

*La nulidad del acto administrativo en la  
legislación administrativa general*

*The Nullity of the Administrative Act in  
General Administrative Legislation*

Carlos Alexander Ponce Rivera,\* Felipa Elvira Muñoz Ccuro\*\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i22.1655>

\* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional. Docente de la Universidad Alas Peruanas.

Correo electrónico: [carlosponcerivera@gmail.com](mailto:carlosponcerivera@gmail.com), [c\\_ponce\\_r@doc.uap.edu.pe](mailto:c_ponce_r@doc.uap.edu.pe)

\*\* Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Doctora en Derecho por la Universidad Federico Villarreal. Catedrática de pregrado y postgrado. Directora de Investigación del Vicerrectorado de Investigación, Innovación y Emprendimiento de la Universidad Alas Peruanas.

Correo electrónico: [f\\_munoz@doc.uap.edu.pe](mailto:f_munoz@doc.uap.edu.pe)

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



*El hermano ausente.* Pintura. Juan Carlos Ñañake.

## RESUMEN

El procedimiento administrativo es un conjunto de trámites que tienen por finalidad lograr que la Administración pueda cumplir con su función reguladora a través de una declaración que debe estar revestida de un conjunto de elementos que garantizan que cumpla con su finalidad. Sin embargo, siempre existe la posibilidad de que la declaración emitida sea errada, obligando a la Administración a actuar para eliminarla del ordenamiento jurídico y con ella todos sus efectos, lo cual no es automático, sino que requiere de la existencia de alguna de las causales expresamente establecidas en la ley y además de la demostración de que el acto que se pretende anular agravia al interés público, algo que no siempre es fácil de alegar o demostrar. Asimismo, la declaración de nulidad está precedida de un análisis en donde concurre el administrado mismo al hacer uso de su derecho de defensa. El presente artículo aborda desde una perspectiva doctrinaria algunos de los aspectos más importantes de una de las instituciones más importantes del derecho administrativo, partiendo de la conceptualización del acto administrativo, definiendo el concepto de nulidad y diferenciándolo de la anulabilidad, pero bajo una perspectiva guiada por los principios que regulan el derecho público, desarrollando las causales para su declaración de las formas que la legislación reconoce para ello.

**Palabras clave:** *nullidad, acto administrativo, proceso administrativo.*

## ABSTRACT

The administrative procedure is a set of procedures that aim to ensure that the administration can comply with its regulatory function through a declaration that must be covered with a set of elements that ensure that it meets its purpose. However, there is always the possibility that the statement issued is wrong, forcing the administration to act to eliminate it from the legal system and with it all its effects, which is not automatic but requires the existence of some of the causes expressly established in the law and in addition to the demonstration that the act intended to be annulled is detrimental to the public interest, something that is not always easy to argue or prove. Likewise, the declaration of nullity is preceded by an analysis in which the same managed party makes use of his right of defense. The present article approaches from a doctrinal perspective some of the most important aspects of one of the most important institutions of Administrative Law starting from the conceptualization of the administrative act, defining the concept of nullity and differentiating it from the nullity but under a perspective guided by the principles that regulate Public Law, developing the grounds for its declaration in the forms that the legislation recognizes for it.

**Key words:** *nullity, administrative act, administrative procedure.*

## I. APROXIMACIONES A LA DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y A SU CONTENIDO

Existen diversas tesis que pretenden definir el acto administrativo debido, por un lado, a la permanente confusión que existe entre la legislación civil y la administrativa asignando al acto administrativo la condición de acto jurídico y, por otro, a la necesidad de evitar que existan puntos negros en la actividad estatal que no estén bajo control jurisdiccional y que han llevado a gran parte de la doctrina a considerar que toda declaración de la administración es un acto administrativo.

Dentro de la teoría negocial del acto administrativo se pretende asignar una categoría de acto jurídico a la declaración estatal con efectos jurídicos, sustentando la postura en el hecho de que el acto administrativo sería una “declaración de voluntad” ciertamente unilateral de parte de la Administración y que produce efectos jurídicos. Esta posición es asumida en principio por Zanobini y luego por una buena parte de la escuela española de la cual algunos autores peruanos son seguidores, lo que los lleva a definir al acto administrativo como toda declaración de conocimiento, deseo o juicio que la Administración realiza.

Esta tesis tiene como problema de fondo el hecho de que la Administración Pública carece de voluntad y sus declaraciones son emitidas en el marco del acatamiento a lo dispuesto en la ley, o sea del principio de legalidad que le permite hacer solo aquello que le está permitido hacer, procediendo en función de cada situación según la manera como la ley la regule asegurando que se den los efectos que esta dispone y no otros (a cada supuesto de hecho le corresponde un efecto en el derecho); es decir, es la ley que determina el actuar de la Administración y no el burócrata, que es un simple operador con una discrecionalidad tan pequeña que incluso cuando la tiene su ejercicio está constreñido a aspectos no regulados por la ley, en donde sin embargo debe recurrir a otras fuentes del derecho con la finalidad de dar legalidad a sus actos, por lo que resulta muy difícil hablar de “voluntad” de la administración, por lo menos en la acepción que le da el derecho civil.

Como lo señala el profesor Christian Guzmán:

En las definiciones tradicionales del acto administrativo que lo precisan, pura y sistemáticamente, como una declaración de voluntad realizada por la Administración, con el propósito de producir un efecto jurídico, el problema se reduce a determinar, en primer lugar, qué se entiende por voluntad. Y es que no resulta adecuado asignarle voluntad al Estado, toda vez que el mismo actúa —o debe actuar— de conformidad con las normas legales preexistentes. Es aquí donde encontramos la principal diferencia entre el acto jurídico civilmente entendido y el acto administrativo. El primero es siempre una declaración de voluntad de una persona cuya determinación es enteramente clara.

El acto administrativo, en cambio, se sujeta a un procedimiento y a una razón de ser. No puede afirmarse que existe voluntad de la Administración pues el accionar de la misma no es libre. La única voluntad admisible es la del constituyente o la del legislador, ninguno de los cuales desempeña función administrativa. El acto jurídico civil —de carácter privado— es un acto que tiene un componente volitivo ineludible y que admite, en ocasiones, un componente cognitivo.

El acto administrativo solo admite componentes cognitivos, puesto que resulta ser el resultado de un procedimiento previo, regulado por la Ley.<sup>1</sup>

En esa misma línea de pensamiento va Garrido Falla cuando señala que “no cabe contemplar el acto administrativo como expresión de voluntad psíquica del funcionario del que emana, cualquiera sea la participación que ésta haya tenido”<sup>2</sup>.

Además, la tesis negocial pretende darle la condición de acto administrativo a toda declaración de deseo, de conocimiento o juicio en la idea de evitar que alguna actuación administrativa quede fuera del control jurisdiccional. El problema es, como lo señala el profesor Ramón Huapaya, siguiendo a Boquera que “los deseos, los conocimientos y los juicios no crean derechos y obligaciones y mucho menos los imponen a un sujeto. La creación unilateral de consecuencias jurídicas y su imposición a un sujeto, solo puede ser obra de la voluntad”.<sup>3</sup> Además, al darle a las declaraciones de deseos, juicios y conocimientos el carácter de actos administrativos se está olvidando que una de las características de esta categoría jurídica es la de ser un instrumento de ordenación, vale decir, de modificación del *status* jurídico de las personas a través de decisiones de obligatorio cumplimiento, efecto que no produce una declaración que no contiene un mandato, un otorgamiento de un derecho o la generación de un deber.

<sup>1</sup> Christian Guzmán, *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo* (Lima: Ed. Caballero Bustamante, 2011), 371.

<sup>2</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho administrativo* (Lima: Tecnos; Madrid, 2005), 597.

<sup>3</sup> Ramón Huapaya, “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la LPAG”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 9 (Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, 2011).

La línea doctrinaria de la regulación peruana parece ir más por una postura que trata de darle la mayor fuerza posible a los efectos del acto administrativo. En efecto, el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley 27444 (en adelante la ley) conceptualiza al acto administrativo, como toda declaración de las entidades que, “en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

En ese sentido, queda establecido que para el derecho peruano en principio únicamente podrían ser actos administrativos las declaraciones de las entidades que tengan por finalidad producir efectos jurídicos externos, sean estas de trámite o finales.

Esta distinción es importante en la medida que de la identificación de su naturaleza se desprenderá la regulación aplicable a la institución. Siguiendo a Huapaya, por ejemplo, una certificación es una declaración pero que no produce efectos jurídicos porque no tiene contenido regulador, por tanto no es impugnabile; un informe es una declaración de conocimiento, pero no genera efectos jurídicos externos, por lo que tampoco es impugnabile; sin embargo, sí lo es la resolución que se sustenta en dicho informe porque esta sí contiene un mandato y va a modificar el estatus jurídico del destinatario.

No hay que olvidar que uno de los elementos del concepto del acto administrativo, por lo menos en nuestra legislación, es que los efectos de la declaración van a incidir en el universo jurídico del destinatario; por eso se dice que tiene carácter regulador, porque precisamente está destinado a producir una consecuencia jurídica.

En todo caso, en el afán de poder amalgamar lo establecido en la ley con la posición doctrinaria mayoritaria, se podría afirmar que se considerará como acto administrativo a toda declaración de juicio, de deseo o de simple conocimiento de la autoridad, siempre que produzcan consecuencias jurídicas para los administrados.

## II. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Un aspecto importante dentro de la teoría del acto administrativo es el referido a la presunción de validez que lo envuelve y que, como se verá más adelante, representa una característica fundamental del mismo, por cuanto entre otros efectos determina los alcances de la declaración de nulidad a nivel administrativo o judicial.

El artículo 9 de la Ley prescribe que “todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. Este artículo, a decir de Danós,

consagra una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la Administración Pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la Administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos. Como señala el profesor Juan Carlos Cassagne, “si no existiera tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando... el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común, sin atender a la preponderancia que aquellos representan como causa final del Estado”.<sup>4</sup>

Como lo señala Morón, la aplicación de la presunción de validez implica, entre otros efectos, la necesidad de alegar la ilegalidad, aun cuando se trate de vicios evidentes y de que esta tenga que ser necesariamente declarada; *contrario sensu*, no es necesario que ninguna autoridad declare o confirme la legalidad del acto para que este produzca efectos por cuanto obra la presunción legal en su favor. Siguiendo al mismo autor, la aplicación de este principio tiene las siguientes consecuencias en la nulidad administrativa:

- Los casos de nulidad administrativa son de interpretación restrictiva;
- Favorece la posibilidad de conservación del acto administrativo;
- Los efectos de la invalidez deben tenderse a su aislamiento;
- Agrava la situación de las autoridades y de la Administración que emite conscientemente un acto gravemente nulo por cuanto actúan contra la buena fe procedimental al pretender acogerse su acto a la ventaja de la presunción de validez;
- Restricción de los supuestos en que por seguridad jurídica se tornen inalterables favoreciendo su revisabilidad los actos nulos.<sup>5</sup>

En ese sentido, resulta importante afirmar que la declaración de nulidad termina siendo la última ratio en cuanto se refiere a la posibilidad de corregir un vicio sin recurrir a otra entidad o instancia jurisdiccional; por tanto, la determinación de su existencia debe estar necesariamente precedida de un cuidadoso análisis; tal como lo señala el Tribunal Supremo Español:

<sup>4</sup> Jorge Danós, *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general*, acceso el 10 de enero de 2018, [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)extraído

<sup>5</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017), 247.

La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de estas para que se subsanen las irregularidades detectadas... En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan solo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del art. 48.2, y ello solo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición esta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el art. 24 CE, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de este había incurrido”.<sup>6</sup>

### III. LA NULIDAD ADMINISTRATIVA. ACERCAMIENTO A SU DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON LA NULIDAD CIVIL

La nulidad, a decir de Morón, es “el castigo jurídico para los actos incursos en alguna causal privativa de los efectos jurídicos aspirados por su autor y que el acto estaba llamado a producir de no existir tal causal”.<sup>7</sup>

Para Gordillo, el concepto de nulidad no constituye sino una relación entre otros conceptos: “La relación en virtud de la cual el derecho asigna a un hecho una determinada consecuencia jurídica siendo que esta consecuencia no es la nulidad del acto sino la efectiva supresión del acto bajo determinadas condiciones”.<sup>8</sup> En efecto, la nulidad administrativa en realidad es la consecuencia que el legislador le ha dado a la existencia en el acto administrativo de alguna de las causales por él establecidas en la misma ley y que son consideradas de tal gravedad que se debe determinar que cesen sus efectos y que sea considerado como nunca emitido inclusive con efecto retroactivo; por ello resulta pertinente considerar a la nulidad declarada como una sanción implícita en la medida que es una reacción del derecho consistente en la extinción de la relación jurídica establecida por el acto declarado como nulo como consecuencia de la aplicación forzosa del derecho ante la violación de un deber jurídico.

<sup>6</sup> Tribunal Supremo Español. STS de 12 de diciembre de 1992, acceso el 31 de enero de 2018, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4433-nulidad-causada-por-actos-dictados-prescindiendo-total-y-absolutamente-del-procedimiento-legalmente-establecido:-estudio-jurisprudencial/>

<sup>7</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017), 248.

<sup>8</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000), 1.

Si una norma jurídica (expresa o implícita) establece en forma imperativa un deber jurídico (por ejemplo, “los actos administrativos deberán ser dictados dentro de la competencia del órgano; “el objeto de los actos administrativos no podrá contravenir las prohibiciones expresas de la ley”; “el administrador no puede usar de la competencia que le confiere la ley sino con la finalidad de cumplir el objetivo legal,” etc.), no es extraño a ella interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada: O sea, negar valor jurídico a lo que no se ajusta a derecho.<sup>9</sup>

Al respecto, Baca Oneto realiza una interesante precisión cuando señala que la invalidez es considerada como un castigo pero que en realidad la verdadera sanción es la ineficacia —que es la no producción de efectos, o destrucción de los ya producidos— del acto por cuanto esta se relaciona con las consecuencias que se ligan a la disconformidad existente entre la norma y el acto al dejar de proteger jurídicamente a un acto que no es idóneo para producirlos, por lo que, como toda sanción, debe ser necesariamente declarada.<sup>10</sup>

Por tanto, la nulidad administrativa es muy diferente a la regulada en el derecho común por cuanto sus causales, procedimiento, proposición y otros aspectos esenciales son tan distintas que tiene sentido lo señalado por Felipe Isasi y otros autores cuando afirman que es incorrecto entender la nulidad administrativa como una expresión de la nulidad regulada en el Código Civil.

En efecto, la nulidad administrativa por lo menos en nuestra legislación no admite la idea de la “nulidad relativa” o de la “anulabilidad” reguladas en el Código Civil, a pesar de que un sector de la doctrina pretenda vincularla con la “conservación” del acto administrativo.<sup>11</sup> La anulabilidad civil solo puede ser invocada por las partes y tiene presupuestos diferentes a los regulados por el derecho administrativo para la confirmación del acto administrativo, siendo este un procedimiento de oficio en donde la Administración verifica la existencia de elementos que pueden determinar su nulidad, pero al constatarse que estos no son graves se inclina por mantener su vigencia optando por su enmienda, vale decir por la corrección de los defectos encontrados. Postura diferente tienen autores como Jorge Danós, quien señala que

Nuestra legislación, a diferencia de otros ordenamientos administrativos, tampoco ha recogido expresamente la categoría del acto administrativo anulable (también denominado “nulidad relativa”), el cual es conocido en la doctrina como aquel acto administrativo que padece de vicio leve o de menor gravedad, razón por la que puede ser convalidado mediante la subsanación *a posteriori* de los vicios que adolece. Sin embargo, esta omisión es solo aparente, porque aunque la categoría acto administrativo anulable no existe en la LPAG, lo sustancial de la misma está implícita en las reglas referidas a la conservación de los actos

<sup>9</sup> Gordillo, *Tratado de ...*, 11.

<sup>10</sup> Víctor Baca, *La invalidez de los actos administrativos. La Ley de Procedimiento Administrativo General 10 años después* (Lima: Palestra, 2011), 114.

<sup>11</sup> Felipe Isasi, *Tratado de derecho administrativo* (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2014), 407.

administrativos contenidas en el artículo 14, porque como ya se ha comentado tratándose de actos que padecen de vicios considerados no trascendentes o no relevantes por dicho dispositivo los entes administrativos están legalmente obligados a subsanarlos, anticipándose a una eventual impugnación de los mismos por parte de los administrados.<sup>12</sup>

El mismo autor cita como pie de página la posición de Baca Oneto, quien señala que no es correcto vincular la conservación con la anulabilidad por cuanto esta última ya está inmersa en la nulidad de pleno derecho regulada en la Ley “debido a que el ordenamiento administrativo peruano sujeta a esta última figura a estrictos límites temporales para declarar su invalidez, mientras que en su opinión lo característico de la nulidad debería ser la imprescriptibilidad de la acción para su declaración o de la potestad de la Administración para revisar de oficio sus actos”.<sup>13</sup> En otro texto, Baca señala que el primero de los supuestos vicios de nulidad de pleno derecho recogido en la Ley es de una amplitud tal (ya que cualquier infracción al ordenamiento distinta de las reconocidas en el art 14 puede incluirse en él) que muestra claramente cómo la nulidad del derecho peruano no es realmente tal, sino una anulabilidad disfrazada.<sup>14</sup> Martín Vincés va en la misma línea al señalar que

en el ordenamiento peruano las acciones para solicitar la declaración de nulidad de un acto administrativo se encuentran sujetas a plazos de caducidad, por lo que realmente se trata de acciones de anulabilidad... el régimen de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos establecido en la LPAG no es conforme a las características esenciales de esta institución; por el contrario, si bien se reconoce formalmente esta categoría, en realidad lo que se encuentra presente es la anulabilidad del acto administrativo, construida sobre los supuestos de nulidad de pleno derecho. Esta configuración demuestra que el legislador ha pretendido favorecer el principio de seguridad jurídica soslayando el principio de legalidad, aun cuando este último es considerado pieza clave en la regulación de la actividad de la Administración pública en el actual Estado de derecho.<sup>15</sup>

El problema a nuestro entender está en la pretensión de envolver a una institución de derecho público como es la nulidad administrativa en una de derecho privado sin ningún efecto práctico y negando la autonomía de la que gozan las instituciones jurídicas en el derecho administrativo pretendiendo “civilizar” su contenido a pesar de las evidentes diferencias que existen en su naturaleza y regulación.

<sup>12</sup> Jorge Danós, *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general*, acceso el 10 de enero de 2018, [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)

<sup>13</sup> Jorge Danós, *Régimen de la nulidad ...*

<sup>14</sup> Víctor Baca, *La invalidez de los actos administrativos. La Ley de Procedimiento Administrativo General 10 años después* (Lima: Palestra Ed., 2011), 126.

<sup>15</sup> Martín Vincés, “Reflexiones sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana”, *Revista de Investigación Jurídica IUS*, acceso el 11 de enero de 2018, <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/download/71/66>

La razón para los tratamientos diferenciados está en su finalidad. Mientras la nulidad en el Código Civil está orientada a proteger la voluntad de las partes, la nulidad administrativa busca, fundamentalmente, proteger la vigencia del ordenamiento jurídico o, como dice Dános, que la Administración no vulnere el ordenamiento jurídico.

Claro está que existen fundamentos de cierta solidez para este tratamiento diferenciado del tema de la nulidad del acto administrativo, respecto del derecho común. Estos fundamentos yacen en la propia naturaleza del acto administrativo diversa de la que ostenta el acto jurídico de derecho privado: los efectos jurídicos del acto jurídico tienen su fuente en la voluntad de los particulares a quienes el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad para generar obligaciones. En consecuencia, en la teoría de las nulidades del derecho común cabe distinguir entre la anulabilidad que busca proteger esencialmente la autonomía de la voluntad, enervando los actos jurídicos que revelen que la declaración de voluntad no ha sido auténticamente libre y la nulidad que tutela el interés general y la legalidad. En cambio, la regla general en la teoría del acto administrativo es que el órgano expresa la voluntad de la Administración erigida en la ley, siendo que el funcionario no expresa el producto de su propio proceso volitivo, el cual, la mayoría de las veces resulta irrelevante para la producción del efecto jurídico.<sup>16</sup>

Según Parada Sánchez, citado por Baca Oneto, la conservación del acto administrativo como regla en los supuestos de invalidez menos graves es el resultado “de la conveniencia de potenciar la presunción de validez de los actos administrativos, la eficacia de la actividad administrativa y la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta ante la inobservancia de cualquier requisito o norma”.<sup>17</sup>

Estos criterios de protección podrían justificar que mientras en el derecho civil la regla para el acto viciado sea su nulidad, en el derecho administrativo sea más bien la excepción, por cuanto si bien es cierto existe la obligación de velar por el respeto a la legalidad también es cierto la importancia de proteger los pronunciamientos del Estado para garantizar la estabilidad jurídica, fundamento que justifica la existencia del principio de presunción de validez del acto administrativo, lo cual motiva la tendencia a la reducción de la virtud invalidatoria de las infracciones y vicios en los que los actos puedan incurrir; en esta línea van las regulaciones establecidas en los artículos 9 y 14 de la Ley.

Como señala García de Enterría:

El ilícito administrativo, es cierto, se define con un carácter general, pero la virtud anulatoria de estas infracciones se reduce sustancialmente hasta el punto de que el legislador reconoce la existencia de infracciones o irregularidades no invalidantes. Del mismo modo, los casos de nulidad absoluta se restringen al máximo y se convierten en supuestos tasados.

<sup>16</sup> Felipe Isasi, *Tratado de derecho administrativo* (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2014), 406.

<sup>17</sup> Víctor Baca, *La invalidez...*, 126.

El principio *favor acti*, que resulta de esta presunción legal de validez, no se limita, sin embargo, a consagrar la anulabilidad como regla general y a reducir, incluso, por abajo su ámbito propio (irregularidades no invalidantes), sino que da lugar a una serie de técnicas de garantía, explícitamente establecidas por el legislador: incomunicación de la invalidez de los actos viciados a los posteriores independientes del mismo, en contra de lo que constituye la regla general que postula la interdependencia de los actos procedimentales, incomunicación de la invalidez de una parte del acto respecto de las restantes que sean independientes de aquella; conservación de actos y trámites cuyo contenido no sea afectado por la declaración de nulidad del acto final; posibilidad de convalidación de los actos anulables mediante la subsanación de sus vicios sin limitación de tiempo, etc.<sup>18</sup>

#### IV. CAUSALES PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

Las causales que motivan la declaración de nulidad de un acto administrativo son establecidas en el artículo 10 de la Ley. Como podrá observarse, estas son siempre originarias y no sobrevenidas, es decir, deben presentarse al momento de la emisión del acto;

el acto, solo puede evaluarse con respecto al momento en que este fue adoptado, con independencia de lo que ocurra durante el tiempo en que sus efectos estén vigentes, pues el acto, como declaración productora de efectos jurídicos, es “momentáneo”, y una vez dictado quedan únicamente las relaciones o situaciones jurídicas que ha creado, modificado, regulado o extinguido, que son las que, en realidad, pueden perdurar en el tiempo. Por tanto, la invalidez no puede ser realmente “sobrevenida”, pues cualquier circunstancia que se produzca una vez dictado el acto (ya sea por una pérdida de las condiciones subjetivas u objetivas que justificaron su nacimiento o por una modificación normativa) puede convertir en ilegal la situación o relación jurídica nacida de él, pero ya no puede volver a este en inválido. En ese caso, se produce una “ilegitimidad”, entendida esta como carencia de cobertura jurídica, sobrevenida de los efectos del acto, que justifica su revocación, y no su anulación.<sup>19</sup>

Las causales para declarar la nulidad establecidas en la ley son las siguientes:

##### 4.1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias

Esta disposición es consecuencia directa de lo establecido en el artículo 8° de la Ley, que establece que son válidos los actos emitidos conforme al ordenamiento jurídico.<sup>20</sup> Sin embargo, resulta siendo una suerte de regulación general que en la práctica relativiza la naturaleza

<sup>18</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*. Tomo I (Lima: Editorial Temis, 2006), 660.

<sup>19</sup> Víctor Baca. *La invalidez...*, 116.

<sup>20</sup> Christian Guzmán, *Tratado de la Administración Pública...*, 408.

restrictiva que debe tener la declaración por cuanto, en estricto, toda irregularidad resulta contravenir el ordenamiento jurídico. Además, todas las causales establecidas en el artículo 10 contravienen el ordenamiento jurídico, por lo que, siguiendo a Morón, el supuesto bajo comentario está subsumido en los otros incisos. En este extremo coincidimos con Felipe Isasi cuando señala que esta causal debería quedar reservada solo para los casos en los que afecta el interés público o los derechos de los administrados, “aplicando la regla *favor acti* cuando sea posible concluir que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio como lo señala el artículo 14 de la ley”.<sup>21</sup>

Sin embargo, en la práctica se puede apreciar la tendencia común de las administraciones a utilizar esta causal para motivar la declaración de nulidad de cualquier acto administrativo que tenga algún vicio, dejando casi a discrecionalidad del funcionario la valoración referida al interés público que debería motivar realmente dicho proceder por cuanto, como anteriormente se ha señalado, la nulidad es una declaración restrictiva y reservada para casos graves en donde hay una evidente afectación al interés general o a los derechos de los administrados.

#### **4.2. 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**

El artículo 3 de la Ley prescribe que los requisitos de validez del acto administrativo son:

*1. Competencia.* Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

Entonces, los vicios asociados con este requisito pueden ser:

- o Por razón de territorio.- Cuando el órgano que emite el acto excede el ámbito físico dentro del cual debe ejercer su competencia.
- o Por razón de materia.- Cuando el órgano que emite el acto invade las competencias de otro órgano de la administración.
- o Por razón de tiempo.- Cuando el agente decide antes (todavía no asume) o después (ya cesó en sus funciones) del tiempo en que su decisión hubiera sido válidamente posible.
- o Por razón de grado.- Cuando un órgano emite un acto administrativo que debe ser emitido por la instancia superior o inferior, salvo en los supuestos en donde existe avocación o encargo de gestión. Este tipo de vicio admite tres supuestos:

<sup>21</sup> Felipe Isasi, *Tratado de derecho...*, 412.

- a) Cuando un superior jerárquico conoce cuestiones que son de la competencia exclusiva de un órgano inferior;
  - b) Cuando un órgano inferior conoce y resuelve cuestiones de la competencia reservada al superior jerárquico;
  - c) Cuando un órgano administrativo actúa en virtud de una delegación de competencia que estaba prohibida o para la que no estaba autorizado el órgano delegante. Aquí hay una doble incompetencia: la del órgano que delegó lo que no podía delegar y la del que actuó en virtud de delegación ilegal, por la apariencia jurídica que la delegación produjo.<sup>22</sup>
- o Por razón de cuantía.- Cuando el monto de lo que se va resolver no corresponde a la entidad o al órgano que emite el acto.

Asimismo, cabría señalar como vicios vinculados a la competencia supuestos referidos al nombramiento insuficiente del funcionario que emite el acto y a la falta de nombramiento o a la pérdida de los efectos de este. Al respecto, es necesario señalar que un funcionario designado lo es hasta que la designación sea dejada sin efecto de manera expresa, por lo que mientras no se emita la resolución con el retiro de la designación, todos los actos realizados por el funcionario son válidos; por otro lado, en el caso de la ausencia de competencia surge el problema de los llamados “funcionarios de hecho”, que son aquellos que ejercen función pública sin designación; en este caso, la doctrina reconoce, por un lado, la tesis de la negación de la validez de los actos emitidos por ellos, y por otro la posibilidad de hacerlo en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando existen nombramientos irregulares en casos de emergencia o en los casos en donde la designación es impugnada, y mientras esta se resuelve, el funcionario emite actos que luego son cuestionados al encontrar amparo la impugnación. Razones de seguridad jurídica y apariencia de legalidad se invocan para defender la validez de los actos emitidos por dichos funcionarios.

En fin, coincidimos con Garrido Falla en el sentido de que los vicios de competencia deben entenderse en sentido amplio, o sea considerando a tales como cualquier acto administrativo dictado por una persona jurídico-pública en una materia para la que carece de capacidad, así como todo acto producido por órgano incompetente.<sup>23</sup> Esto es aplicación de la máxima que regula el derecho público y que indica que la administración solo puede hacer aquello que la ley le permite hacer.

1. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se

<sup>22</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 602.

<sup>23</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 600.

ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

Los vicios vinculados al Objeto se presentan cuando el acto tiene un objeto que no fuera cierto, o cuando se trata de un acto física o jurídicamente imposible. La imposibilidad debe ser originaria, puesto que la imposibilidad sobrevenida genera más bien la ineficacia del acto.<sup>24</sup> Los vicios de ilicitud, a decir de Morón, pueden presentarse bajo una de las siguientes formas:

- o Contenido ilícito (inconstitucional, contrario a reglamentos, a sentencias firmes, y actos constitutivos de delitos).
- o Contenido contrario a acto administrativo firme.
- o Contradicción inmediata entre los objetos perseguidos por el acto administrativo y la norma (infracción directa *contra legem* de la norma jurídica).
- o Contenido jurídicamente imposible.
- o Contenido físicamente imposible.
- o Vicio en la motivación jurídica del acto.
- o Fundamentarse en un criterio jurídico inexistente (deficiente base legal), insuficiente, contradictoria o ilícita.
- o Fundamentarse en una incorrecta fundamentación de la norma (error de derecho).
- o Fundamentarse en una falsa valoración de los hechos (ilegalidad relativa a los fundamentos de hecho).
- o No fundamentar decisiones.
- o Desvío de poder (uso abusivo de la potestad discrecional y falta de prudencia en su empleo).<sup>25</sup>

Cuestión adicional es la referida a las cláusulas accesorias o más precisamente a aquellas que hacen que la eficacia del acto esté sujeta a condición, modo o plazo, las cuales en principio pueden configurarse solo cuando la Administración está haciendo uso de su poder discrecional; en estos casos, la legalidad está configurada por el hecho de que la cláusula no contravenga el interés público.<sup>26</sup> En caso de existir algún vicio de este tipo se configuran dos opciones: la primera que implica anular únicamente la cláusula viciada conservando el acto, y

<sup>24</sup> Christian Guzmán, *Tratado de la Administración Pública ...*, 407.

<sup>25</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley...*, 250

<sup>26</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 606

la segunda anular todo el acto administrativo; consideramos que la decisión dependerá de si la cláusula constituye o no la razón principal motivadora de la emisión del acto; si estamos en este último supuesto, entonces no cabrá otra opción que dejar sin efecto toda la resolución.

2. *Finalidad pública.*- El acto administrativo debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

La determinación de la finalidad del acto ayuda a responder a la pregunta de para qué se emite el acto administrativo. El acto administrativo se dirige siempre a una finalidad objetivamente comprobada: el interés público o el servicio público.<sup>27</sup>

Dentro de los vicios en la finalidad del acto se encuentran aquellos que se conocen como “desviación de poder” y estos se presentan cuando el acto se ha dictado con una finalidad distinta a la prevista por el legislador. Para que ocurra la denominada desviación de poder, debe haber una autoridad administrativa con competencia, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido en la ley.<sup>28</sup>

La desviación de poder es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario cualificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual han sido conferidos, o, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio. La teoría de la desviación de poder es la defensa de la moralidad administrativa.<sup>29</sup>

Un ejemplo de esta desviación se da cuando se emite un acto con una finalidad personal o para beneficiar a terceros o que el fin sea diferente al que la ley le asigna. El principal problema se encuentra en la forma en que se demuestra la existencia de intereses diferentes al general, por cuanto para la configuración de la desviación se exige en principio que el acto emitido sea legal y haya sido emitido por autoridad con competencia para ello, siendo necesaria la acreditación de hechos que demuestren que el funcionario acomodó la ley para servirse de ella o para servir irregularmente a terceros.

<sup>27</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 614.

<sup>28</sup> Christian Guzmán, *Tratado de la Administración Pública...*, 408.

<sup>29</sup> Alibert, “Le controle juridictionnel de l’Administration”, en Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 615.

3. *Motivación.*- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. La causa, siguiendo a Garrido Falla, en derecho administrativo debe entenderse como la razón que justifica en cada caso que el acto administrativo se dicte. La comprobación de la causa ha de consistir en la constatación o apreciación de un hecho o de un estado de hecho; esta afirmación toma cuerpo cuando se verifica que la Ley considera dentro de los principios que regulan el procedimiento administrativo al de verdad material por el cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones. La motivación o causa ayuda a responder la pregunta de por qué se emite el acto administrativo. La diferencia entre la motivación y la finalidad es la misma que existe entre el presupuesto fáctico que justifica (incluso que exige) que la actuación se produzca y la intención que anima dicha actuación.<sup>30</sup>

Las razones de hecho y de derecho son las que justifican la declaración de la Administración; una resolución solo puede fundarse en razones debidamente probadas y sustentadas. La omisión a este requisito implica la ausencia de sustento y por tanto una vulneración a los derechos de los administrados y al mismo ordenamiento jurídico por cuanto la decisión deviene en arbitraria. La motivación debe ser clara y tener relación directa con la decisión y tiene que ser lógica.

La Ley señala que los defectos en la motivación no siempre dan lugar a la nulidad por cuanto en el artículo 14.2.1 señala que puede ser objeto de enmienda y, por tanto, de conservación “el acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación”. Esto quiere decir que una motivación insuficiente no es causal de nulidad pero sí lo será la motivación aparente o inexistente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 02960-2012-PA/TC señala lo siguiente:

2.3.5. En lo que refiere a la motivación de los actos administrativos, este Colegiado, en la STC 2192-2004-AA/TC, ha señalado: “La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado democrático de derecho, que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado constitucional democrático, el poder público está sometido al derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”.

<sup>30</sup> Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 615.

2.3.6. Asimismo, este Tribunal ha tenido oportunidad de expresar su posición en la STC 00091-2005-PA/TC, fundamento jurídico 9, párrafos 3, 5 al 8; criterio reiterado en las STC 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras, en los siguientes términos:

El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. [...].

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...).

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.

2.3.7. Adicionalmente en el fundamento 40 de la STC 8495-2006-PA/TC ha determinado que: “(...) un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”.

2.3.8. Sobre el particular el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que el debido procedimiento administrativo es uno de los principios del procedimiento administrativo, el cual reconoce que: “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho [...]” (subrayado agregado).<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional. STC Exp. 00091-2005-PA/TC.

5. *Procedimiento regular.*- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación. Se va a incurrir en un vicio esencial por razón de procedimiento cuando el seguido para la emisión del acto ha sido irregular y esta irregularidad no puede ser subsanada; cuando puede ser corregida se procede a la enmienda del acto, así lo señala el artículo 14.2.3 de la Ley cuando establece que puede ser objeto de conservación “el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado”. Como señala Morón, el problema en la aplicación de este precepto está en establecer cuando se está ante un vicio trascendente y cuando no; al respecto dicho autor señala que existe tal vicio cuando:

- o Un acto administrativo es emitido a través de un procedimiento distinto al legalmente establecido —aunque coincida parcialmente con este—;
- o Cuando se omita un trámite obligado por alguna disposición legal o derivados del debido proceso (por ejemplo, carecer de algún dictamen preceptivo antes de la decisión, de las formas de votación calificada en los órganos colegiados, o privar del derecho al debido proceso);
- o Cuando se dicte alguna decisión faltando totalmente al procedimiento del cual debería derivarse. Obviamente este caso es el más grave, porque no se trata de haberse afectado algún trámite previsto en la ley, sino de la falta absoluta del procedimiento administrativo imperativo para generar el acto, de tal manera que la autoridad expide una decisión desprovista totalmente de juridicidad.<sup>32</sup>

Ahora, coincidiendo con García de Enterría, estas consideraciones deben ser vistas de manera restrictiva por cuanto lo que debe buscar la Administración antes que anular es ver si la convalidación es posible de ser realizada; una aplicación literal de los supuestos antes establecidos implicaría en la práctica que cualquier omisión o defecto en el trámite sería causal para declarar la nulidad por lo que se hace necesario en todos los casos analizar si en realidad la omisión o defecto en el trámite es de tal naturaleza que su realización era determinante en el contenido del acto y, en todo caso, de haberse realizado hubiera implicado un cambio de posición en el contenido de la resolución. Al respecto, el autor antes citado señala que

Una interpretación de la expresión “requisitos esenciales” que llevase a abarcar dentro de ellos cualquier condición que sea necesaria para la validez del acto declarativo de derecho, llevaría a inevitablemente a reconducir a la categoría de nulidad radical todo supuesto de

<sup>32</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley...*, 251.

ilegalidad de un acto declarativo de derechos en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.<sup>33</sup>

**4.3. 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**

El silencio administrativo no es otra cosa que el efecto que tiene el transcurso de un plazo para resolver un procedimiento administrativo, sin que se haya dictado y notificado la resolución que ponga fin a dicho procedimiento.<sup>34</sup> El artículo 33-A.1 de la Ley establece que “en los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo, la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera”.

Por otro lado, el artículo 31.1 de la Ley establece que “en el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad”.

En resumen, en ambos casos estamos ante supuestos regulados por la necesidad de acelerar el comercio de las cosas y dar una mayor sensación de eficiencia en el actuar de la Administración, que debe orientar sus limitados recursos a verificar solo aquello que se considera que es realmente importante y/o que es potencialmente más dañoso para las personas. Sin embargo, la misma Ley prevé la obligación de realizar el procedimiento de fiscalización posterior que es aquel mediante el cual, en los casos en donde ha operado el silencio administrativo positivo o la aprobación automática, se realicen acciones destinadas a verificar que efectivamente los requisitos para la realización del trámite se cumplen. Un ejemplo de ello tenemos en los procesos de contratación regulados por el Decreto Legislativo N° 1057 (contratación administrativa de servicios o CAS), en donde los postulantes presentan declaraciones juradas de cumplir con los requisitos exigidos en las bases y demás documentación en copias simples; una vez que se ha declarado al ganador la Administración debe verificar que efectivamente lo declarado por el postulante sea cierto y este a su vez debe presentar los originales de la documentación presentada para que las copias correspondientes sean fedateadas en la entidad, verificando de

<sup>33</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho...*, 679

<sup>34</sup> Tania Bernaldo, *El silencio administrativo*, acceso el 15 de enero de 2018, <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-silencio-administrativo>

esa manera la veracidad de la documentación presentada; en caso de verificarse que la información es falsa se declara la nulidad de la adjudicación dejándola sin efecto. El mismo trámite se cumple en los procedimientos en donde se presentan copias o se declaraciones juradas para la obtención de autorizaciones para realizar determinadas actividades económicas.

En ese sentido, como lo señala Morón, resulta siendo una consecuencia lógica que la administración deje sin efecto un acto administrativo cuando se verifica luego de su emisión que no se han cumplido los requisitos establecidos para ello.

#### **4.4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma**

Resulta siendo una consecuencia necesaria de la comisión de un delito el que los actos realizados para su materialización o que sean consecuencia de este no tengan amparo en el derecho y por tanto deban ser extirpados del ordenamiento cuando el órgano jurisdiccional llega a determinar la existencia de un acto de esa naturaleza. En este caso, la causal podrá ser invocada únicamente luego de que el Poder Judicial se haya pronunciado, por lo que la Administración no puede ampararse en ella para anular un acto administrativo hasta no tener una sentencia firme que determine la existencia de un delito contándose a partir de ese momento el plazo prescriptorio para declarar la nulidad.

### **V. LOS TIPOS DE NULIDAD: NULIDAD DECLARADA DE OFICIO Y NULIDAD DECLARADA COMO CONSECUENCIA DE LA PRESENTACIÓN DE UN RECURSO IMPUGNATORIO**

#### **5.1. Nulidad declarada de oficio**

Como se ha señalado anteriormente, la nulidad de un acto administrativo puede ser declarada o como consecuencia de la interposición de un recurso impugnatorio o de oficio, cuando es la propia autoridad la que ante la necesidad de satisfacer el interés general respetando el principio de juridicidad observa su propia actividad e identifica un vicio que es tan grave que no cabe otra opción más que eliminar al acto emitido y extirparlo del ordenamiento jurídico; este supuesto es regulado en el artículo 202.1 de la Ley que establece 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 agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.”

Al respecto, es necesario considerar que las causales para declarar la nulidad son las que se establecen en el artículo 10 y que antes han sido desarrolladas, por lo que acá es necesario incidir en las demás condicionantes establecidas en la ley para poder declararla. En primer lugar, conforme lo establecido en el artículo antes citado no será suficiente que se esté ante uno de los supuestos señalados en dicho artículo, sino que es necesario además que se agravie

el interés público y/o que se afecte un derecho fundamental, siendo esta última exigencia una incorporación realizada por el Decreto Legislativo N°1272, aparentemente siguiendo a lo establecido en el artículo 62.1 a) de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común de 1992, con lo que se abre la posibilidad de que la nulidad pueda estar motivada en un interés privado o que pueda ser empleada en favor del administrado, aun cuando este no haya impugnado el acto siempre y cuando afecte un derecho fundamental de este.<sup>35</sup> Esto implica que puede existir un acto ilegal (en el sentido amplio de lo que se entiende por ilegalidad) pero que no agrave el interés público o que no afecte un derecho fundamental, por lo que no podrá ser objeto de una declaración de nulidad. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp N° 4058-2004-AA/TC cuando señala que

7. Respecto a la inaplicabilidad de la resolución cuestionada, corriente a fojas 8 de autos, se advierte que no cumple el requisito de acreditar la afectación del interés público, según manda el artículo 202°, numeral 202.1, de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General, no pudiendo anularse de oficio la Resolución Directoral N° 030-2003-HD-HVCAIUP, del 28 de febrero de 2003, que obra a fojas 7 de autos, mediante la cual se asciende y se nombra al recurrente, a partir de dicha fecha, en el cargo de enfermero I nivel IV, en la Dirección del Hospital Departamental de Huancavelica.

8. Si bien es cierto que en el transcurso del proceso la emplazada ha alegado diversas deficiencias de orden procedimental que, a su criterio, invalidan la Resolución Directoral N° 030-2003-HD-HVCAIUP, cuya vigencia reclama el accionante, también lo es que tales deficiencias —al no afectar el interés público— no autorizan su anulación de oficio.

9. Consecuentemente, no habiéndose acreditado que la Resolución Directoral N° 0224-2004-DRSH-DP afectó el interés público, esta resulta violatoria de los derechos constitucionales del demandante relativos al debido proceso. Por lo tanto, la Resolución Directoral N° 030-2003-HD-HVCAIUP, que lo nombró como enfermero I. nivel IV, mantiene su vigencia, sin perjuicio de que la Administración pueda demandar su nulidad en la vía judicial, conforme a ley.<sup>36</sup>

Acá resulta interesante rescatar lo señalado por Pedro Morales cuando señala que

Solo en los casos en que el acto administrativo agrave el interés público, la autoridad administrativa jerárquicamente superior a la que expidió la resolución, podría anularla de oficio.

Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya, al tratar sobre este tema manifiestan que “es claro que en todo interés público se encuentra un interés colectivo; pero el interés colectivo

<sup>35</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo 2 (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017), 157.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional STC Exp. N°. 4058-2004-AA/TC, acceso el 18 de enero de 2018, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04058-2004-AA.pdf>

no es por sí mismo público; para elevarlo a tal categoría es necesario su inclusión dentro de los fines del Estado. Es el mismo interés colectivo colocado por el Estado entre sus propios intereses, asumiéndolos bajo un régimen de derecho público.<sup>37</sup>

Es importante señalar que la falta de impugnación de un acto viciado no implica que este haya sido convalidado o que la Administración pueda utilizar dicho argumento para convalidarlo, por cuanto como señala García de Enterría que la impugnación se relaciona más con la eficacia del acto que con su validez.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el acto con vicios no sustanciales, el acto nulo no puede ser objeto de confirmación o enmienda, tampoco el consentimiento del administrado le puede dotar de validez y la falta de impugnación tampoco lo valida. Solo el paso del tiempo al prescribir la posibilidad de que la Administración declare su nulidad o caduque la acción de lesividad ante el Poder Judicial se convalidará el acto nulo, siendo esta última regla una expresión más del deseo del legislador de priorizar la seguridad jurídica antes que la lesividad al orden jurídico.

Para García de Enterría, la esencia de la nulidad de pleno derecho radica en su trascendencia general por cuanto “la gravedad de los vicios que la determinan trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general. Por eso precisamente, el consentimiento del interesado no convalida el acto nulo, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa su propia esfera individual y trasciende al ámbito de lo general”.<sup>38</sup> En esa misma línea, Baca Oneto señala que la nulidad de oficio encuentra su justificación en la autotutela de la Administración Pública, que le permite hacerse justicia por sí misma.<sup>39</sup>

La Ley en el artículo 202 establece los siguientes requisitos para la declaración de la invalidez de un acto administrativo:

- Sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Esta regulación es un mecanismo de control de la actuación de los subalternos. Como señala Morón, deriva del principio de jerarquía administrativa “que implica la facultad de la autoridad superior para proceder a controlar la acción del subordinado y de eliminar por ilegal el acto emanado por funcionario jerárquicamente subordinado”.<sup>40</sup> La Ley establece que en los casos en los que se tratara de un

<sup>37</sup> Pedro Morales Corrales. *Nulidad del acto jurídico administrativo*, acceso el 10 de enero de 2018, [file:///C:/Users/cponcer/Downloads/Dialnet-NulidadDelActoJuridicoAdministrativo-5085292%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cponcer/Downloads/Dialnet-NulidadDelActoJuridicoAdministrativo-5085292%20(1).pdf)

<sup>38</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho...*, 665.

<sup>39</sup> Víctor Baca, *La invalidez de los actos administrativos. La Ley de Procedimiento Administrativo General...*, 134.

<sup>40</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo 2 (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017), 159.

acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario

- Que además de declararla se resuelva sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.
- Que se declare previo traslado otorgando al administrado un plazo no menor de cinco (05) días para ejercer su derecho de defensa cuando el acto a anular sea uno favorable a él, siendo esta exigencia una innovación del Decreto Legislativo 1272. Al respecto, Baca Oneto justifica este procedimiento señalando que

la anulación de oficio es un acto administrativo, y para su dictado debe seguirse un procedimiento administrativo, en el cual deben participar los que se puedan ver afectados por la decisión. Es decir, no es posible que el beneficiario del acto anulado se entere del procedimiento al momento en que se le notifica del acto anulatorio, porque en ese caso no habría podido exponer sus argumentos en el momento pertinente (durante el procedimiento), viéndose obligado a hacerlo en la vía de recurso, que no tiene efectos suspensivos automáticos.<sup>41</sup>

- Que se declare dentro de los dos (2) años de haberse emitido, contados a partir de la fecha en que el acto haya quedado consentido. Acá se presenta una innovación del Decreto Legislativo 1272 por cuanto se extiende el plazo originalmente establecido en la Ley que era de 01 año; la justificación para dicha extensión estriba en la comprobación de que dicho plazo era muy corto para una Administración caracterizada por la lentitud de sus controles. Cuando la nulidad es motivada por una sentencia penal condenatoria firme, el plazo se extiende hasta un (01) año después de la notificación de la resolución correspondiente siendo esta regla bastante lógica por cuanto solo cuando el proceso penal culmina se puede hablar realmente de la comisión de un delito.

Es necesario establecer que la Ley no hace ninguna distinción entre los actos pasibles de anulación, para la aplicación del plazo prescriptorio, lo cual podría servir para convalidar actos ilegales, supuesto que es rechazado por la generalidad de la doctrina al señalar que en estos casos la posibilidad de anular el acto ilegal debería ser imprescriptible; sin embargo, se debe entender que la lógica del legislador ha ido en este tema, como en toda la ley, por el lado de privilegiar la seguridad jurídica antes que por la defensa del ordenamiento jurídico, con lo que estamos de acuerdo por cuanto resulta perjudicial para las personas el tener que soportar de manera permanente la amenaza

<sup>41</sup> Víctor Baca, *La invalidez de los actos administrativos. La Ley de Procedimiento...*, 136.

de la Administración de anular un acto administrativo en el momento que esta lo juzgue pertinente en un sistema en donde la serenidad al momento de resolver no es precisamente una de sus cualidades. En todo caso, se podría aceptar como excepción a la aplicación del plazo prescriptorio, la señalada por Morón, y es la referida a aquellos casos en donde la ilegalidad es producida por el mismo beneficiario del acto teniendo esta regla que ser sometida a una evaluación derivada de la necesidad de no afectar los derechos de los administrados o de las personas que han obtenido de buena fe algún beneficio o ventaja con el acto a anular; así lo señala el Tribunal Supremo español cuando expresa que

la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares.<sup>42</sup>

- Cuando el plazo antes señalado vence procede la demanda de nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (03) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa. Igualmente, esta regla presenta una modificación en cuanto se refiere al plazo otorgado a la Administración para recurrir a la vía judicial por cuanto antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1272 este era de dos (02) años. A la acción de la Administración de recurrir a la vía judicial para anular un acto administrativo se le conoce con el nombre de “acción de lesividad”, y esta se fundamenta por un lado en la necesidad de la Administración de lograr la primacía de la legalidad de sus actos y por otro en el derecho al debido proceso que le debe permitir al administrado ejercer su derecho de defensa frente a la pretensión de la Administración de dejar sin efecto una actuación que a su criterio se ha desarrollado irregularmente. Para poder interponer una acción de lesividad es necesario acreditar un doble agravio: a la legalidad y al interés público. En cuanto se refiere al primer requisito se debe acreditar la existencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 10 de la ley, en cuanto se refiere al segundo,

<sup>42</sup> Tribunal Supremo Español. Sentencias del 23 de octubre de 2000 y de 29 de noviembre de 2005, en: límites a la revisión de oficio: aplicación del artículo 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consejo Consultivo de Castilla y León. Dictamen 282/2016, de 28 de julio de 2016, acceso el 30 de enero de 2018, <http://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/vi-revision-oficio/c-limites-revision-oficio-aplicacion-articulo-106-ley-30-19>

No se trata que el acto sea pasible de argumentarse su ilegalidad, sino que ello fluya palmariamente del caso concreto con lesiones ciertas en los intereses y derechos de la entidad que hace la declaración. Como se afirma en la doctrina, “cuando se quiere que se produzca un pronunciamiento expreso acerca de la lesividad se está buscando alguna razón que justifique por qué la Administración puede ir contra sus propios actos anulables, además del propio dato de su ilegalidad. Por supuesto que se parte de la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico (...) pero esa infracción no es, por sí misma, suficiente. Hace falta, además, que se detecte una infracción de otra naturaleza”.<sup>43</sup>

Esto quiere decir que si en un acto ilegal no es posible acreditar la vulneración al interés general, no cabrá la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para lograr su anulación “pues es técnicamente admisible ello, cuando la adecuación del acto al ordenamiento engendre una situación más injusta que la originada por la ilegalidad que se trata de remediar”.<sup>44</sup>

Asimismo, para proceder es necesaria la declaración de lesividad, que tiene que ser realizada por la entidad que emitió el acto, siendo el órgano competente el superior al que lo emitió. Este acto debe reunir los requisitos de validez establecidos en la ley para todo acto administrativo y debe contener los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la declaración; dicho acto, dada su naturaleza, no es susceptible de ser impugnado independientemente, sino que su cuestionamiento debe realizarse dentro del proceso contencioso administrativo. Asimismo, para la emisión del acto debe realizarse un procedimiento administrativo interno destinado a la obtención de los informes sustentatorios correspondientes, y por su naturaleza debe ser notificado al interesado para ser eficaz. Obviamente, la legitimidad activa para interponer la demanda cumplido el requisito antes señalado la tiene la entidad que emitió el acto, no el funcionario ni la autoridad.

- 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 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

<sup>43</sup> Juan C. Morón, “El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano”, *Ius Et Veritas*, n.º 51 (diciembre 2015): 232, acceso el 30 de enero de 2018, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15660/16097>

<sup>44</sup> Juan C. Morón, “El proceso contencioso de lesividad...”, 233, acceso el 30 de enero de 2018, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15660/16097>

interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

El artículo 204º de la Ley establece que este procedimiento no procede para casos en donde el acto administrativo haya sido objeto de confirmación en la vía judicial mediante sentencia firme.

Por otro lado, resulta importante rescatar la afirmación de Danós cuando señala que

el pedido o solicitud formulada por un particular para que la Administración ejercite la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus actos no tiene el carácter ni puede tramitarse como un recurso porque conforme al artículo 11.1 de la LPAG los administrados solo pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les afecten mediante los recursos administrativos previstos en la ley y dentro de los plazos establecidos legalmente para interponerlos. Por dicha razón, la solicitud presentada luego de vencido el plazo para recurrir el acto administrativo en cuestión solo puede merecer el trato de una comunicación o denuncia formulada a título de colaboración con la entidad para que tome conocimiento del posible vicio que aqueja a uno de sus actos.<sup>45</sup>

Finalmente, es importante resaltar que en todos los casos descritos el plazo otorgado a la Administración para declarar de oficio la invalidez en sede administrativa de sus propios actos no se empieza a computar a partir de que dichos actos hayan sido emitidos o notificados, sino más bien a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos o adquirido firmeza.<sup>46</sup>

Entonces tenemos que el cómputo de los plazos se va a desarrollar a partir de momentos diferentes por cuanto el plazo de 02 años para declarar la nulidad se comienza a computar desde el día que vence el plazo de 15 días para impugnarlo por la parte afectada o sea cuando queda consentido (lo cual no impide que la nulidad se declare antes de vencido este plazo si la autoridad verifica la existencia de un vicio que justifique la declaración) y el plazo de 03 años para solicitar su nulidad en la vía judicial se va a computar desde el momento en que vence el plazo de dos (02) años antes señalado, por lo que en la práctica el plazo es de poco más de cinco (05) años.

Por otro lado, con relación a la posibilidad de aplicar el plazo de dos años a actos administrativos con causal de nulidad emitidos antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1272, concordamos en que se debe aplicar la teoría de los hechos cumplidos, lo cual implica que el plazo antes señalado se aplicará si a la fecha de entrada en vigencia de la nueva norma, esto es el 22 de diciembre de 2016, el plazo vigente que era de 01 año no había vencido.

<sup>45</sup> Jorge Danós, *Régimen de la nulidad de los actos administrativos...*, acceso el 10 de enero de 2018, [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)

<sup>46</sup> Jorge Danós, *Régimen de la nulidad de los actos administrativos...*, acceso el 10 de enero de 2018, [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)

## 5.2. Nulidad declarada como consecuencia de la presentación de un recurso impugnatorio

El artículo 11° de la Ley reconoce el derecho de los administrados de solicitar la declaración de nulidad de un acto administrativo y regula el procedimiento para ello.

En principio, la norma establece que la nulidad pretendida por un administrado no se plantea vía un recurso independiente como sucede en la vía civil, sino que únicamente se realiza mediante los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la Ley, es decir, los recursos de reconsideración, apelación y revisión, no admitiéndose otra posibilidad. Sin embargo, la práctica revela que los administrados plantean la nulidad en escritos que por ejemplo tienen por finalidad levantar cargos, por lo que en estos casos la nulidad invocada debe ser entendida como un argumento de defensa; de otro lado, consideramos que en líneas generales todo recurso administrativo trae consigo la pretensión de la nulidad total o parcial de una resolución independientemente de que esta sea invocada o no por cuanto, en principio, la finalidad del recurso es precisamente anular los efectos del acto impugnado.

En segundo lugar, la Ley establece, en cuanto se refiere a la competencia para resolver las nulidades planteadas por el administrado, un tratamiento diferenciado respecto de la nulidad declarada de oficio. En efecto, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1272, la nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo, siendo esta una diferencia sustancial a la anterior regulación en donde únicamente la nulidad podía ser declarada por la autoridad superior a la que emitió el acto, por lo que en estricto la nulidad debía ser planteada únicamente vía el recurso de apelación. Creemos que el tratamiento que se da con la norma vigente es el adecuado porque otorga a la autoridad la posibilidad de resolver un recurso de reconsideración de manera adecuada sin mayores dilaciones.

De otro lado, al igual que la nulidad de oficio, la planteada por los administrados debe sustentarse por lo menos en uno de los supuestos establecidos en el artículo 10 de la Ley.

Finalmente, el artículo 11.3 establece que la resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico. El problema estriba en la determinación del concepto de “ilegalidad manifiesta”. Sobre el particular Morón señala:

La clave para determinar si una declaratoria de nulidad vendrá aparejada del deslinde de responsabilidad está en que la autoridad superior considere que la causal de la invalidez sea una “ilegalidad manifiesta” o una de tipo “no manifiesto”. Ciertamente esta diferenciación

no es unívoca porque permite tener márgenes de valoración en el superior jerárquico, pero podría deducirse que la idea es que no haya promoción de responsabilidad, cuando la autoridad de primera instancia haya sido diligente, respetando el debido proceso y aplicando las normas vigentes y aplicables al caso, y no cuando, por ejemplo, exista diferencias valorativas sobre medios probatorios entre la primera y segunda instancia, o cuando el administrado hubiere engañado a la autoridad inferior, abusado de la presunción de veracidad, fraguado documentos y ello es evidenciado por la segunda instancia.<sup>47</sup>

## VI. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El artículo 12.1 de la Ley establece que la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

Como regla general, los efectos de la declaración de invalidez son *erga omnes*, en tanto la realidad jurídica, de la cual es excluido el acto anulado, ha de ser igual para todos; y *ex tunc*, pues si la invalidez es siempre originaria, el acto por el cual se declara debe pretender, en la medida de lo posible, volver a la situación existente al momento en que esta se produjo, aun cuando sea conveniente respetar ciertos efectos del acto, como consecuencia de circunstancias objetivas ajenas a dicha invalidez que exijan su conservación... La declaración de nulidad no puede afectar derechos de terceros adquiridos de buena fe, respecto de los cuales tendrá efectos *ex nunc*. Esta eficacia a futuro se da también respecto a los actos cuyos efectos se han cumplido completamente, y su destrucción podría afectar seriamente el interés público (por ejemplo, destrucción de una carretera construida en ejecución de un contrato luego declarado inválido).<sup>48</sup>

En ese sentido, como lo señala Morón, solo si existieran derechos de terceros que hubieran sido obtenidos de buena fe la nulidad no va a tener efectos retroactivos; cuando estamos ante este supuesto, la nulidad tiene efectos a futuro, lo cual no quiere decir que el acto declarado nulo permanece ultractivo, sino que en el caso que hubiera servido para obtener algún beneficio, este se perderá una vez que la resolución de nulidad haya quedado firme, como sucede por ejemplo con la anulación de beneficios pensionarios. Cuando no estamos en este supuesto, la declaración de nulidad con efectos retroactivos implicará la obligación de reponer las cosas al estado anterior al de la emisión del acto declarado nulo.

En los casos en los que no es posible retrotraer los efectos del acto ya consumado, como lo establece el artículo 12.3 de la Ley, corresponde evaluar la posibilidad de la indemniza-

<sup>47</sup> Juan C. Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I (Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017), 256.

<sup>48</sup> Víctor Baca, *La invalidez de los actos administrativos*. *La Ley ...*, 139.

ción, “la cual va a proceder solo cuando la anulación fuera imprevisible para el particular (para lo cual el vicio ha de ser imputable a la Administración) y, además, este hubiera realizado actos concretos amparado en dicha confianza”.<sup>49</sup>

## CONCLUSIONES

1. El acto administrativo tiene un contenido que debe ser entendido a la luz del derecho público y de sus especiales características y principios rectores, siendo por tanto un error el pretender estudiarlo partiendo de la simple consideración de que es un acto jurídico.
2. La nulidad como institución jurídica, en el derecho administrativo peruano puede ser aplicada por cualquiera de las causales establecidas en la Ley N° 27444; sin embargo, su declaración debe estar precedida de la verificación no solo de la existencia de alguna causal sino que además agravie al interés público.
3. La declaración de nulidad es la última ratio y debe estar precedida de la verificación de la imposibilidad de aplicar alguno de los supuestos de conservación establecidos en la Ley. Esto es así porque el ordenamiento jurídico peruano privilegia la seguridad jurídica, lo cual se demuestra con la existencia de plazos prescriptorios para su declaración de oficio o para su alegación como medio de defensa.

## REFERENCIAS

- Alibert. “Le controle juridictionnel de l’Administration”. En Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Lozada, *Tratado de derecho...*, 615.
- Bernaldo de Quirós, Tania. *El silencio administrativo*. Acceso el 15 de enero de 2018. <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-silencio-administrativo>
- Baca Oneto, Víctor. *La invalidez de los actos administrativos. La Ley de Procedimiento Administrativo General 10 años después*. Lima: Palestra Ed., 2011.
- Danós Ordóñez, Jorge. *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general*. Acceso el 10 de enero de 2018. [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)

<sup>49</sup> Víctor Baca, La invalidez de los actos administrativos. *La Ley ...*, 140.

- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández Tomás. *Curso de derecho administrativo*. Lima: Editorial Temis, 2006. <https://doi.org/10.5380/rv.v1i17/18.20417>
- Garrido Falla, Fernando; Alberto Palomar; Herminio Lozada. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Ed Tecnos, 2005.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Guzmán Napurí, Christian. *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ed. Caballero Bustamante, 2011.
- Huapaya Tapia, Ramón. “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la LPAG”. *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 9 (Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, 2011): 115-133.
- Isasi Cayo, Felipe. *Tratado de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Morales Corrales, Pedro. *Nulidad del acto jurídico administrativo*. Acceso el 10 de enero de 2018. [file:///C:/Users/cponcer/Downloads/Dialnet-NulidadDelActoJuridicoAdministrativo-5085292%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cponcer/Downloads/Dialnet-NulidadDelActoJuridicoAdministrativo-5085292%20(1).pdf)
- Morón Urbina, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2017.
- Morón Urbina, Juan. “El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano”. *Revista Ius Et Veritas*, n.º 51 (diciembre 2015). Acceso el 30 de enero de 2018. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15660/16097>
- Vines Arbulú, Martín. “Reflexiones sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana”. *Revista de Investigación Jurídica IUS*. Acceso el 11 de enero de 2018. <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/download/71/66>

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional. STC Exp. N°00091-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional STC Exp. N° 4058-2004-AA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04058-2004-AA.pdf>

- Tribunal Supremo Español. Sentencias del 23 de octubre de 2000 y de 29 de noviembre de 2005. En: Límites a la revisión de oficio: aplicación del artículo 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consejo Consultivo de Castilla y León. Dictamen 282/2016, de 28 de julio de 2016. <http://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/vi-revision-oficio/c-limites-revision-oficio-aplicacion-articulo-106-ley-30-19>
- Tribunal Supremo Español. STS de 12 de diciembre de 1992. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4433-nulidad-causada-por-actos-dictados-prescindiendo-total-y-absolutamente-del-procedimiento-legalmente-establecido:-estudio-jurisprudencial/>

RECIBIDO: 27/06/2018  
APROBADO: 30/10/2018