<b>Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad - Ley N° 27444</b>	<b>Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad - D.L. N° 1272</b>
<p>11.1. Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III, Capítulo II de la presente Ley.</p> <p>11.2. La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.</p> <p>11.3. La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.</p>	<p>11.1. Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III, Capítulo II de la presente Ley.</p> <p>11.2 La nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.</p> <p><b>La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo.</b></p> <p>11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, <b>en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico.</b></p>

(\*) Las partes resaltadas son las incorporaciones que hizo la norma.

Como se evidencia en el cuadro adjunto, en el numeral 11.2 se agregó un segundo párrafo, en cual señalan que “la nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo”, y ello significa que a través de un recurso de reconsideración se puede plantear la nulidad, y de la misma manera a través de un recurso de apelación; a ello se denomina “nulidad por impulso de parte”, sin soslayar el sustento y particularidad de cada recurso, puesto que la esencia de un reconsideración recae en la “prueba nueva”, mientras que en apelación se discuten situaciones de “puro derecho” o cuando existe una “diferente interpretación a los medios probatorios”.

En síntesis, la pretensión de nulidad de acto administrativo se configura como accesoria, puesto que la pretensión principal recae en la estimación del recurso interpuesto, y este será atendido por el funcionario competente, ya sea en primera o segunda instancia.

## **B. Nulidad de oficio**

Dentro del estudio de la revisión de actos administrativos tenemos la “nulidad de oficio”, y ella se impulsa a través de la fiscalización posterior, producto de un control institucional.

El término “de oficio” señala que la propia Administración impulsa, encamina o direcciona el pronunciamiento, y en caso de nulidad de oficio se entiende que la propia Administración pretende eliminar sus actos viciados en su propia vía. Ahora bien, el administrado puede advertir a la autoridad que se incurrió en vicios dentro del procedimiento o que el acto mismo contiene vicios, pero frente a ello la Administración debe asumir dicha advertencia como parte de su control y pronunciarse sobre ello.

Al respecto, Morón Urbina en su libro *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, se ha referido a la nulidad de oficio como:

Al poder jurídico por el cual la Administración puede eliminar sus actos viciados en su propia vía y aun invocando como causales su propia deficiencia. (...). El fundamento de esta potestad no se encuentra en la mera potestad exorbitante del poder administrador (...), sino en la necesidad que tiene la autoridad administrativa de dar satisfacción al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad o del orden jurídico. (...) Si como se sabe la Administración está sujeta al principio de legalidad, y ello constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, no se podría entender cómo un acto reconocidamente inválido, no podrá nunca satisfacer el interés que anima a la Administración. Por ello, que la posibilidad de la anulación de oficio implica en verdad, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo.<sup>22</sup>

A continuación, distinguiremos mediante un cuadro comparativo las modificaciones del artículo 202 de la LPAG con la emisión de diversos decretos legislativo en los últimos 10 años:

<sup>22</sup> Juan Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Séptima edición (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 537.

Artículo 202.- Nulidad de oficio – Ley N° 27444	Artículo 202.- Nulidad de oficio – D.L. N° 1029	Artículo 202.- Nulidad de oficio – D.L. N° 1272	Artículo 202.- Nulidad de oficio – D.L. N° 1452
<p>202.1. En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.</p> <p>202.2. La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se trata de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. <b>Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.</b></p> <p>202.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.</p> <p>202.4. En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.</p> <p>202.5. Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Solo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme.</p>	<p>202.1. (...)</p> <p>202.2. La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se trata de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. <b>Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.</b></p> <p>202.3. (...)</p> <p>202.4. (...)</p> <p>202.5. Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, <b>solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.</b></p>	<p>202.1. En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público <b>o lesionen derechos fundamentales.</b></p> <p>202.2. La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se trata de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo. <b>En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.</b></p> <p>202.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe <b>en el plazo de dos (2) años</b>, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. <b>Respecto de la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del Artículo 10, el plazo para declarar la nulidad de oficio se extiende hasta un (1) año después de la notificación de la resolución correspondiente a la sentencia penal condenatoria firme.</b></p> <p>202.4. En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.</p> <p>202.5. (...)</p>	<p>202.1. (...)</p> <p>202.2. (...)</p> <p>202.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, <b>o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.</b></p> <p>202.4. En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.</p> <p>202.5. Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto <b>haya quedado consentido.</b> También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el Consejo o tribunal.</p>

(\*) Las partes resaltadas son las incorporaciones que hizo la norma.

En ese sentido, analizaremos el artículo 202 de la LPAG y los diversos numerales modificados; los mismos que abordan: el derecho tutelado, la oportunidad de pronunciamiento sobre la nulidad y el fondo del asunto, derecho a exponer argumentos frente a la nulidad de acto favorable al administrado, prescripción para la declaración de nulidad de oficio en sede administrativa, y la facultad de acción de la Administración ante un proceso contencioso administrativo. Del mismo modo abordaremos las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1452, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 16 de septiembre de 2018.

a) Derecho tutelado

Antes de la modificatoria, la LPAG ya consideraba al interés público como pilar del pronunciamiento de la Administración, y todo acto administrativo que vulneraba dicho interés incurría en nulidad. Actualmente se agregó al artículo 202 la protección a los derechos fundamentales, al extremo de señalar en el numeral 202.1 que “en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales”. En ese orden de ideas, la LPAG no solo se ciñe a velar por el interés colectivo, sino a todos los derechos reconocidos y tutelados por la Constitución Política del Perú y en normas supranacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ejemplo.

b) Oportunidad de pronunciamiento sobre la nulidad y el fondo del asunto

Antes de la modificatoria, la nulidad de oficio tenía un criterio “retroactivo” sobre el procedimiento, es decir, corregía el pronunciamiento viciado y reponía el procedimiento hasta el momento en que se produjo el vicio para que la Administración se pronuncie nuevamente. Sin embargo, a raíz de la modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1029, la Administración puede pronunciarse sobre la nulidad y resolver el fondo del asunto, solo si cuenta con los elementos suficientes para ello; es decir, no es necesario retrotraer el procedimiento para una nueva evaluación por parte del funcionario inferior jerárquico, puesto que el superior ya realizó dicha evaluación, evitando generar tiempos de espera realmente innecesarios. De esta manera se aplica el principio de celeridad<sup>23</sup> de la LPAG.

Aquí debemos recalcar que, en los casos donde la autoridad se pronuncie sobre la nulidad de oficio y resuelva el fondo del asunto, el administrado podrá interponer un recurso de

<sup>23</sup> Ley N° 27444, Título preliminar, Artículo IV, numeral 1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

reconsideración frente a dicho acto administrativo; en ese caso, estaríamos en un escenario donde un funcionario de segunda instancia resuelve un recurso de reconsideración de manera excepcional, producto de la “arborización del procedimiento”. Esta situación se plasma en el segundo párrafo del numeral 202.2, artículo 202 de la LPAG (actualmente en el artículo 211 del TUO de la LPAG).

c) Derecho a exponer argumentos frente a la nulidad de acto favorable al administrado

Parte del debido procedimiento es brindarle garantías al administrado para sustentar su posición y ejercer su derecho a presentar alegatos y argumentos. En ese orden de ideas es que con la modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1272 se incluyó en el artículo 202, numeral 202.2, el plazo para que el administrado ejerza su derecho de defensa cuando la Administración pretenda declarar nulo un acto administrativo que le favorece. Este plazo no podrá ser menor a cinco (5) días.

Es necesario precisar que, incluso antes de la modificatoria, la Corte Suprema de Justicia, ya se había pronunciado al respecto mediante Casación N° 2266-2004-PUNO, de fecha 03 de agosto de 2006, donde señala lo siguiente:

Quinto: Que, este procedimiento dentro del marco de los principios del debido procedimiento y participación contemplados en los incisos uno punto dos y uno punto doce del numeral uno del artículo cuarto de la Ley de Procedimiento Administrativo general tiene por finalidad no solo poner en conocimiento del administrado el inicio de este procedimiento de oficio sino esencialmente de otorgarle la posibilidad de poder expresar sus argumentos o aportar pruebas que corrobore la legalidad y legitimidad del acto administrativo que constituye su objeto y su plena adecuación y proporción con el respeto del interés público, lo cual responde sin duda a la vocación de asegurar el pleno e irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa que constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal y sin el cual no podría reconocerse la garantía del debido proceso; por ello, en tanto el derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.<sup>24</sup>

d) Prescripción para la declaración de nulidad de oficio en sede administrativa

Antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, el plazo para declarar la nulidad de oficio era de un (1) año, computable desde la fecha en que hubiera quedado consentido el

<sup>24</sup> Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Casación N° 2266-2004-PUNO (2006), acceso el 15 de junio de 2018, [http://ius360.com/publico/administrativo/consecuencia-de-la-anulacion-de-oficiodictada\\_por-el-registro-nacional-de-proveedores-la-imposicion-de-una-sancion-sin-procedimiento/](http://ius360.com/publico/administrativo/consecuencia-de-la-anulacion-de-oficiodictada_por-el-registro-nacional-de-proveedores-la-imposicion-de-una-sancion-sin-procedimiento/)

acto administrativo cuestionado; sin embargo, a raíz de su implementación el plazo se amplió a dos (2) años, también computables desde el consentimiento del acto. Esta situación es muy importante, puesto que sirve de herramienta fundamental para la propia administración y el administrado, a fin de lograr la corrección de un acto viciado dentro de un plazo prudente y razonable.

Se debe reconocer que es casi imposible que la Administración realice el control o fiscalización posterior de todos los actos administrativos emitidos; por ello, la ampliación del plazo para invalidar un acto administrativo viciado beneficia a ambas partes (Administración - administrado), puesto que evita la judicialización por vencimiento de plazo prescriptorio para declarar la nulidad de oficio (1 año anteriormente).

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1272 incorporó al artículo 202 de la LPAG el plazo prescriptorio para declarar la nulidad de oficio en lo que respecta a “los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”, otorgando el plazo de un (1) año posterior a la notificación de la sentencia penal condenatoria firme; sin embargo, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1452 del pasado 16 de septiembre de 2018, el plazo se amplía a dos (2) años contándose a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme. Esta precisión es trascendental puesto que, como vimos anteriormente, mientras dure un proceso judicial en la vía penal, la Administración no puede determinar la configuración de un delito, puesto que no es su competencia, motivo por el cual queda a espera de la decisión de la autoridad jurisdiccional pertinente.

Es necesario señalar que sobre las decisiones de los consejos o tribunales administrativos también se implementaron importantes modificatorias, puesto que inicialmente la Ley N° 27444 disponía que los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales solo podían ser declarados nulos por decisión judicial, vía proceso contencioso-administrativo; sin embargo, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1029 cambió la perspectiva y se dio viabilidad a que dichos actos administrativos puedan ser declarados nulos por el propio consejo o tribunal, siempre que medie acuerdo unánime y solo si se ejercía dentro de un año contado desde la fecha en que el acto cuestionado haya sido notificado al administrado.

Pese a ello, con un criterio “unificador”, el Decreto Legislativo N° 1452 modifica el plazo y, al igual que los otros escenarios, amplía el plazo a dos (2) años para declarar la nulidad, plazo computable desde que dicho acto hubiera quedado consentido.

e) Facultad de acción de la administración ante un proceso contencioso administrativo

La autoridad administrativa puede demandar la nulidad ante el Poder Judicial, vía proceso contencioso-administrativo siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años

siguientes, computables desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa, conforme lo establece el artículo 211, numeral 211.4 del TUO de la LPAG, a diferencia de lo dispuesto antes de la modificatoria, que solo eran dos (2) años para demandar la nulidad en sede judicial.

En síntesis, se evidencia que los actos administrativos pueden ser declarados nulos en un plazo de cinco (5) años, sumando el plazo en sede administrativa y judicial.

No debemos confundir el plazo que tiene “la Administración” para demandar la nulidad en sede judicial, con el plazo establecido para quien fue “el administrado” en el procedimiento, indistintamente a si se trata de una persona natural o persona jurídica.

Sobre ello, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, establece lo siguiente:

Artículo 19.- Plazos:

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

- 1.- Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del Artículo 4 de esta Ley,<sup>25</sup> el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.
2. Cuando la ley faculte a las entidades administrativas a iniciar el proceso contencioso-administrativo de conformidad al segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley,<sup>26</sup> el plazo será el establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo disposición legal que establezca plazo distinto.
3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188 de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la Administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la

<sup>25</sup> Artículo 4 del TUO de Ley N° 27584. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: 1.- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa. 2.- El silencio administrativo, la inercia, y cualquier otra omisión de la Administración Pública. 3.- La actuación material que no se sustente en acto administrativo. 4.- La actuación material de ejecución de actos administrativo que transgrede principio o normas del ordenamiento jurídico. 5.- Las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la Administración Pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia. 6.- las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública.

<sup>26</sup> Artículo 13.- Legitimidad para obrar activa. (...) también tiene legitimidad para obrar la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

impugnación de dicho acto expreso o conducir el proceso. Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer demanda.

4. Cuando se trate de silencio administrativo positivo por transcurso del plazo previsto en la Ley de procedimiento administrativo general o por normas especiales, el plazo para el tercero legitimado será de tres meses.
5. Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos, el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones.

Cuando la pretensión sea planteada por un tercero a procedimiento administrativo que haya sido afectado con la actuación administrativa impugnada, los plazos previstos en el presente artículo serán computados desde que el tercero haya tomado conocimiento de la actuación impugnada. Los plazos a los que se refiere el presente artículo son de caducidad.

## V. CONCLUSIONES

1. Respecto al primer cuestionamiento planteado que versa sobre lo siguiente: ¿se encuentra tipificado el recurso de nulidad en la Ley de Procedimiento Administrativo General?, debemos señalar que la LPAG no establece un recurso de nulidad propiamente dicho, puesto que solo se consideran como medios impugnatorios en sede administrativa al recurso de reconsideración y apelación; además, establece una condición para la aplicación del recurso de revisión, y esto es que debe ser habilitado mediante Ley o Decreto Legislativo. Por consiguiente, no existe recurso de nulidad en la LPAG.
2. Respecto al segundo cuestionamiento planteado que versa sobre lo siguiente: ¿qué entendemos por nulidad de acto administrativo?, debemos señalar que la declaración de nulidad es la invalidación del acto administrativo lesivo o inmerso en causales de nulidad establecidas en la LPAG o cuya conformación soslayó los requisitos de validez; además, se debe tener en cuenta que la autoridad administrativa es la responsable de declarar la nulidad de acto viciado, puesto que se requiere expresión material por parte de la autoridad administrativa, tal es el caso que, por muy evidente que sea la causal de nulidad, el acto seguirá surtiendo efectos mientras la Administración no declare su nulidad, puesto que dicha condición no es automática sino declarativa.
3. Respecto al tercer cuestionamiento planteado que versa sobre lo siguiente: ¿la nulidad de acto administrativo es una pretensión accesoria o principal?, es necesario precisar que la nulidad de acto administrativo nace a pedido de parte o producto de una fiscalización posterior del cual se desprende la “nulidad de oficio”. En ese sentido, cuando analizamos la “nulidad como pretensión” abordamos el impulso de parte, es decir, del propio administrado o tercero administrado. Asimismo, con la modificación del artículo 11 de la LPAG, se clarifica el sentido de la pretensión de nulidad, quedando debidamente

configurada como pretensión accesoria, puesto que la pretensión principal recae en la valoración del argumento de hecho y derecho del recurso impugnatorio presentado (sea reconsideración o apelación), y por ende en la estimación del petitorio.

4. El Decreto Legislativo N° 1272, que modifica la LPAG, trajo consigo importantes cambios en dicha norma. Uno de ellos se da en la “nulidad de acto administrativo”, donde se fortalece la pretensión de nulidad y establecen competencias, se determina que la nulidad puede ser atendida por el funcionario que debe resolver un recurso determinado (reconsideración o apelación), diferenciando la nulidad por impulso de parte y la de oficio; asimismo, modifica los plazos para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa y demandar en sede judicial. Del mismo modo, haciendo un análisis fugaz se evidencia la importancia de la emisión del Decreto Legislativo N° 1029 que implementó la facultad de la Administración para resolver el fondo del asunto y evitar retrotraer el procedimiento hasta la etapa en la que se produjo el vicio, garantizando la celeridad en el procedimiento. Por último, la última modificatoria a la Ley de Procedimiento Administrativo General mediante el Decreto Legislativo N° 1452, por el cual se modificaron los plazos para declarar la nulidad de oficio de actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal y de las decisiones de los consejos y tribunales.

## REFERENCIAS

- Baca, Víctor. “La invalidez de los actos administrativos y los medios para declarar en la Ley N° 27444, del procedimiento Administrativo General”. En *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*, 130. Lima: Ediciones Palestra Editores, 2011.
- Bartra, Juan. *Procedimiento Administrativo*. Tercera edición. Lima: Huallaga, 1994.
- Cortez, Juan. “La nulidad del acto administrativo”. En *Manual de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 158. Lima: Ediciones Gaceta Jurídica, 2011.
- Dromi, Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Décima edición. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2004.
- Guzmán, Christian. *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Pacífico, 2013.
- Morón, Juan. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

- Morón, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Séptima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, STC N° 0090-2004-AA/TC (2004). Acceso el 14 de junio de 2018. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Casación N° 2266-2004-PUNO(2006). Acceso el 15 de junio de 2018. <http://ius360.com/publico/administrativo/consecuencia-de-la-anulacion-de-oficiodictada-por-el-registro-nacional-de-proveedores-la-imposicion-de-una-sancion-sin-procedimiento/>

RECIBIDO: 24/08/2018  
APROBADO: 22/10/2018