

# RÉGIMEN DE INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

MARIO LINARES JARA  
Asesor legal en el Consejo de Adquisiciones y  
Contrataciones del Estado

Dentro de la rica temática que trae la novísima Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), no cabe duda que el acto administrativo y dentro de este su régimen de invalidez, ocupan lugares privilegiados en la escala de importancia que cualquier operador de la norma o profesional del derecho se imponga al momento de su estudio o análisis. Se ha considerado para el presente trabajo no una exégesis del articulado de la norma sino un análisis de la opción tomada, utilizándose para ello, doctrina y legislación comparada.

Posiciones doctrinarias referidas a la invalidez del acto administrativo: inexistencia, nulidad, anulabilidad e irregularidad no invalidante. Régimen de la LPAG: nulidad y vicios intrascendentes.

Ismael FARRANO citando a HUTCHINSON, menciona que las clasificaciones que existen sobre la invalidez del acto administrativo, pueden agruparse en dos tesis: tripartita y bipartita; correspondiendo a la primera tres supuestos: inexistencia, nulidad y anulabilidad; y a la segunda: nulidad absoluta y relativa o, actos nulos y anulables.<sup>1</sup> La doctrina española adicionalmente y atendiendo a su legislación, menciona a la irregularidad no invalidante, entendida esta como la relativa a los vicios o defectos menores.

Respecto del acto inexistente, diremos que este puede definirse como aquel que carece de requisitos constitutivos elementales ostensiblemente manifiestos. El instituto es mayormente teórico, se dice de él que de no incorporarse en la práctica a la nulidad absoluta que es lo común, su utilización podría darse en el plano de los efectos inmediatos que su condición genera, no esperando la administración o el particular la declaración de nulidad respectiva, debiendo obviarse por completo sus efectos y al mismo tiempo procurarse su eliminación inmediata.

Llegado el punto debe tratarse lo referido a la nulidad absoluta, mas habida cuenta que no existe mayor dificultad para la comprensión del instituto pasamos a tratar lo que atañe a la nulidad relativa o acto administrativo anulable, debiendo decirse que esta se da en función a lo dispuesto por el legislador, disponiendo la calidad de tal para los actos que incurren en determinadas infracciones consideradas de menor rango que las que originan la nulidad absoluta o como en el caso de legislación argentina, cuando la irregularidad no llega a impedir la existencia de los elementos esenciales del acto.

1 FARRANO Ismael, MARTÍNEZ Patricia y otros, Manual del Derecho Administrativo, Depalma, Pág. 215 - 216.

Empezamos el análisis de nuestro derecho positivo, refiriéndonos a los denominados actos inexistentes, los cuales a decir de GARCIA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ<sup>2</sup>, no constituyen vicios del acto administrativo pues este nunca existió, posición discordante entre nosotros con la de ISASI CAYO<sup>3</sup>, quien indica que no se debe obviar que el acto inexistente puede producir a pesar de su calidad de tal; efectos jurídicos de hecho, por lo que en ese supuesto cabe la inclusión del acto inexistente dentro de la tipología de vicios del acto administrativo. Al no haber tomado la LPAG la figura del acto administrativo inexistente, los actos administrativos que no contengan los presupuestos mínimos constitutivos de forma manifiesta, deberán asimilarse a los actos nulos, siendo deber de la autoridad competente invalidarlos de inmediato.

La LPAG no sólo no recoge la idea de la inexistencia del acto administrativo sino que también prescinde del régimen de anulabilidad, contradiciendo la esquematización de FARRANO citada al comienzo de este sub título. Ello se explica en que los regímenes de invalidez del acto administrativo no se encuentran establecidos de modo rígido y absoluto, sino que existen de acuerdo a la doctrina y tradición legislativa de cada país. Ejemplo de diferenciación de sistemas es que mientras que el Código de Procedimientos Administrativos de Portugal dispone la convalidación, reforma y conversión de los actos anulables con exclusión de esa vía para los actos nulos; reglamentación argentina ha contemplado la figura de la conversión del acto nulo.<sup>4</sup>

El régimen de invalidez del acto administrativo que contiene la LPAG está referido a la existencia de los actos administrativos nulos y a los vicios intrascendentes, no asimilándose estos últimos a la "irregularidad no invalidante" del derecho español, en tanto que no se tratan en su totalidad de irregularidades que no enervan el acto y que no necesitan subsanación. Por lo contrario, los vicios intrascendentes de la LPAG, contienen vicios subsanables y también los que no lo son. Comparándonos con la legislación hispana, hemos tomado los efectos de la anulabilidad (subsanación del acto) y de las irregularidades no invalidantes, en una sola categoría, la de los vicios intrascendentes.

#### ARTÍCULO 14 DE LA LPAG: CONSERVACIÓN DEL ACTO.

- 14.1. Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por propia autoridad emisora.
- 14.2. Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:
  - 14.2.1. El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
  - 14.2.2. El acto emitido con motivación insuficiente o parcial.
  - 14.2.3. El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando a tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectara el debido proceso del administrado.

<sup>2</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Curso de Derecho Administrativo Editorial CIVITAS S.A. Madrid 1989 Tomo I, Pág. 894.

<sup>3</sup> ISASI CAYO Luis Felipe. Introducción al Derecho Administrativo. ISASI & RUIZ ELDREDGE Abogados. Lima. 1999. Pág. 198.

<sup>4</sup> La Conversión se permite, indica el artículo 20 del Decreto N° 9101/72, cuando los elementos válidos del acto nulo permiten la integración de otro acto que fuera válido, ello con el consentimiento del administrado. Véase: GUERRA CRUZ, Guillermo. El Procedimiento Administrativo. Anexo de Legislación extranjera.

14.2.4. Cuando se concluya Indubitablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo, hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5. Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial (..).

14.3. No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

Es de verse que en los numerales 14.2.1 y 14.2.2, el vicio debe ser subsanado o enmendado como dice la norma, más en las restantes, ello no será necesario.

Antes de agotar el sub título debemos decir que disentimos de la posición de ISASI CAYO cuando expresa que ante el hecho de ausencia del régimen de anulabilidad, refiriéndose a la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA), es factible la aplicación supletoria de las reglas de anulabilidad previstas en el Código Civil<sup>5</sup>.

Al respecto estimamos que no se trata de un vacío de la norma administrativa sino de un régimen adoptado por el legislador. La implantación del concepto de anulabilidad civil al campo administrativo presentaría problemas de aplicación diversos al pertenecer esta a un marco conceptual distinto al del acto administrativo.

En efecto, a diferencia del acto jurídico en donde predomina la autonomía de la voluntad, el acto administrativo obedece a una potestad otorgada por la ley a la administración en circunstancias específicas, a un procedimiento determinado y esta sujeto a una finalidad general y a otra específica de acuerdo a la función pública encomendada; el acto administrativo será de acuerdo a ello y al cumplimiento de sus requisitos constitutivos, válido o nulo pero no anulable.

Nullidad del acto administrativo. Criterio de ostensibilidad del vicio: contravención de la Constitución y las leyes, los que no cumplen requisitos de adquisición y los que constituyan o se dicten como consecuencia de un delito. PARADA, señala que doctrinariamente se ha respondido a la pregunta sobre las causas o infracciones que determinan la nulidad del acto administrativo, con los criterios de ostensibilidad del vicio, el de carencia total de un elemento de validez o su contradicción con el orden público<sup>6</sup>.

La LPAG utiliza los dos primeros, omitiendo al menos textualmente, el concepto Indeterminado "Orden Público", aunque este puede asumirse como implícito en el concepto "ordenamiento legal",.

El artículo 10 de la LPAG, fija en atención al criterio de ostensibilidad del vicio, las siguientes causas de nulidad:

- (.....) 1.- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.(.....)
- (.....) 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 los requisitos previstos para su adquisición.

<sup>5</sup> ISASI CAYO Luis Felipe Op. Cit. Pág. 194

<sup>6</sup> PARADA RAMÓN, Derecho Administrativo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid 1994, 6ª Edición, Pág. 193.

4.- Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dictan como consecuencia de la misma.

Respecto del primer numeral, es incuestionable el hecho de que todo acto administrativo no debe vulnerar la ley fundamental ni las leyes o reglamentos, por lo que nos sustraemos de mayor análisis.

El numeral 3 se refiere a que no basta que transcurra el silencio de la administración hasta el plazo en que el administrado de acuerdo a la norma habilitante, ha de tener por positiva su petición; sino también que el acto no sea contrario al ordenamiento jurídico, evitando así que en caso de negligencia de la administración surtan efectos o sean válidos actos ilegales. El numeral 3 no incluye el supuesto del silencio administrativo negativo; se explica la omisión en razón a que este tipo de silencio, no genera un acto administrativo.<sup>7</sup>

En cuanto al numeral 4, se despejan en primer término dos situaciones concretas; la primera concerniente a que el acto en sí sea delito y la segunda a los actos que han sido emitidos utilizando elementos que constituyeron ilícitos penales, como es el caso de una adjudicación de un contrato en un procedimiento selectivo en la que el postor ha presentado documentos forjados.

PARADA, comentando norma semejante en el ordenamiento administrativo español, menciona que existe una tercera posibilidad y que es la referida a que el delito no solo puede ser coetáneo al acto o anterior como en el caso comentado, sino que sea posterior producto del mismo acto, como por ejemplo, aquel que ordene la realización de una conducta tipificada como delito, citando el caso de una orden de detención.

Añade el autor citado, que si bien es cierto le corresponde sólo al poder judicial la calificación del delito, se debe reconocer la competencia de la administración para una calificación prejudicial objetiva del presunto delito como acción típica y antijurídica a los solos efectos de anulación del acto, pero sin prejuzgar la condena penal, ni suponer imputación a persona alguna (.....)<sup>8</sup>. Es el caso concreto de la potestad otorgada al Tribunal del CONSUCODE para declarar la nulidad de un acto administrativo de adjudicación cuando este haya sido emitido virtud a documentación que resulta falsa mediando no una sentencia previa, lo que sería absurdo, sino virtud al manifiesto de un notario sobre la autenticidad de su firma, el peritaje de un especialista o la comprobación fehaciente y por supuesto sustentada, de un hecho que siendo falso o inexistente fue presentado como verdadero o verificado. Sobre la dificultad de identificar al responsable del vicio; esta se ha visto superada totalmente merced al artículo 56.4 de la LPAG, el mismo que otorga presunción de responsabilidad sobre los hechos en comentarlo, a quien presenta la documentación y/o información que luego se determina como falsa.

Como es de verse, no es necesario para la nulidad de un acto administrativo o para la aplicación de la sanción administrativa que prevea una norma, la calificación de la administración o del poder judicial, de un tipo penal. La administración ha sido premunida por la ley de la prerrogativa de declarar la nulidad de sus actos, con las limitaciones que luego

7 El silencio administrativo debe entenderse como una técnica de protección al particular ante la omisión de pronunciamiento por parte de la administración. Véase: GARCIA TREVJANO GARNICA, Ernesto. El Silencio Administrativo en la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Editorial CIVITAS S.A. Madrid. 1994. 1ª Edición. Pág. 31; DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. El Silencio Administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la administración. En: IUS ET VERITAS. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VII, N° 13.

8 PARADA RAMON Op. Cit. Pág. 200.

se indicará y, de sancionar, en el caso expuesto, conductas fraudulentas que eran el soporte fáctico y legal del acto emitido. Va de suyo que la prerrogativa no es facultativa, constituye una obligación su utilización, caso contrario la conducta de la autoridad responsable podría ser calificada como delito de abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, ilícito previsto y sancionado en el artículo 377 del Código Penal.

Nullidad del acto administrativo. Criterio de carencia de elementos esenciales de validez. Habíamos dicho que el segundo método o criterio que adopta la doctrina para determinar la nulidad del acto administrativo, es el de la carencia de algún elemento esencial para su validez. Cabe pues desarrollar estos elementos advirtiendo que aquí también no existe uniformidad en cuanto a la clasificación e inclusión de estos como tales; así pues la doctrina clasifica los elementos del acto administrativos en subjetivos, objetivos y formales o en esenciales y accidentales. Para efectos de ser didácticos y guardar en lo posible correspondencia con la LPAG, tomamos a los elementos del acto administrativo como esenciales y accidentales, expresados los primeros en el numeral 1 del artículo 3° y que son: incompetencia del órgano, investidura ilegítima e incapacidad del agente público y, los segundos, en el artículo 2.1, condición, término o modo. Dentro de cada uno de los casos en que el vicio del elemento esencial ocasiona la nulidad del acto, trataremos los supuestos en que estos vicios son subsanables o susceptibles de ser enmendados por tratarse y en la terminología de la LPAG, de vicios intrascendentes.

**a. Incompetencia del órgano, investidura ilegítima e incapacidad del agente público.-** La nulidad por incompetencia es la referida al caso en que el órgano emisor del acto no encuentra respaldo legal en su accionar ya sea por razones de materia, territorio, grado, tiempo o cuantía (Numeral 1 del artículo 3° de la LPAG). Así por ejemplo un Comité Especial nombrado bajo los alcances de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para adjudicar un contrato de suministro determinado, será incompetente por razón de materia para emitir un acto administrativo de adjudicación en una subasta pública o en una licitación especial para otorgar en concesión un servicio u obra pública, contratos estos que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la norma citada; igualmente será incompetente por razón de tiempo, en procedimientos que correspondan a un ejercicio presupuestal para el cual no fue nombrado; del mismo modo adolecerá de incompetencia en razón de grado y de cuantía para resolver un recurso o adjudicar un contrato de menor cuantía, respectivamente.

En el órgano deberán confluír todos lo tipos de competencia para que el acto se repunte como válido. Debe mencionarse que además de la competencia, la doctrina aporta como elementos subjetivos del acto administrativo, la investidura legítima del o los agentes así como la capacidad de estos. GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ, sostienen que no sólo basta que el acto proceda de la administración a través de un órgano competente, sino que también es necesario que las personas físicas que actúen como titulares del órgano, ostenten su investidura de forma legítima, entre otros: "nombramiento legal, toma de posesión, situación de actividad o ejercicio o suplencia en su caso, inexistencia de relación directa o indirecta con el fondo del asunto que se trate manteniéndose intacta su situación de imparcialidad por no encontrarse incurso en deberes legales de abstención y actuación en las condiciones legales prescritas, esto último verificado en los órganos colegiados a través del debido quórum de constitución y votación, entre otros."<sup>9</sup>

<sup>9</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Op Cit, Pág 543

Por su parte CASSAGNE menciona como vicio que afecta con nulidad del acto administrativo, la incapacidad del agente, debiendo en este aspecto aplicarse las reglas de capacidad del Código Civil.

La nulidad por incompetencia como ya dijéramos se encuentra en la LPAG, en el numeral 1 del artículo 3º: con relación a la nulidad por investidura ilegítima e incapacidad del agente, ello puede deducirse ante el defecto de señalamiento expreso de la LPAG, a través del artículo 5.3 que versa sobre la contravención de normas reglamentarias, leyes o la Constitución.<sup>9</sup>

- b. Objeto o contenido insuficiente, contrario al ordenamiento jurídico e imposible físicamente.-** GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ califican al objeto o contenido del acto como elemento objetivo del mismo conjuntamente con el presupuesto de hecho, la causa y fin del acto administrativo, ello dentro del esquema de elementos objetivos, subjetivos y formales del acto administrativo. GARCIA TREVIJANO FOS por su parte, determina al objeto como elemento esencial. Doctrina argentina califica también al objeto o contenido como elemento esencial del acto, posición igual a la que posee la Ley Federal de Procedimientos Administrativos de México.

La LPAG abraza o comparte estas últimas posiciones y define al objeto o contenido del acto administrativo como aquello sobre lo que éste versa, decide, declara o certifica (artículo 5.1). El objeto debe ser suficiente de modo tal que sea posible determinar inequívocamente sus efectos jurídicos (numeral 2 del artículo 3), y no debe ser contrario al ordenamiento jurídico, esto es prohibido por el orden normativo ni imposible en su concretización.

- c. Objeto o contenido fuera del ordenamiento legal. Principio de legalidad administrativa y discrecionalidad excepcional y reglada.-** Hemos querido dividir en dos puntos (b y c) a los vicios relativos al objeto del acto administrativo, reservando a esta parte lo que se ha convenido en llamar objeto o contenido fuera del ordenamiento legal, virtud a que ello se relaciona con el escasamente estudiado, en nuestro medio, principio de legalidad administrativa, principio que se encuentra ligado a la muchas veces tratada erróneamente, discrecionalidad del agente o funcionario público.

Ante el silencio del derecho positivo, el funcionario no puede apelar a la máxima "Todo lo que no prohíbe la Ley está permitido", que rige la actuación entre los particulares y que haya soporte en la estructura del sistema constitucional basado en la libertad.

El plano en el que se ubica la administración es otro; en efecto, rige el principio de legalidad pero de modo restrictivo: "lo que no está permitido ha de entenderse prohibido", que encuentra explicación también en la garantía constitucional de la libertad otorgada a los particulares. Explicamos: El acto administrativo decide, declara o certifica afectando a los particulares que se encuentran obligados ante ella, viendo restringida su libertad general; la irrupción de la administración en el derecho del particular no es una regla general, sino como puede evidenciarse constituye la excepción. Sigue primando la libertad del particular fundándose la actuación administrativa no en un poder absoluto, sino en el resguardo de un principio superior a la propia libertad del particular: el interés público a resguardarse por la entidad y por la autoridad administrativa, interés público que se encuentra presente en la finalidad pública encomendada a la entidad. Por tanto, de actuar la administración

<sup>9</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Op Cit, Pág 643

sin el respaldo de una norma jurídica habilitante, el acto emitido es nulo por infracción del principio de legalidad administrativa.

La no vulneración de la libertad del particular encuentra también sustento en la denominada zona de reserva de la administración. Pedro COVIELLO, citando a FIORINI y CASSAGNE, expone que la regulación de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad y la propiedad, constituye una zona reservada al legislador en la que los otros poderes no pueden intervenir sin habilitación legal, fundándose ello en principios democráticos propios del pensamiento occidental.<sup>10</sup>

Contrario a lo expuesto, existe doctrina,<sup>11</sup> que postula que la discrecionalidad funciona justamente ante la ausencia de normatividad, consistiendo esta en la libre apreciación del funcionario público, limitada por normas o reglas de procedimiento y principios generales de derecho, o en el uso de criterios no jurídicos y principios que se orientan a determinar el mérito, conveniencia u oportunidad de los actos, teniendo por límites el orden constitucional legal, ejecutándose por lo común ante carencia de normas e inexistencia de prohibiciones.<sup>12</sup>

Al respecto GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ, que son exhaustivos en el tema, describen que esta concepción de la discrecionalidad, corresponde a la denominada doctrina de la vinculación negativa de la ley, que se explica en que se tiene a esta "como un límite externo a una libertad básica de determinación de la administración, pudiendo hacer esta no necesariamente, aquello que la ley expresamente le autorice sino todo aquello que no le prohíbe, existiendo por tanto un poder de actuación administrativa con o sin vinculación legal".<sup>13</sup>

La discrecionalidad o la aceptación de la doctrina de la vinculación negativa de la ley, colisiona frontalmente con el antes mencionado principio de legalidad administrativa, debiendo desterrarse por tanto tal concepción. La LPAG dispone en el punto 1.1. del artículo IV de su Título Preliminar, como principio rector de la Ley, el de legalidad; sosteniendo que las autoridades administrativas deben actuar con respeto de la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

La discrecionalidad en concordancia con el principio de legalidad, debe estar prevista en una ley, definiendo esta las condiciones básicas de la actuación administrativa y remitiendo el resto a la estimación subjetiva de la autoridad administrativa.

Sostienen los autores citados a quienes seguimos, que existen cuatro elementos reglados mínimos en la potestad discrecional: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano y el fin, pudiendo este último hallarse implícito; los restantes elementos pueden ser reglados eventualmente: ocasión del ejercicio de la potestad, forma del ejercicio y procedimiento y por último fondo de la potestad.

10. COVIELLO Pedro José Jorge, La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Editorial Depolima, Buenos Aires, 1996, No. 21, 23.

11. Es de señalar que la doctrina de reserva no toca el punto, más los que lo hacen, directa o indirectamente son partidarios de la discrecionalidad ante ausencia de ley.

12. EZCUBIA Méndez Jorge Samparido de Dumeles Administrativas, Ediciones Depolima, Buenos Aires, Volumen I, 1984, Pág. 159.

13. GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Op. Cit. Pág. 438 a 440 y 452-453.

La LPAG si bien es clara en cuanto al principio de legalidad debió incluir un artículo sobre la discrecionalidad, quizás al modo del artículo 40 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Alemania, la misma que indica que "cuando una autoridad está habilitada para actuar discrecionalmente debe ejercer su poder discrecional con arreglo al fin de la habilitación y cumplir con los límites legales del poder discrecional".

Existen puntos de importancia relacionados a la discrecionalidad tales como su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados que no es el caso tratar con alguna amplitud por alejarse de la temática de la obra. Nos limitamos a decir que estos conceptos jurídicos indeterminados (incapacidad, fuerza mayor, premeditación, buena fe, justo precio, etc.) aparentemente dan lugar a discrecionalidad, más ello no se configura en la medida que estos conceptos de experiencia o valor no son imprecisos, ellos admiten una única solución: se dan o no. No existe pues pluralidad de soluciones como en el caso de una potestad discrecional en el que la administración dependiendo de la valoración que realice tiene varias posibilidades, todas válidas para ejecutar.

Otro punto de importancia relacionado a la discrecionalidad es el relativo a su control. Debemos afirmar que este es posible en sede administrativa y también en sede judicial, no habría porque no someter este tipo de actuar administrativo a los jueces, pues la decisión adoptada encuentra medida, primero en la verificación de los elementos reglados, luego en los hechos determinantes y por último a través de la no infracción de principios generales de derecho.<sup>14</sup>

**d. Ausencia de finalidad pública.-** Toda la actuación de la administración debe estar iluminada por la satisfacción del interés público por que esa es su finalidad suma. Sin embargo cada entidad tiene asignada de acuerdo a ley finalidades específicas, por lo que todo acto administrativo deberá guardar estricta simetría con la finalidad que le ha sido asignada, sufriendo el acto de nulidad por ausencia o fin distinto al previsto legalmente, aun cuando este se encontrara encubierto. (Numeral 3 del artículo 3 de la LPAG.

**e. Insuficiencia o ausencia de motivación.-** Preponderadamente la doctrina no prescinde como la LPAG del elemento esencial u objetivo "causa del acto", el cual se define como las circunstancias de hecho y derecho que justifican el dictado de este<sup>15</sup> o como el fin concreto del acto en obediencia a lo previsto en la norma<sup>16</sup>, distinguiéndola de la motivación que se define como la exteriorización de la causa.

A pesar de no fijarse expresamente en la LPAG la calidad de elemento formal de la motivación sino que figura como elemento esencial, pudiendo identificarse con la causa del acto (artículo 3.4), el artículo 6° se refiere a ella como elemento formal: "La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas (...)".

Las "razones jurídicas" aluden a la finalidad pública del órgano emisor y las "razones normativas" a los presupuestos de hechos previstos como habilitantes del acto. La motivación es pues también por el texto de la norma, elemento formal del acto.

14 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Op Cit . Pág. 449-459.

15 CASSAGNE Juan Carlos Op Cit Pág. 197.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Op Cit. Pág. 538 - 539.

Sin embargo y sin perjuicio de lo sostenido, para efectos prácticos deberá tomarse la motivación como elemento esencial, identificándose con la causa y constituyendo su ausencia o insuficiencia, vacío que origine la nulidad del acto administrativo.

Una posición si se quiere ecléctica y que explica la dualidad o la doble acepción de la motivación, es la expuesta por GONZALES PEREZ y GONZALEZ NAVARRO quienes citando a M.M. Fernando Pablo, indican: "Se ha estimado, no obstante, que el papel de la motivación no puede ser explicado en términos de requisito exclusivamente formal, pues ocupa un papel intermedio entre los requisitos de fondo y de forma del acto, al responder; como discurso justificativo, a una finalidad que es ajena a la de los requisitos formales, pudiendo llegar a determinar la ausencia de motivación, la nulidad absoluta cuando se trata de actos que afectan a los derechos fundamentales".<sup>17</sup>

**f. Ausencia o infracción del procedimiento regular. El caso de los actos previos al acto de adjudicación en el procedimiento administrativo especial de selección de contratistas.**

**Forma de esos actos.-** El numeral 5 del artículo 3º de la LPAG establece como requisito de validez del acto administrativo, su conformación mediante el procedimiento previsto para su generación. Respecto del procedimiento especial de selección de contratistas, no formulamos cuestionamiento alguno en cuanto al caso claro de la nulidad del acto de adjudicación de algún contrato en el que no ha medlado el procedimiento selectivo regular; mas ello cambia si es que se trata de los actos administrativos que se producen antes de la adjudicación, conforme a la teoría de los actos separados de los procedimientos selectivos.<sup>18</sup>

El caso de la eliminación de un postor por no haber presentado en el acto público de entrega de ofertas y apertura de sobres, un documento exigido de acuerdo a las bases, no implica una decisión mecánica instrumental o interna de la administración sino un acto en donde ha existido actividad intelectual, un raciocinio de la autoridad administrativa en uso de sus atribuciones; es decir, un acto administrativo.

La validez de esta clase de decisiones de la administración no pasa por el cumplimiento previo del procedimiento establecido, entendiéndose para el caso, uno especial y diferente al procedimiento selectivo parcialmente ejecutado; si no que, en atención a su naturaleza especial le es exigido una formalidad diferente a la de los demás actos.

En efecto, la decisión de eliminación en pleno acto publico no se notifica formalmente al postor eliminado; no es necesario, le ha sido comunicada ya directamente en presencia de los otros postores, teniendo tan sólo como requisitos de forma correlativa a la naturaleza del acto, la elaboración de un acta en donde conste la decisión administrativa con la motivación pertinente.

El artículo 4.1 de la LPAG al respecto expresa: "Los actos administrativos deberán expresarse por escrito salvo que por la naturaleza y circunstancias del caso, el ordenamiento jurídico haya previsto otra forma, siempre que permita tener constancia de su existencia".

17 GONZALEZ PEREZ Jesús y GONZALES NAVARRO Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. CIVITAS Madrid 1999 Segunda Edición. T-I pag. 1480.

18 La teoría de los actos separados, consiste en considerar por separado a los actos administrativos del procedimiento selectivo y al contrato, siendo posible con esto que los postores impugnen cualquiera de los actos previos al contrato. Por la tesis contraria, esto es por considerarse al procedimiento y al contrato como un todo, solo quedará reservada la facultad de impugnación para el cocontratante elegido, pues se considera cualquier acto precedente al contrato, integrante del mismo. Véase MACERA BERNAND - Frank, Parada, presente y futuro de la teoría de los "actos separables" en el derecho francés de la contratación pública. En : Revista de Derecho Administrativo. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1999.

Nullidad del acto administrativo por vicios en la voluntad del agente. Es preferible la no inclusión de la voluntad del agente público dentro de los elementos esenciales del acto administrativo en razón a que esta y/o sus vicios pueden estar presentes en todos los demás elementos del acto, por lo que es conveniente como de hecho se hace en la doctrina, realizar una apreciación aparte.

- a) **Error.-** El error que traiga como consecuencia la nulidad del acto debe ser aquel que incida en la imposibilidad de subsanación del elemento esencial afectado o como indica CASSAGNE aquel que si de haber sido conocido, la administración no habría emitido el acto o lo habría dictado con un contenido esencialmente diverso.<sup>19</sup>
- b) **Dolo.-** El dolo en el agente está relacionado con la violación del principio de moralidad que debe inspirar a la administración toda. En el caso de los actos administrativos que se emitan ya sea en un procedimiento administrativo simple o especial, pueden no solo estos, constituir una mera Inconduca administrativa sino y de acuerdo al tipo penal, puede implicar la comisión de delitos.
- c) **Violencia.-** Citando nuevamente a CASSAGNE debemos decir que este tipo de vicio consiste en la utilización de medios coercitivos sobre el agente para obligarlo a realizar un acto que no resulta libremente querido por este.

Respecto de estos vicios son utilizables las reglas que para tal caso contiene el Código Civil<sup>20</sup>.

Vicios intrascendentes no generadores de nulidad pero que requieren subsanación. De acuerdo a la enunciación del artículo 14° de la LPAG, ante todo vicio del acto por incumplimiento de elementos de validez que no sean trascendentes, prevalece la conservación del acto, debiendo en consecuencia corregirse o enmendarse el vicio. Sin embargo y de acuerdo al contenido posterior del mismo artículo, ello no es un postulado absoluto, admitiéndose situaciones en donde no será necesaria la enmienda. Debe tratarse a esta altura el desarrollo de los vicios que siendo intrascendentes por así considerarlo la norma, requieren de subsanación:

a. **Acto administrativo de contenido impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas de la motivación.-** El defecto subsanable está referido al elemento "contenido" por ser este impreciso o incongruente con la motivación del acto. Es decir, siendo incuestionable la motivación por encontrarse conforme a los hechos y al derecho, el contenido no es el esperado sino que se concluye de modo sesgado o no tiene relación con la motivación.

Si el contenido es incompleto la subsanación debe operar integrando la decisión de acuerdo al sentido de la motivación; si es incongruente debe entenderse conforme al sentido de la motivación.

De lo que antecede se concluye que el vicio por error en el elemento contenido no ocasiona la nulidad del acto. Cuestión distinta es si la incongruencia obedece a dolo o violencia, en ese caso, mediando la dificultad de la prueba, el vicio es insubsanable.

La subsanación, de operar, se lleva a cabo mediante otro acto administrativo.

<sup>19</sup> CASSAGNE Juan Carlos Op. Cit. Pág. 272.

<sup>20</sup> CASSAGNE Juan Carlos Op. Cit. Pág. 276.

b. **Acto administrativo emitido con motivación insuficiente o parcial.**- El defecto subsanable esta referido al elemento motivación, por ser esta insuficiente o parcial con relación al contenido del acto. La ausencia de motivación es causal de nulidad. La motivación contraria a derecho, no acorde con la realidad, ya sea por error, dolo o violencia, originan igualmente la nulidad del acto.

**Vicios intrascendentes no generadores de nulidad que no requieren subsanación.** El caso de incumplimiento de plazos por parte de la Administración.- El punto 2.3 del artículo 14° nos remite al caso del acto emitido con infracción de las formalidades no esenciales del procedimiento, señalando que se entienden por tales a los que realizados de forma debida no hubiera alterado el sentido del acto en aspectos importantes o de lo contrario cuyo incumplimiento no afecte el debido proceso del administrado, estando dentro de estos de acuerdo a la LPAG, el caso de incumplimiento de plazos por parte de la Administración.

Señala DROMI, que la obligatoriedad con relación a los plazos administrativos implica el deber de cumplirlos y la facultad de los administrados de exigir su cumplimiento, pero que esta obligación no debe confundirse con la perentoriedad que supone caducidad o decalcimiento del derecho<sup>21</sup>.

MORON URBINA, sobre el mismo punto señala; que salvo mandato legal en contrario, los plazos en el Derecho Administrativo son de tipo ordenador, esto es simples y prorrogables, por lo que su incumplimiento no determina la invalidez del acto, sino sólo su incorrección.

Sostiene además, MORON URBINA al respecto: "(...), son aquellos plazos - los simples - que aun vencidos permiten la realización de la actuación procesal a que estaban referidos, pero su incumplimiento acarrea para el ejecutor tardío la responsabilidad consiguiente(...)"<sup>22</sup>.

Acorde con la doctrina citada, el 3er párrafo del artículo 140° de la LPAG señala: "El vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la administración, no exime de sus obligaciones establecidas, atendiendo al orden público. La actuación administrativa fuera de término no queda afectada de nulidad, salvo que la Ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo".

Terminamos refiriéndonos a la calidad de prorrogables que tienen los plazos al ser ordenatorios; superando el inconveniente del indicador o subtítulo del artículo 136° de la LPAG que puede inducir a una interpretación errada; del mismo texto del artículo se desprende la posibilidad de prorrogar los plazos, aunque limitada respecto de la administración a la emisión de informes y dictámenes y, respecto de los particulares, a la actuación de pruebas.

Retomando el análisis del artículo 14° de la LPAG en cuanto a los vicios intrascendentes que no requieren subsanación, el punto 2.4 incluye la fórmula general, aún más que la del punto 2.3, determinando que será acto administrativo afectado de vicio intrascendente "cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio".

**Rectificación de errores materiales.**- Esta rectificación implica una modificación que subsana al acto, mas referida sólo a errores nimios, distintos a cualquier error de hecho o derecho

21 DROMI, Roberto. El Procedimiento Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996 Pág. 191.

22 MORON Juan Carlos Op. Cit Pág. 187, 188 y 190.

sustancial. Los errores deben ser "ostensibles, manifiestos e indiscutibles, es decir que se evidencian por sí solos, sin necesidad de mayores razonamientos, manifestándose "prima facie", por su sola contemplación, teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo"<sup>23</sup>.

Abunda Manuel SARMIENTO ACOSTA en el mismo sentido pero resaltando el hecho de que se rectifica o corrige sobre la base de un acto válido y que en la rectificación no pueden realizarse juicios valorativos, alterar el sentido del acto, ni realizar calificaciones jurídicas<sup>24</sup>. PARADA critica la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común español en cuanto equipara a los errores materiales y aritméticos con el error de hecho, en cambio destaca la propiedad de la redacción de la Ley de Procedimientos Alemana: "Errores de escritura, de operaciones aritméticas y demás errores notorios similares del acto administrativo"<sup>25</sup>.

Aclaratoria del acto administrativo.- DROMI, hace referencia a la modificación por aclaración del acto que se produce por oscuridad o imprecisión del mismo, en cuyo caso el órgano que dictó el acto procede a modificarlo precisando cual es el sentido de este<sup>26</sup>. La aclaración es referida al contenido del acto.

La LPAG no incluye de forma expresa la aclaración del acto, mas la figura puede aplicarse a través del derecho de petición administrativa previsto en el Artículo 106.

Nullidad de oficio y revocación de los actos administrativos. Posición de la LPAG: régimen de excepción y sumisión al principio de legalidad administrativa. La nulidad y la revocación constituyen formas de extinción del acto administrativo. Nos adherimos a lo vertido por CASSAGNE cuando sostiene que existen grandes desacuerdos doctrinarios en este punto y que se ha generado diferentes y variadas terminologías, aunque tenemos la percepción de que a nivel doctrina no existen tantas variaciones y modos de entender de ambos conceptos, como los que se presentan a nivel del derecho positivo, pudiendo percibirse allí mixturas y matices que ameritan que el análisis sea minucioso.

Respecto de lo doctrinario CASSAGNE indica la existencia de 3 sectores:

- **Por sus efectos.**- Si son retroactivos generan el "retiro del acto", por lo contrario si son a futuro entonces se hablará de "abrogación del acto".
- **Por su naturaleza.**- Si se trata de razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se empleará el vocablo "revocación", si la causa atiende a razones de ilegitimidad la designación correcta será "anulación o invalidez".
- **Por el órgano que decreta la extinción.**- Se entenderá propia de la administración ya sea por razones de oportunidad, mérito o conveniencia o por ilegitimidad, reservándose el término "anulación" para la extinción del acto ilegítimo en sede judicial<sup>27</sup>.

La LPAG se ubica dentro del segundo esquema doctrinario aunque con un matiz que luego abordaremos, señalándose ahora que en consecuencia la nulidad se diferencia de la revocación en que la primera forma de extinción es referida exclusivamente a la ilegalidad o

23 PARADA, *Tratado Op. Cit. Pág. 226*

24 SARMIENTO ACOSTA, Manuel. *Los Recursos Administrativos en el Marco de la Justicia Administrativa*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Ediciones CITEA, Pág. 52

25 PARADA, *Tratado Op. Cit. Pág. 226*.

26 DROMI, *Tratado*. *El Procedimiento Administrativo*. Op. Cit. Pág. 207.

27 CASSAGNE, *Juran Contra Op. Cit. Pág. 379 a 381*.

nullidad del acto y la segunda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia o discrecionalidad administrativa con las siguientes preclusiones inmediatas: El régimen es excepcional, rigen para los actos administrativos el principio de inmutabilidad, estabilidad o irrevocabilidad del acto. Es ese el sentido del artículo 203° de la LPAG cuando determina: "los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos, una vez notificados a sus destinatarios, no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (...)".<sup>28</sup>

Los casos limitados de revocación se entienden en primer término, por interpretación en sentido contrario del mismo artículo 203°. En efecto, los que no son declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos pueden ser revocados pero con la limitación de apreciar elementos de juicio sobrevinientes y se favorezca al destinatario del acto y siempre que no se generen perjuicios a terceros.

Además de lo indicado pueden ser revocados los actos si la facultad revocatoria se encuentra prevista en una ley y se cumplen los requisitos contenidos en ella (Artículo 203.2.1).

El caso restante de revocación es el que se identifica con la ya anteriormente tratada ausencia de motivación o causa, con la diferencia que en este caso, la ausencia es sobreviniente. Este hecho se ubica más en realidad, en razones de ilegitimidad del acto que de revocación, al ser el vicio de la causa del acto administrativo lo que ocasiona la nulidad de este; es el matiz al que líneas antes nos refiriéramos.<sup>29</sup>

Sobre la nulidad de oficio, debe indicarse que esta potestad se encuentra sujeta al término de prescripción de un año contado a partir de la fecha en que el acto haya quedado consentido.

La técnica del legislador, de someter a prescripción la facultad de declarar la nulidad de sus actos, ha sido criticada ya en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos en razón a que constituye en la praxis la confirmación de un acto nulo por el solo transcurrir del tiempo. Sin embargo puede entenderse la opción del legislador desde el punto de vista del otorgamiento de seguridad jurídica a los particulares o administrados, limitando la potestad de la administración de declarar la nulidad de sus actos sin que pierda esta el deber y el derecho de cautelar la legalidad y tutelar el interés común pues se encontrará expedita la vía de lesividad o acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial.

El derecho del administrado a formular denuncias.- Insertamos el presente punto en este trabajo virtud a su relación con la nulidad del acto administrativo. En efecto, se encuentra prevista en el artículo 105 de la LPAG, la facultad de cualquier administrado sin necesidad de sustentar interés alguno, de comunicar a la autoridad competente hechos contrarios al ordenamiento. Si bien solo se determina en el último numeral del artículo, como efecto de la denuncia, además del de practicar las diligencias necesarias e iniciar de oficio la respectiva fiscalización; va de suyo que en atención a los principios de informalismo o de formalidad atenuada, verdad material y el de legalidad, la administración tenga la obligación, al haber conocido de un hecho que vicié un acto, de declararlo nulo o recurrir a la vía de lesividad de ser el caso.

Lo expuesto ha constituido el argumento en la doctrina argentina, de los partidarios de determinar que ante recursos planteados fuera del plazo establecido se considere al mismo

28 La limitación de plano de la potestad revocatoria, por la existencia de *causas hechas adquiridas*, puede explicarse en el derecho a la propiedad en tanto que los derechos otorgados por el acto administrativo se han incorporado al patrimonio del particular, implicando por tanto la revocación del acto, una expropiación de facto.

29 GARCÍA DE ENTERRÍA Y ELIÁZQUEZ citan a la extinción sobreviniente de la causa como "*cessante causa*" o "*cessat effectus*", colocando como ejemplos la reversión expropiatoria y la revocatoria de licencias. Op cit pag. 538-539.

como de denuncia de ilegitimidad, figura o instituto como es de verse distinto al de una impugnación, mas asimilable a esto en sus efectos o consecuencias inmediatas. El tema de discusión nos alcanza ahora de modo mas definido dado el "derecho a formular denuncias" contenido en la LPAG. ¿Será pues obligada la declaración de nulidad de parte de la autoridad que conoce del vicio merced a la denuncia, colocándose esta obligación por sobre la preclusividad establecida para los recursos administrativos? ¿Se da la misma situación por el ejercicio simple del derecho de petición?

Planteado el enfrentamiento entre la declaración de nulidad del acto en sede administrativa o judicial, en obediencia a los principios procedimentales administrativos de informalismo, celeridad y eficacia, de evidentes connotaciones tuitivas o pro administrado, sumados al de legalidad y de seguridad jurídica y; la preclusividad de los recursos, en cuyo caso también se esgrime como fundamento la seguridad jurídica pues se piensa que si la ley ha definido la calidad de preclusorios para los plazos de interposición recursal, ello ha sido para lograr una estabilidad, orden o seguridad sin la cual las decisiones de la entidad no tienen mayor credibilidad o eficacia; es útil cabe tomar en consideración lo expuesto por COMADIRA a la hora de sustentar los fundamentos de la denuncia por ilegitimidad. En síntesis el autor sostiene que no siendo la denuncia un recurso, debido que ante el pronunciamiento de la entidad no cabe que el particular recurra al poder judicial, sino que constituyendo "un acto por el cual el particular pone en conocimiento de la autoridad administrativa la existencia de actos, hechos o comportamientos constitutivos de irregularidades administrativas", importa por sus efectos un medio autónomo de impugnación de actos administrativos, un medio habilitado por la ley " con fundamento de proteger el interés público comprometido en la juridicidad y el interés del recurrente".<sup>30</sup>

Si bien del análisis del artículo 105 de la LPAG no se puede determinar de modo concreto la calidad de medio de impugnación del derecho de denuncia, debe volverse siempre a contemplar los argumentos de la obligación de la administración de resguardar la legalidad de sus actos, esa "seguridad jurídica" se coloca por sobre la del resguardo del carácter preclusorio de los recursos. Debe recordarse que si la autoridad por si misma, es decir de oficio, se percató del vicio, tendrá la obligación de declarar la nulidad del acto afectado.

Respecto de utilizarse los mismos fundamentos para declarar la nulidad de un acto en atención al ejercicio simple del derecho de petición formulado por el particular, creemos que el supuesto de la LPAG para el desarrollo de este derecho constitucional es distinto; mas sin embargo y de inferirse la nulidad de un acto de forma indirecta, sería válido el medio para la declaración de nulidad.

#### PRECISIONES FINALES.

De todo lo anteriormente expuesto, es de verse que la LPAG a diferencia de su antecesora, contiene no sólo un mejor tratamiento de disposiciones procedimentales, sino también que desarrolla instituciones propias del derecho administrativo sustantivo llenándose así un vacío que no pocas veces ha ocasionado injusticias que llegado el caso, no han sido solucionadas de forma adecuada en sede judicial. El régimen establecido para el acto administrativo, no podemos decir a esta altura, por el legislador, cuando conocemos que la norma es producto de la labor de connotados administrativistas; deberá ser para su efectivo cumplimiento, no solo motivo de interés sino de análisis por parte de quienes la apliquen, siendo lo que aquí se pretende, un punto de partida.

30 COMADIRA, Julio R. Procedimiento Administrativo y Denuncia de Ilegitimidad. Ateneo Puro, Buenos Aires 1996. Págs. 55 y 59.