



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El principio de conservación de los actos administrativos
en el ordenamiento jurídico peruano**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado

Diego Enrique Méndez Vásquez

Asesor(es):
Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes

Lima, agosto de 2021

Aprobación

La tesis titulada “El principio de conservación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”, presentada por el abogado Diego Enrique Méndez Vásquez en cumplimiento con los requisitos para optar el Grado de Máster en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado, fue aprobada por el director Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes.



Asesor

Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes



Dedicatoria

A Carlota y Cristina con mi más profundo y sincero amor



Agradecimiento

A Dios, mis padres y mi familia por transmitirme su inagotable amor.

A mi mentor y amigo Guillermo Chang, por confiar siempre en mí. Dios permita que sigamos construyendo el Derecho Administrativo que nuestro país merece.



Resumen

Esta investigación se aboca al régimen jurídico del principio de conservación en el Derecho Administrativo peruano. En específico, se aborda su aplicación a los actos administrativos que nacieron con alguna ilegalidad en su estructura. Sin duda, este análisis exige involucrarse en una de las controversias más clásicas del Derecho: la constante ponderación entre el principio de legalidad y la seguridad jurídica; entre la invalidez y la conservación. En tal medida, se abordan algunas categorías jurídicas trascendentes: la noción de legalidad, validez, ilegalidad e invalidez de los actos jurídicos. Sin embargo, el estudio no se realiza solamente desde la perspectiva del Derecho público; en virtud de la unidad interna del Derecho, se abstraen bases de Derecho común, a fin de trasladarlas a la aplicación del principio de conservación a los actos administrativos. En suma, el propósito de este trabajo es reforzar la importancia del principio de conservación como verdadera manifestación de un equilibrio entre principios de legalidad y de seguridad jurídica, así como su importancia como pauta ordenadora del ordenamiento jurídico-administrativo.

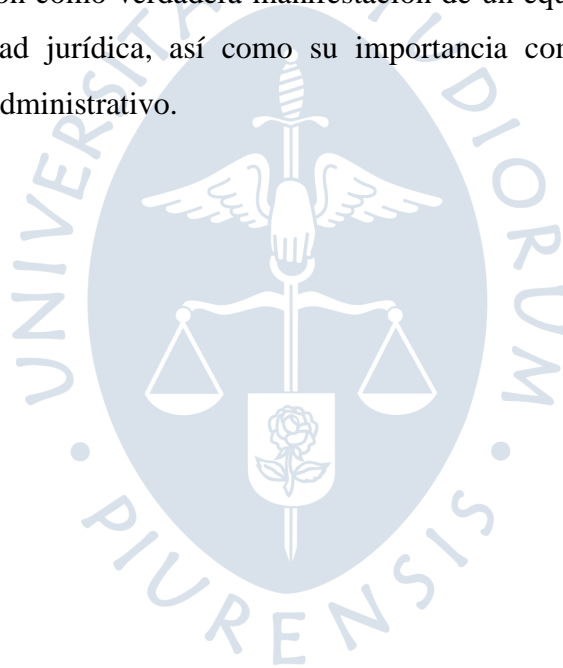


Tabla de contenido

Introducción.....	15
Capítulo 1 El principio de conservación en el derecho civil peruano: algunas cuestiones de derecho común	19
1.1 Cuestión previa: la delimitación de la conservación y el principio de conservación	19
1.2 Autonomía privada, principio de legalidad y negocio jurídico	20
1.3 La validez e invalidez del negocio jurídico	22
1.3.1 El negocio jurídico válido	22
1.3.2 El negocio jurídico inválido	24
1.3.3 La nulidad como mecanismo procesal para la declaración de invalidez del negocio jurídico.....	27
1.4 El principio de conservación en el Derecho Civil	33
1.4.1 Planteamiento de la cuestión.....	33
1.4.2 El origen histórico del principio general de conservación y su vinculación a la máxima <i>utile per inutile non vitiatur</i>	35
1.4.3 La nulidad absoluta y el orden público en el Código Civil peruano.....	37
1.4.4 El principio de conservación en el Código Civil peruano	40
1.4.4.1 La nulidad parcial	41
1.4.4.2 La convalidación	43
1.4.4.3 La conversión	44
1.5 Conclusiones del capítulo	45
Capítulo 2 El principio de conservación en el derecho administrativo peruano.....	49
2.1 Cuestiones preliminares	49
2.1.1 Administración pública y acto administrativo	49
2.1.2 El Derecho público y el Derecho privado como realidades complementarias	51
2.2 El principio de conservación en el Derecho Administrativo	54
2.2.1 Fundamento del principio	54
2.2.1.1 La presunción de validez de los actos administrativos.....	54
2.2.1.2 La eficacia administrativa como fundamento de la aplicación del principio de conservación en el Derecho Administrativo	57
2.2.2 Aplicación del principio de conservación.....	59

2.2.3	Conclusiones del apartado	62
2.3	La invalidez en el Derecho peruano desde el principio de conservación. Planteamiento general.....	63
2.3.1	El acto administrativo válido e inválido en la LPAG	63
2.3.2	Las causales de nulidad en la LPAG.....	66
2.3.2.1	La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.....	66
2.3.2.2	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	67
2.3.2.3	Los actos expesos 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 tramites esenciales para su adquisición.....	67
2.3.2.4	Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma	70
2.4	El control jurídico de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano.....	72
2.4.1	La autotutela administrativa y el control jurídico interno de los actos administrativos	72
2.4.2	Mecanismos de control jurídico interno de los actos administrativos en la LPAG	75
2.4.2.1	La nulidad de oficio.....	75
2.4.2.2	Los recursos administrativos	80
2.4.2.3	El caso especial de la fiscalización posterior	84
2.4.3	Conclusiones	87
2.5	El principio de conservación en la LPAG	88
2.5.1	Aspectos generales.....	88
2.5.2	La invalidez parcial.....	89
2.5.2.1	Vertiente sustantiva	89
2.5.2.2	Vertiente procesal.....	90
2.5.3	La enmienda o subsanación	93

2.5.3.1	Aspectos generales	93
2.5.3.2	Los vicios no trascendentes	95
2.5.3.3	El ‘acto subsanador’ y el procedimiento de enmienda	99
2.5.3.4	La eficacia de la subsanación o enmienda	100
2.5.3.5	La oportunidad de la enmienda o subsanación y su invalidez	101
2.5.4	La conversión	101
2.5.5	Supuestos expresos de conservación en la LPAG	102
2.5.6	La conservación de actos administrativos cuyo contenido se basa en la presunción de veracidad	103
2.6	Conclusiones del capítulo	104
Conclusiones		107
Lista de referencias		109



Introducción

La seguridad jurídica es uno de los elementos sobre los que se constituye el Estado de Derecho. Esta representa una garantía a los ciudadanos del mantenimiento de aquellas relaciones o situaciones creadas al amparo del ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica abarca no solo a las relaciones entre privados, sino también a aquellas donde participa el Estado. Al respecto, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú indica que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por ello, entre otras igual de importantes, es tarea de este último crear y mantener un ordenamiento en el que los ciudadanos puedan confiar y conformar su vida según sus propios proyectos¹.

El ordenamiento jurídico tiene diversas fuentes. Una de ellas son los principios jurídicos. Estos, como señala DIEZ PICAZO, cumplen una doble función: “[l]o que allí se llama el carácter inspirador de todo el ordenamiento jurídico y su aplicación directa que se produce en defecto de ley o de costumbre”². De esta forma, muy ligado al propósito de crear y mantener un ordenamiento confiable y que garantice un estándar de seguridad jurídica, se encuentra el principio de conservación. Esta fuente jurídica³ busca preservar a aquellas actuaciones públicas o privadas que, a pesar de ostentar alguna irregularidad, son capaces de cumplir con su propósito.

El principio de conservación es una manifestación de la inercia vital y vocación de supervivencia del Derecho, “[q]ue le hace mantener su validez y vigencia, resistiéndose así a la eliminación del mismo modo que en el mundo físico (...)”⁴. Sin embargo, desde sus primeras formulaciones, el desarrollo de este principio, tanto a nivel normativo como doctrinal, se ha vinculado a los actos que son producto de las relaciones jurídico-privadas, quedando un tanto relegado su estudio respecto del Derecho público, en específico, de los actos administrativos. En el Perú, receptor de la tradición jurídica europea-continental, la realidad no ha sido distinta: el mayor desarrollo del principio, aunque sin ser abundante, pertenece al Derecho Civil.

La aplicación del principio de conservación que se va a analizar presupone encontrarse a un acto administrativo que ha incurrido en un vicio en su conformación, esto es, que ostenta una ilegalidad estructural. En este escenario, la tradicional (y más estudiada) respuesta de los

¹ Cfr. LÖSING, N., “Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* N° 6, CEPC, Madrid, 2002, p. 282.

² DIEZ PICAZO, L., “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 36, N° 4, BOE, Madrid, 1984, p. 1264.

³ Cfr. LEGUINA VILLA, J., “Principios Generales del Derecho y Constitución”, en *RAP N° 114*, CEPC, Madrid, 1987, p.7.

⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., “La doctrina del acto confirmatorio”, en *RAP N° 8*, CEPC, Madrid, 1982, p. 13.

ordenamientos jurídicos ha sido sancionar a dicho acto, a través de la declaración de su nulidad, en una estricta equiparación entre ilegalidad e invalidez. Sin embargo, frente a esa solución más o menos consolidada, la aplicación del principio de conservación aparece como una solución distinta, en pos de la seguridad jurídica. A partir del principio, se persigue valorar que “lo que determina la invalidez de un acto administrativo no es haber incurrido en una ilegalidad, sino que esa ilegalidad impida alcanzar un fin que el Derecho considera merecedor de protección”⁵. Así, si bien este vicio es una ilegalidad, la aplicación del principio de conservación entraña una reacción diferente del ordenamiento: considerar a este vicio como no trascendente y mantener la validez y vigencia del acto.

En tal medida, es innegable que el presente trabajo se involucra en una de las controversias más clásicas del Derecho: la constante ponderación entre el principio de legalidad y la seguridad jurídica; entre la invalidez y la conservación. Por ello, el estudio del principio de conservación requiere abordar, de manera preliminar, algunas categorías que resultan trascendentales: la noción de legalidad, validez, ilegalidad e invalidez de los actos jurídicos. Para ello, si bien corresponde acudir a los principales desarrollos doctrinales sobre la materia, tendrá especial relevancia en este análisis la configuración del sistema jurídico peruano. El resultado de dicha evaluación permitirá identificar el espíritu del ordenamiento respecto de los mecanismos de tutela del ordenamiento jurídico frente a los actos que ostenten irregularidades estructurales.

El punto central de referencia sobre la conservación de actos administrativos en el Perú es la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG⁶). En esta norma, según es conocido, rige una regulación extensa de la nulidad, frente alguna escueta mención a la conservación. El escenario no es distinto en la doctrina nacional, donde la idea de conservación, además de poco desarrollada, es inexactamente entendida. Por tanto, en esta investigación, en virtud de la unidad interna del Derecho, se buscará abstraer las bases del desarrollo normativo del principio de conservación de los actos jurídico-privados, a fin de aplicarlas, *mutatis mutandi*, al Derecho Administrativo. Así, mediante el análisis correspondiente y en interpretación extensiva del ‘Derecho que está en consonancia con los principios’⁷, se persigue reforzar la importancia del principio de conservación como verdadera manifestación de un equilibrio entre principios de legalidad y de seguridad jurídica, así como

⁵ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 70.

⁶ Cabe mencionar que en el presente trabajo se empleará el articulado original de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y no de su Texto Único Ordenado.

⁷ Cfr. DIEZ PICAZO, L., “Los principios (...)”, Ob. cit., pp. 1264 - 1265.

su importancia como pauta ordenadora del ordenamiento jurídico-administrativo, frente al régimen de invalidez establecido.



Capítulo 1

El principio de conservación en el derecho civil peruano: algunas cuestiones de derecho común

1.1 Cuestión previa: la delimitación de la conservación y el principio de conservación

La conservación de los actos jurídicos es una manifestación de la vocación de permanencia del Derecho. A través de ella, se protege a los actos emitidos de conformidad con el ordenamiento jurídico y también a aquellos que nacieron con alguna irregularidad⁸. La conservación que se estudia en la presente investigación se centra en el segundo supuesto: preservar la existencia de aquellos actos a pesar haber sido conformados con algún vicio. Sin embargo, esta premisa tiene un presupuesto ineludible: entender que “[n]o cualquier desajuste entre la estructura real del acto y la prevista en la norma da lugar a invalidez: sólo lo hacen aquellos que el Derecho considere que no deben ser protegidos, y que por tanto originan su reacción”⁹.

BELADIEZ señala que los requisitos para que el Derecho tolere y proteja la conservación de un acto jurídico que ostente alguna irregularidad son dos: “[q]ue con el mantenimiento de ese acto se alcance un fin que el Derecho considere digno de protección (que es cuando la conservación será conforme a Derecho), y que exista un interés en la consecución de esa finalidad”¹⁰. Esta conservación supone, en primer lugar, considerar válido a determinado acto y, como consecuencia de ello, brindar cobertura a los efectos que haya estado y/o esté destinado a producir, a pesar de no cumplir con todos los requisitos para ello¹¹. En este sentido, la conservación puede entenderse desde dos aspectos: i) como consecuencia jurídica o ii) como el principio que sustenta dicha consecuencia.

En primer caso, la conservación consiste en la aplicación de una consecuencia jurídica prevista en la norma y se puede sustentar en diversos principios jurídicos (eficacia, buena fe, confianza legítima, economía procesal, etc.). Así, a través de ella, se consigue que se respete el contenido del respectivo principio¹². Asimismo, en ocasiones, la conservación puede ser

⁸ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2a Ed., IEA, Madrid, 1977, p. 159.

⁹ BACA ONETO, V., *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Navarra, 2006 p. 40.

¹⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 43.

¹¹ Señala BACA ONETO que la invalidez “nace como consecuencia de la inadecuación entre el acto y aquello que ha sido previsto en la norma, ya sea porque le falta alguno de los requisitos exigidos por ésta, o porque viola un precepto del ordenamiento jurídico”. *La invalidez (...)*, p. 39

¹² Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 44. Señala la autora que, en estos casos, la conservación supone que “[e]l Derecho considera necesario proteger porque ha credo una situación que es preciso conservar por exigirlo así alguno de los principios jurídicos que inspiran este ordenamiento: buena fe, seguridad jurídica, economía procesal, etc. El ejemplo típico es el de las adquisiciones a *non domino* inscritas en el Registro por terceros de buena fe. Es claro que si se conserva el negocio no es porque el

también el resultado del principio del mismo nombre (principio de conservación). Este valor jurídico persigue mantener la vigencia de un acto por su mismo valor¹³ y con el objeto de permitir que cumpla con el propósito que tiene encomendado.

El principio de conservación permite “[l]a satisfacción de los intereses de los sujetos jurídicos; lo que en última instancia supone garantizar la propia vigencia del Derecho, pues garantizando la conservación de aquellos actos que se considere legítimos, se demuestra su existencia real”¹⁴. Este es el objeto del presente trabajo: estudiar a la conservación como principio en todo el sentido de la palabra, esto es, como fuente inspiradora del ordenamiento jurídico y no como una mera directriz supletoria.

1.2 Autonomía privada, principio de legalidad y negocio jurídico

La libertad personal, tan antigua como el ser humano, preexiste a cualquier ordenamiento jurídico. La autonomía es una de sus principales manifestaciones. Por ello, en un Estado de Derecho, la Constitución no hace más que reconocerla y señalar, en términos generales, de qué manera puede delimitarse su ejercicio en orden al interés general¹⁵. Al respecto, el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce que toda

Derecho considere que esa compraventa es válida (en principio, no se puede reconocer como válida una venta realizada por quien no es su propietario), sino porque éste es el único medio de salvaguardar la confianza que los terceros de buena fe depositaron en el Registro”. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que, en la protección de la adquisición a *non domino* tiene un sustento distinto, como se desarrolla en GÓMEZ MATOS, M., “Doble venta, inoponibilidad, buena fe y fe pública registral. A propósito de la Casación N° 204-2010-Huaura”, en *Diálogo con la Jurisprudencia N° 166*, Lima, Perú, 2012, p. 289-294.

¹³ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 45. Asimismo, la autora, en secciones posteriores del citado trabajo, señala que el principio de conservación permite definir la validez de los actos jurídicos no solo si “[s]on conformes a Derecho, sino que también pueden serlo actos que hayan sido dictados infringiendo gravemente la ley en sí; a pesar de ello, han creado una situación que el Derecho considera digna de protección” (p. 64). En el mismo sentido, aunque replicando esta conclusión de BELADIEZ, Cfr. DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El principio de conservación de actos”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 1013. 5. Al respecto, es menester advertir que esta postura resulta incoherente frente a su planteamiento inicial dado que lleva a emplear la eficacia de un acto jurídico como criterio para determinar su validez, equiparando ambas categorías. Como consecuencia de ello, alguna doctrina ha calificado a esta postura de tautológica, señalando que “[s]e incurre en un razonamiento circular cuando se afirma que la validez de los actos administrativos que, a pesar de padecer irregularidades, cumplen todos los fines establecidos por las normas que los regulan está justificada porque hay un principio jurídico e impone la conservación de los actos jurídicos que, a pesar de padecer irregularidades, cumplen los fines establecidos por el Derecho”. DOMÉNECH PASCUAL, G., “Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa, Actas del XII Congreso de la AEPDA*, AEPDA, La Laguna, 2017, pp. 155-156.

Como se señalará más adelante, la validez y la eficacia de un negocio jurídico son conceptos distintos, así como la invalidez y la ineficacia. En cualquier caso, la relevancia de los efectos puede ser un fundamento para conservarlos como tales, pero sin que ello implique la conservación del negocio jurídico. Cfr., epígrafe. 1.3.2., *infra*.

¹⁴ *Ibid.*, p. 46.

¹⁵ No conviene, pues, asumir que la libertad es un valor absoluto. Señala HERVADA que “[l]a libertad es dimensión de un ser, se asienta en un ser; en otras palabras, quien es libre es un ser, dotado de un estatuto ontológico concreto. De ahí que una libertad omínmoda y arbitraria sea una libertad irreal, imaginable pero imposible”, en *Introducción crítica al Derecho Natural*, Universidad de Piura, Piura, 1999, p. 186.

persona tiene derecho a la libertad personal. Asimismo, establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (literal a) y que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal (literal b). En consecuencia, si bien la Constitución establece el principio general de libertad para el ciudadano, su vinculación respecto de la legalidad es negativa¹⁶. Sin pretender entrar a una discusión sobre el particular¹⁷, es importante resaltar que el alcance del principio de legalidad no hace referencia solamente al cumplimiento de las normas con rango de ley, sino que involucra a la Constitución, la ley y al Derecho, en general¹⁸.

Por otra parte, es menester recordar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos “[c]onceden al sujeto un amplio poder para estructurar (...) relaciones jurídicas según su voluntad declarada”¹⁹. Así, “[e]l Derecho, aunque deje un amplio margen de libertad para que los individuos fijen el alcance de sus relaciones, se ve en la necesidad de intervenir, tanto para señalar qué actos estima que son jurídicos, como para conjugar el interés privado con el público (...) a fin de armonizar el deseo individual con la realidad social en donde se desenvuelve”²⁰. De esta forma, el negocio jurídico se constituye como la herramienta por excelencia, a través de la cual los particulares crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas concretas²¹. Al respecto, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por tanto, como se aprecia, la autonomía privada no es absoluta, sino que se encuentra sometida, también, al principio de legalidad.

El negocio jurídico es la “declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con hechos o actos”²². El artículo 140 del Código Civil peruano define al negocio jurídico, a pesar de denominarlo

¹⁶ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010, p. 121.

¹⁷ Vid. *Íbid.* pp. 117-128. Asimismo, BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, en *RAP N° 153*, INAP, Madrid, 2000, *in totum*.

¹⁸ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, p. 198.

¹⁹ ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 33.

²⁰ RUIZ SERRAMALERA, R., *El negocio jurídico. Elementos y eficacia del negocio. La representación*, Universidad Complutense de Madrid – Sección de publicaciones, Madrid, 1980, p. 18.

²¹ Sin perjuicio de ello, DIEZ-PICAZO señala que “(...) el ámbito del negocio jurídico es mayor aún: afecta incluso a «situaciones jurídicas» que no llegan a revestir el carácter de relaciones jurídicas”. Cfr. DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico” en *Anuario de Derecho Civil N° 14*, BOE, Madrid, 1961, p. 811.

²² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 34. En el mismo sentido, RUIZ SERRAMALERA señala que el negocio jurídico es la “declaración de voluntad aceptada objetivamente por el Derecho como fundamento de una relación jurídica y que va dirigida a establecer una especial ordenación de sus efectos”. *Ob. cit.*, p. 25.

acto jurídico²³, como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La voluntad es un elemento esencial del negocio jurídico y el Derecho la regula y delimita, de tal manera que solo tenga validez si cumple con los requisitos prescritos por ley y se emplea según su configuración propia, sin alterarla²⁴.

1.3 La validez e invalidez del negocio jurídico

1.3.1 *El negocio jurídico válido*

El negocio jurídico es la manifestación más importante de la autonomía privada²⁵. Por ello, el ordenamiento prevé determinadas disposiciones legales, a modo de requisitos, presupuestos o condiciones, para que estos se realicen de manera válida y surtan efectos jurídicos. Estas disposiciones regulan dos ámbitos de la autonomía privada que forman parte de la voluntad negocial²⁶: i) el nacimiento o creación del negocio jurídico y ii) que la eficacia de los negocios no contradiga las necesidades que en cada momento se consideran dignas de protección. Al ordenamiento jurídico no solo le interesa que los negocios jurídicos cumplan con el propósito para el que fueron realizados, sino que esta eficacia se encuentre amparada en Derecho.

Los particulares tienen libertad para decidir si realizar o no un negocio jurídico y, en este sentido, emplear la figura negocial que mejor se ajuste a su fin práctico. Para tal efecto, “[e]l ordenamiento positivo impone una serie de condiciones imprescindibles tanto para garantizar esa libertad (que no sea forzada o que no se emita viciada) como para que se logre el propósito organizativo del Derecho (estableciendo qué actos negociales o declaraciones de voluntad tienen sentido jurídico)”²⁷. Al respecto, el artículo 140 del Código Civil peruano señala que la validez del negocio jurídico exige: i) capacidad del agente o de los agentes; ii) que el objeto del negocio sea física y jurídicamente posible; iii) que tenga fin lícito; y, iv) la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Por otra parte, a través de la regulación del segundo ámbito de la autonomía, el Derecho procura que “[l]a eficacia [potencial] de los negocios no contradiga las necesidades que en cada momento se consideran como dignas de protección, de modo que la autonomía privada no pueda vulnerar el imperativo social que es tomado como fundamento de la organización jurídica”²⁸. Se trata de una valoración *ex ante*; es decir, acerca de los efectos que

²³ Cfr. LEÓN HILARIO, L., *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*, PUCP, Lima, 2019, pp. 17-19.

²⁴ Cfr. ALBALADEJO, M., *Ob. cit.*, p. 35.

²⁵ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, L., *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2002, p. 22.

²⁶ Cfr. RUIZ SERRAMALERA, R., *Ob. cit.*, pp. 18-19.

²⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁸ RUIZ SERRAMALERA, R., *Ob. cit.*, pp. 18-19. (Corchete añadido)

puede producir el negocio. En este sentido, además de la exigencia de fin lícito prevista en el artículo 140 del Código Civil, existen algunas otras disposiciones que buscan preservar este objetivo a partir de elementos externos al negocio mismo. Por ejemplo, el artículo V del Título Preliminar de esta norma señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Asimismo, el artículo 1354 señala que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo; y, por su parte, el artículo 1355 establece que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Como se puede apreciar, “[s]e prefiere limitar la iniciativa privada en aras de una mejor justicia social”²⁹.

El negocio jurídico es un instrumento que el Derecho pone al servicio de los particulares para el ejercicio legítimo de su autonomía y que les permita “[a]lcanzar determinado resultado jurídico (...)”³⁰. Se celebran para ser eficaces³¹. Por ello, determinar su validez a partir de la estricta constatación de los elementos o requisitos exigidos normativamente para su celebración, dejando de lado la posibilidad de que cumplan el propósito para el cual fueron celebrados, resulta no solo insuficiente, sino también impreciso. En tal virtud, un negocio jurídico “[d]ebe ser considerado válido no solo cuando es legal, sino cuando literalmente vale, cuando su conservación «tiene un valor para el Derecho»”³². Así, el principio de conservación garantiza que se consideren válidos a aquellos negocios jurídicos que ostentan ilegalidades no trascendentes. Al respecto, se entiende que una ilegalidad es no trascendente cuando no impide que el negocio pueda cumplir con el propósito por el cual se celebró³³. El principio de conservación supone determinar la conservación de un negocio jurídico exclusivamente por sí mismo y los efectos que es capaz de producir, pero no a partir de sus efectos desplegados³⁴.

La conclusión anterior es importante, ya que es una de las bases del desarrollo del objeto del presente trabajo ampliar el tradicional concepto de validez del negocio jurídico. Así, el principio de conservación pasa a ser un criterio que define la validez de los actos o negocios jurídicos en general. En consecuencia, a partir de aquí, se puede afirmar que “[l]a validez es la situación en la que se encuentra un acto que es conforme a Derecho y por este motivo el ordenamiento garantiza su conservación. [Para ello] (...) no es preciso que no haya

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ TABOADA CÓRDOVA, L., *Nulidad (...)*, Ob. cit., p. 23.

³¹ *Cfr. Ibid.*, p. 25.

³² DOMÉNECH PASCUAL, G., “Las irregularidades (...), Ob. cit., p.153.

³³ *Cfr. BELADIEZ ROJO, M., Validez (...)*, Ob. cit., p. 70.

³⁴ *Cfr. BACA ONETO, V.S., Ob. cit.*, p. 40.

cometido ninguna infracción del orden jurídico”³⁵. La calificación de la validez de un negocio jurídico supone entender el principio de legalidad en su correcto sentido, esto es, como la vinculación al ordenamiento jurídico en general.

1.3.2 *El negocio jurídico inválido*

Señala BELADIEZ que el primer ámbito a analizar “[p]ara saber cuándo el ordenamiento protege la conservación de un acto es precisamente el régimen de invalidez (...) [ya que] éste define qué actos son contrarios a Derecho, y, por tanto, qué actos deben ser expulsados del ordenamiento jurídico”³⁶. Al respecto, indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que “[l]a teoría de la invalidez de los actos jurídicos es en la actualidad patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de teoría general del Derecho, bien que esta teoría general se haya construido y se siga construyendo fundamentalmente sobre las técnicas y conceptos del Derecho Civil”³⁷.

El proceso de comprensión de la invalidez negocial supone, en primer lugar, saber distinguirla de la ilegalidad. No todo desajuste entre el negocio jurídico y el tipo negocial previsto en la norma acarrea en la invalidez de aquél, sino solamente aquellos que el ordenamiento jurídico considera más graves y que, por tanto, imposibilitan conservar el negocio. La evaluación de la validez de un negocio jurídico involucra diversos valores jurídicos, no solo aquellos requisitos exigidos para su celebración. En este sentido, como indicaba DIEZ-PICAZO, “[n]o toda irregularidad desemboca en [invalidez]: hay irregularidades irrelevantes e irregularidades a las que el ordenamiento jurídico aplica otro tipo de sanción”³⁸ o inclusive podrían derivar en su conservación. Sin perjuicio de ello, hacer esta primera distinción es uno de los puntos más difíciles y delicados de la teoría de la invalidez. De esta manera, para determinar que, si para que aparezca la invalidez, “[e]s menester que el Derecho positivo la decrete expresamente en atención a un tipo concreto de irregularidad o, al

³⁵ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 67.

³⁶ *Ibid.*, p. 64. (Corchetes añadidos).

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 18ª Ed., Vol. I, Civitas, Madrid, 2017, p. 662. Igualmente, señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la teoría de las nulidades es tributaria de la dogmática ius privatista en tanto que “[e]ra el modelo con el que inicialmente contaba el Juez del contencioso al comenzar su tarea”. Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo”, en *RAP N° 58, INAP*, Madrid, 1969, p. 53.

³⁸ DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia (...)”, Ob. Cit., p. 823. (Corchetes añadidos). Al respecto, es importante señalar que las menciones sobre la ineficacia que realiza el profesor español en este trabajo aluden a la noción de invalidez aquí abordada. En este mismo trabajo, refiere que existen diversas consecuencias jurídicas aplicables a las irregularidades negociales, tales como: las irregularidades que el Derecho considera irrelevantes y que no prevé reacción alguna; las irregularidades negociales relevantes, cuya sanción es solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionen; las irregularidades negociales sancionadas con una privación de derechos; y, las irregularidades negociales sancionadas impidiendo la plena eficacia del negocio irregular. *Cfr.*, pp. 821-822.

contrario, toda irregularidad que no haya sido eximida expresamente por el ordenamiento jurídico [la] comporta (...)”³⁹.

Al ordenamiento jurídico le interesa propiciar que los negocios jurídicos realizados sean válidos y produzcan los efectos que les corresponden. Sin embargo, la realidad presenta determinados “[s]upuestos en los que un negocio no produce o deja de producir los efectos que le son propios según su naturaleza”⁴⁰. La doctrina agrupa estos casos bajo la figura de la ‘ineficacia negocial’. Esta categoría – en su vertiente estructural⁴¹- se ha vinculado, tradicionalmente, a la invalidez del negocio jurídico. Ello ha llevado a entender que todo acto inválido es intrínsecamente ineficaz y que, por tanto, nunca produjo efectos o nunca debió haberlos producido⁴². Sin embargo, esta afirmación es imprecisa puesto que los actos no nacen inválidos y, a pesar de tener alguna irregularidad pueden haber producido efectos⁴³. La invalidez e ineficacia son categorías jurídicas distintas.

El profesor NIETO señala que, mientras que la ilegalidad es fruto de la constatación entre el negocio y la norma, la invalidez “[e]s el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad”⁴⁴. Sin embargo, es menester precisar que “[l]a invalidez, al igual que la ilegalidad se predica del acto, y no es fruto de una valoración, sino producto de una ilegalidad. Pero, como no toda ilegalidad produce la invalidez (...) sino sólo aquellas a las que el ordenamiento (y no el juez) liga tal consecuencia, es inevitable que el órgano competente para declararla tenga cierto margen para

³⁹ DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia (...)”, Ob. Cit., p. 823. (Corchetes añadidos).

⁴⁰ RUIZ SERRAMALERA, R., Ob. cit., p. 359.

⁴¹ La doctrina de la ineficacia en materia civil contempla dos supuestos. El primero comprende a la *ineficacia estructural* o también denominada ‘invalidez’, que se produce cuando el negocio jurídico ostenta un vicio en su conformación. Por su parte, la *ineficacia funcional* presupone un negocio jurídico correctamente celebrado, el cual, “[p]or un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. Al respecto, Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio (...)*, Ob. cit., p. 463. Asimismo, Vid. TABOADA CÓRDOVA, L., *La nulidad (...)*, Ob. Cit., p. 32 y TABOADA CÓRDOVA, L., *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2013, p. 357.

Sobre este punto, precisa DIEZ-PICAZO que “(...) en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no hay en rigor ineficacia, sino, por el contrario, expresión cumplida de la eficacia del negocio: así, por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un negocio. En todos estos casos el negocio es plenamente eficaz; despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia del negocio, sino extinción sobrevenida de la relación o de la situación negocial”. Eficacia e ineficacia (...)”, Ob. Cit., p. 824

⁴² Así pues, señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que “[s]e dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta, cuando su ineficacia es intrínseca, y por ello carece de efectos sin necesidad de una previa impugnación (...) El efecto inmediato de la nulidad supone que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, a quien en todo caso puede pedirse una declaración de la nulidad en el caso de que sea necesario para destruir una apariencia de validez o para vencer la resistencia de un tercero”. “Los vicios (...)”, Ob. cit., p. 54.

⁴³ Un suficiente y acertado desarrollo sobre el particular se encuentra en BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., pp. 39-45.

⁴⁴ NIETO GARCÍA, A., “Estudio preliminar” al libro de BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., pp. 10-11.

apreciar si el vicio es de los que la ocasionan (y de allí que se admita el uso del término «valoración»), pero sin que ello signifique que la invalidez surja *en virtud* de la declaración, de la que más bien constituye el fundamento

La doctrina advierte que será inválido aquel negocio jurídico que “[n]o cumple con los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico, y que no goza de una especial protección por parte de este, careciendo por ello de idoneidad para producir los efectos buscados”⁴⁵. Así, el juicio de invalidez comprende no solo la evaluación de los elementos constitutivos del negocio exigidos por ley, sino que también toma en cuenta otras fuentes del ordenamiento jurídico para buscar su amparo o rechazo. Frente a un acto viciado, las consecuencias de su evaluación son dos. Si el negocio supera el juicio favorablemente, merece ser conservado; en caso contrario, corresponde que sea formalmente declarado inválido y se decrete su ineficacia. Bajo esta línea, “[l]a ineficacia es (...) el *efecto* natural (aunque no inmediato) de la invalidez, pues el ordenamiento jurídico no puede permitir que permanezcan las consecuencias de aquellos actos que lo vulneran, salvo cuando otros principios jurídicos, que también forman parte de él, así lo exijan”⁴⁶.

En tal sentido, la ineficacia negocial a la que hace (o al menos debería hacer) referencia la doctrina civilista es a la reacción concreta que el ordenamiento jurídico prevé para un negocio jurídico inválido⁴⁷. Esta reacción puede suponer “[l]a no producción de efectos, o [la] destrucción de aquellos ya producidos, en la medida que (...) [el acto] (como contrapartida de su invalidez) no es idóneo para producir legítimamente efectos *jurídicamente protegibles*”⁴⁸. Sin embargo, no se trata de una fórmula predeterminada: la invalidez del acto puede tener diversas consecuencias, sobre todo en el plano jurídico⁴⁹. Ello depende de la valoración particular que se haga, en aplicación de la normativa y principios jurídicos correspondientes. Por ello, para vincular la invalidez y la ineficacia, se requiere la

⁴⁵ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 44.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 43

⁴⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia (...)”, *Ob. Cit.*, p. 821.

⁴⁸ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 45. (Corchetes añadidos). Asimismo, señala DE CASTRO que el negocio será inválido si no reúne los requisitos exigidos por la ley y será ineficaz, cuando, por cualquier otra razón (dentro de las cuales podría incluirse a la invalidez), no produce efectos. Cfr. *El Negocio (...)*, Ob. cit., p. 463.

⁴⁹ Así, indica DIEZ PICAZO que, en el Derecho, ocurre que lo «ineficaz» tiene a veces consecuencias, efectos. Cfr. DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia (...)”, *Ob. Cit.*, p. 820. Con un parecer similar, CARNELUTTI señalaba que “[d]e acuerdo con la lógica, parece que si un acto carece de algún requisito y puesto que éste está dispuesto para garantizar que responda a su finalidad, no debe ser eficaz; pero razones prácticas inducen a mitigar tal rigor; por eso, se ha dicho antes que mientras de la perfección deriva sin más su eficacia, de la imperfección, en cambio, puede no evitar la ineficacia. El principio, del que conviene partir es que cuando un acto es realizado sin eficacia, ésta es una pérdida económica que conviene reducir al mínimo posible”. *Instituciones del proceso civil*, Tomo I (Trad. SENTIS MELENDO, S.), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 557.

introducción de un factor dinámico “[q]ue ponga en conexión la invalidez como situación abstracta con la ineficacia como resultado concreto”⁵⁰. Esta cuestión se desarrollará a continuación.

1.3.3 La nulidad como mecanismo procesal para la declaración de invalidez del negocio jurídico

La declaración formal de invalidez es el resultado de una evaluación en la que se determina si el negocio jurídico no cumple con los requisitos para ser válido y que, por tanto, no es idóneo para cumplir con su propósito. La declaración de la autoridad es indispensable, puesto que el acto viciado “[p]roduce los mismos efectos que el acto regularmente celebrado, mientras el juez no lo condene”⁵¹. De acuerdo con estas premisas, el mecanismo exclusivo⁵² para declarar formalmente la invalidez y, luego de determinada esta, sancionar la ineficacia de determinado negocio jurídico es el *proceso judicial de nulidad*. Sin embargo, separadas de esta línea, existen algunas posturas “organicistas”⁵³, según las cuales los actos con vicios de nulidad absoluta nacen ineficaces. La explicación de esta discrepancia se puede realizar a partir de un estudio procesal de la nulidad.

Según refiere la doctrina procesalista, la influencia de las categorías iusprivatistas en la teoría de la nulidad llevó a que estas determinen el régimen de aquella. Al respecto, se indica que, en realidad, “[e]l tema de la nulidad en el ámbito del Derecho – en sus orígenes romanos – fue justamente algo típicamente procesal (...)”⁵⁴. En este sentido, bajo la imprecisa identificación entre invalidez e ineficacia, se asumió que la nulidad configuraba un modo de ser del acto, de manera que la ineficacia le era intrínseca, independientemente de la declaración de la autoridad competente. Así, a partir de una concepción errónea de la máxima

⁵⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 58.

⁵¹ LUTZESCO, G. *Teoría y práctica de las nulidades*, Trad. México, 1945, pp. 308-309, citado por DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio (...)*, Ob. cit., p. 474. En esta obra, DE CASTRO critica la posición de LUTZESCO así como la doctrina francesa que sustenta esta postura.

⁵² Al respecto, es importante señalar que, en virtud del principio de paz jurídica, “cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (*statu quo*) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en *Moneda y Crédito N° 128*, Fundación Santander Central Hispano, BSCH, Madrid, 1974, p. 60. Por su parte, en el ordenamiento jurídico peruano, el artículo 138 de la Constitución Política establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y las leyes. Asimismo, el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece la exclusividad de la función jurisdiccional. Unos breves pero sustanciosos apuntes sobre la jurisdicción como función pública pueden encontrarse en ZEGARRA MULÁNOVICH, A., Ob. cit., pp. 246 y ss.

⁵³ Cfr. JAPIOT, *Des nullités en matière des actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, LGDJ, París, 1909, citado por BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 40, nota al pie N° 9. La denominación “organicista” hace alusión a la naturaleza orgánica del defecto que vicia el negocio jurídico. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio (...)*, Ob. cit., p. 474.

⁵⁴ VILELA CARBAJAL, K., *Nulidades procesales y sentencia firme*, Palestra, Lima, 2007, p. 26.

*quod nullum est est nullum producit effectum*⁵⁵, la doctrina tradicional adoptó un criterio de ineficacia inmediata respecto de los actos considerados inválidos y prescindió, aparentemente, de la necesidad de la declaración de la autoridad competente⁵⁶. Esto, prácticamente, asimilaría al acto nulo con el acto inexistente, puesto que “[s]e considera que ha nacido muerto, negándosele toda posibilidad de producir efectos jurídicos, así como de ser convalidado”⁵⁷. Sin embargo, este no fue el único legado de esta postura, puesto que también influyó en el estudio de los elementos del negocio jurídico y su validez, en contraposición a su

⁵⁵ Así lo ha entendido, por ejemplo, DE CASTRO, cuando refiere que “[l]os textos romanos ofrecían un apoyo firme para estimar como no hechos (“pro infectis”) los actos contrarios a la ley (C 1, 14, 5)”, *Vid. El negocio (...)*, Ob. cit., p. 474. Con un parecer similar a DE CASTRO, haciendo alusión a la ineficacia intrínseca de los actos nulos *ipso iure*, *Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., La nulidad de los actos administrativos*, Olejnik, Buenos Aires, 2019, pp. 45- 46, *Vid.*, también, por el mismo autor, “Los vicios (...)”, Ob. cit., p. 54. Se recoge esta postura como antecedentes en REBOLLO PUIG, M., “La nulidad en el Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales”, en *Justicia Administrativa N° 44*, Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 7-8. En el Perú, esta postura se replica en VIDAL RAMÍREZ, F., *El acto jurídico*, 6ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, pp. 497-498.

Sin embargo, a decir de SANTAMARÍA, una conclusión en este sentido corresponde a la comprensión errónea de los textos romanos: “[e]l proceso civil romano, desde la *lex Aebutia* se escindió en dos fases: la *in jure* y la *apud iudicem*. La fase *in jure* tenía lugar ante el pretor y, en ella, el demandante formulaba sus pretensiones aduciendo un título jurídico concreto y solicitando del pretor que admitiese la acción que proponía (*editio actionis*) o que, simplemente, le otorgase la protección jurídica, designando en ambos casos el *iudex (postulatio actionis)* que, en definitiva, hubiera de decidir la litis en la segunda parte del proceso (fase *apud iudicem*). Pues bien, en tales supuestos, si el título jurídico aducido por el demandante se hallaba viciado de nulidad, el pretor suspendía el curso del proceso, negando al actor protección jurídica para la exigencia que planteaba (*denegatio actionis*). De tal forma el acto invocado por el demandado quedaba nulo y sin ningún efecto, *sin que fuese preciso que el juez privado se pronunciase al respecto*. La nulidad se producía en la fase *in jure*, o sea, sin declaración judicial de la misma, puesto que el magistrado únicamente denegaba la acción solicitada (o concedía una *exceptio* al demandado, desvirtuando la *actio* solicitada)”. *La nulidad (...)*, Ob. cit., pp. 93-94. Abona a esta postura lo indicado por D’ORS sobre la *denegatio actionis*, en tanto que la misma “[n]o parece haber requerido forma de decreto, y carecía de efectos decisivos, ya que el demandante podía volver a *postulare* ante el mismo o un nuevo magistrado”, en Ob. cit., p. 152, nota al pie 2.

Por otra parte, DIEZ-PICAZO señala que la aplicación de la regla del *nullum effectum* exige alguna puntualización, puesto que “la misma semejanza existente entre causalidad física y causalidad jurídica, en tema de efectos de los actos de los actos jurídicos, se presenta también aquí. *Nullum effectum* no expresa una experiencia real, sino un mandato, una sanción del orden jurídico. Quiero decir que, a pesar de estar sancionado el *nullum effectum*, puede producirse en virtud del negocio ineficaz una mutación de la realidad social idéntica a la que ocasionaría el negocio eficaz”, en “Eficacia e ineficacia (...)”, Ob. Cit., p. 831.

Asimismo, VILLAR PALASÍ indica que, “[e]n el Derecho romano solamente se aceptaba la existencia o inexistencia del acto, sin darse en consecuencia un término medio, temperándose luego con la intervención de los Pretores el carácter absoluto que el principio de concentración suponía por referirse no sólo al concurso de los presupuestos, sino también a la inmediata ejecución de los efectos. Con la intervención de los Pretores se creó la figura de nulidad como excepción, pero esta categoría no excluía la eficacia del acto, sino que justamente la suponía previamente, ya que en vista del efecto acordado al acto se concedía la excepción para paralizarlo”. Ob. cit., p. 51.

⁵⁶ En el caso peruano, postula DE LA PUENTE que, como consecuencia de un mal empleo en los términos por el Código Civil, “[l]a falta de requisitos establecidos legalmente para la validez de un acto no ocasiona su nulidad o anulabilidad, pues para ello es necesario que la ley sancione expresamente con nulidad o anulación aquella falta”, en “Abriendo el debate”, *Themis N° 15*, PUCP, 1989, p. 80. Con parecer distinto, haciendo referencia a la vinculación entre la nulidad y la vinculación con los requisitos de validez del negocio jurídico, *Vid. LEÓN HILARIO, L.*, Ob. cit., pp. 82-83.

⁵⁷ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 74. Sobre la inexistencia se puede acudir a las páginas 65 a 73 del citado trabajo.

‘patología’⁵⁸: la invalidez. Es decir, al momento de calificar un acto o negocio jurídico como válido o inválido, solamente se comenzó a tomar en cuenta el estricto cumplimiento de los requisitos de validez previstos en la norma.

En el caso peruano, es importante hacer un deslinde de la postura organicista. El Código Civil parece establecer una regla de invalidez general en el artículo V de su Título Preliminar, cuando decreta que son nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Bajo el razonamiento de la postura antes citada, se podría interpretar que todos los actos que se encuentren en esta condición son ineficaces *per se*. No obstante, este aparente mandato se relativiza con el reconocimiento de la anulabilidad o nulidad relativa (artículos 221 y 222). A través de ella, en función de la menor gravedad que representarían algunos vicios ligados al elemento subjetivo del negocio, se prevén consecuencias y un régimen procesal particular. Así, por ejemplo, estos negocios jurídicos pueden ser confirmados⁵⁹.

La norma civil peruana ya precalifica a los negocios como nulos o anulables, sin establecer expresamente cuál es el criterio para esta distinción. Al respecto, alguna doctrina nacional afirma que “[e]l acto nulo nació muerto y por ende en ningún momento produce ninguno de los efectos que tendría que haber producido, por haber nacido sin vida, los actos anulables por el contrario nacen enfermos, pero con vida, y por ende produciendo todos sus efectos jurídicos (...)”⁶⁰. Según esta postura, bastante alineada a la teoría organicista, los negocios jurídicos anulables serían aquellos susceptibles de ser invalidados formalmente mediante el pronunciamiento judicial correspondiente. En el caso de los negocios nulos, el pronunciamiento judicial no sería necesario, puesto que su ineficacia sería *ipso iure*⁶¹. Sin embargo, la legislación peruana permite una visión distinta.

El Código Civil no prevé una disposición general de la nulidad *ipso iure*. La declaración judicial es indispensable. Así, el artículo 193 de esta norma señala que la nulidad del acto simulado se solicita mediante acción judicial por cualquiera de las partes o por el tercer perjudicado, según el caso. Por ejemplo, en el caso del matrimonio inválido, los artículos 275, 278, 279, 280 y 281 regulan la acción judicial de nulidad⁶². Del mismo modo,

⁵⁸ Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal, el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Fórum, Barcelona, 1995, p. 33

⁵⁹ Cfr. Artículos 230, 231 y 232 del Código Civil.

⁶⁰ TABOADA CÓRDOVA, L., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 90.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Resulta interesante señalar respecto del matrimonio, que el artículo 284 reconoce que, a pesar de haber incurrido en causal de nulidad, este produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. En caso de haber existido mala fe

ya con referencia a los negocios jurídicos con vicios de nulidad absoluta, el artículo 220 indica que la nulidad absoluta puede ser declarada por el juez cuando esta resulte manifiesta⁶³. Asimismo, el artículo 2001 regula los plazos de prescripción de la acción de nulidad y, a pesar de su imprecisión, el plazo de la “acción de anulabilidad”⁶⁴. En suma, la normativa citada permite identificar que, en el sistema civil peruano, la invalidez de un negocio jurídico requiere ser declarada judicialmente y, en tanto ello no ocurra, el negocio puede continuar produciendo efectos, a pesar de que se encuentre viciado⁶⁵.

No obstante, lo anterior no significa que no existan supuestos de nulidad *ipso iure* en la norma nacional. Entre otros casos en los que así se declara expresamente⁶⁶, el artículo 1634 del Código Civil alude a la “la invalidez de pleno derecho” de la donación hecha por persona que no tenía hijos, si resulta vivo el hijo del donante que este reputaba muerto⁶⁷. En este supuesto se aprecia la existencia de una ‘ineficacia’ sin necesidad de declaración judicial previa, puesto que, de conformidad con el artículo 1643 de esta norma, los frutos de las donaciones invalidadas de pleno derecho pertenecen al donante desde que se cita con la demanda de restitución del bien donado. Esta aludida ineficacia, entendiéndola como un fenómeno real, finalmente resulta siendo parcial puesto que, antes de la citación de la demanda de restitución pueden haber ocurrido efectos, como, por ejemplo, el uso y disfrute del bien donado (o el uso de los frutos mismos) por parte del donatario.

de uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. Como se aprecia, la ineficacia tampoco se identifica con la invalidez.

⁶³ Es menester precisar que esta disposición es una excepción al principio de “principio de justicia rogada”; es decir, el juez puede declararla de oficio. *Cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., “Orden público y nulidad de pleno derecho”, en *RAP N° 59*, INAP, Madrid, 1969, p. 72. En adición a ello, señala BELADIEZ que esta excepción no es exclusiva de la nulidad absoluta. Así, indica que “[s]iempre que se produzca una infracción del ordenamiento jurídico, el juez, aunque no lo hayan alegado ninguna de las partes, tiene el deber de tenerla en cuenta. (Sin perjuicio, claro está, de poner estos nuevos motivos de invalidez en conocimiento de las partes para que éstas puedan alegar lo que estimen conveniente.) Esta es una exigencia elemental del principio de legalidad, que en nuestro Derecho se expresa en el viejo aforismo romano *iura novit curia*, y ha de referirse no sólo a los actos nulos de pleno derecho, sino también a los actos anulables. Es obvio que, si el juez aprecia la existencia de falta de capacidad o la existencia de un vicio en el consentimiento, deberá tenerlo en cuenta para que, en el caso de que el vicio no se pueda corregir, declarar la invalidez del acto o negocio por este motivo”, en “La nulidad (...)”, *Ob. cit.*, p. 163.

⁶⁴ Se dice que es imprecisa esta definición porque, independientemente de tratarse de vicios de nulidad o anulabilidad, la pretensión es la declaración de nulidad o invalidez del negocio jurídico. La diferencia estriba en este artículo estriba con relación a los plazos para ejercer la acción.

⁶⁵ Inclusive, es posible señalar que, en tanto se tramita el proceso judicial de nulidad de acto jurídico, el perjudicado con los efectos del negocio en cuestión, podría solicitar una medida cautelar innovativa con la finalidad de suspenderlos. En tal virtud, el artículo 682 del Código Procesal Civil señala que puede solicitarse una medida innovativa ante la inminencia de un perjuicio irreparable.

⁶⁶ Por ejemplo, con la nulidad de pleno derecho del testamento por vicios de forma (artículo 811) o la nulidad de pleno derecho de los testamentos especiales (artículo 813). Empero, en estos casos, es necesario acudir al proceso de nulidad de testamento.

⁶⁷ No obstante, para este supuesto, prevé el artículo 1636 del Código Civil que no queda invalidada de pleno derecho la donación cuando el valor del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de hacer la donación. En este caso, es necesario que el donante la declare sin efecto.

Abona a concluir que el Código Civil peruano no asume como regla la ineficacia intrínseca o *ipso iure*, el hecho de que los negocios jurídicos son beneficiarios, al igual que los actos administrativos, de la presunción de validez⁶⁸. De esta forma, “todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia en tanto no es privado de ella por un pronunciamiento judicial”⁶⁹. Además, si se toma en consideración que los vicios de un negocio jurídico “[h]acen de este un acto *inválido*, y por tanto atacable, pero no por ello lo convierten *automáticamente* en ineficaz, ni permiten tampoco que sus destinatarios puedan desconocerlo”⁷⁰. La conclusión se refuerza. El profesor BACA ahonda sobre esta cuestión al señalar que “[e]l negocio jurídico nulo no vale como tal negocio, pero ha existido, instalándose en la realidad jurídica en contra del *deber ser*, y produciendo eventualmente, en la práctica unos efectos que deben ser destruidos”⁷¹.

Como consecuencia de lo expuesto, el criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa (o anulabilidad) “[n]o hace referencia al mecanismo de la ineficacia ni al momento en que se produce, sino al concreto círculo de intereses afectado por ella”⁷². Tampoco alude a los diferentes efectos que tiene la sentencia que declara la nulidad de un acto nulo o anulable, puesto que ello “[n]o depende del vicio, sino de la situación de hecho creada por el negocio *inválido*”⁷³. En realidad, estas categorías procesales se distinguen debido al perjuicio y la trascendencia que supone para el sistema jurídico la conservación de determinado acto o negocio jurídico viciado⁷⁴. En tal virtud, mientras que, en materia civil, las causales de nulidad relativa están destinadas a proteger a las partes involucradas en el negocio jurídico, las de nulidad absoluta protegen al orden público y a todos los que se puedan ver afectados por el mismo⁷⁵.

⁶⁸ Cfr. STS del 11 de mayo de 1992, AR. 3896, citado por BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 75. Con un parecer distinto, BOQUERA OLIVER, J.M., “Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo”, en *RAP N° 135*, INAP, Madrid, 1994, p. 38.

⁶⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 172.

⁷⁰ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 75.

⁷¹ *Ibid.*, p. 79.

⁷² DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia (...)”, Ob. Cit., p. 827.

⁷³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 179.

⁷⁴ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 59.

⁷⁵ En este sentido, precisa BELADIEZ que, en los casos de nulidad relativa, “[c]omo el vicio afecta únicamente al elemento subjetivo, la ilegalidad cometida sólo puede perjudicar a aquel cuya voluntad se formó sin respetar lo que en este punto establece el ordenamiento. Por ello, si la parte en cuyo beneficio se establece la norma vulnerada consiente el acto, al ser este conforme a Derecho en todo lo demás, el ordenamiento no tiene ningún interés en eliminarlo del mundo del derecho. De ahí que los actos anulables sólo puedan ser invalidados si los perjudicados por los mismos lo solicitan. [Por otra parte] no ocurre lo mismo en el caso de los actos nulos. En estos supuestos, la norma infringida no tiende a proteger a las partes, sino a regular el núcleo esencial de las instituciones; en definitiva, el orden público. Téngase en cuenta que, en este sector del ordenamiento, el Derecho sólo establece las prescripciones imprescindibles para garantizar el funcionamiento de dichas instituciones; de ahí que, en estos casos, toda infracción de esas reglas sea

Por ello, como advierte BACA, “[e]n el caso de la anulabilidad la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad, y se establecen plazos de recursos más cortos, en el caso de la nulidad la seguridad jurídica cede ante el principio de legalidad (...)”⁷⁶. Esta distinción “[t]iene relevancia práctica únicamente a efectos procesales, pues sus diferencias se refieren al régimen jurídico de la anulación del acto, y en esa medida es correcto decir que se trata de dos categorías que permiten ligar la invalidez con su sanción, la ineficacia”⁷⁷. Sin perjuicio de lo dicho, es importante reiterar que lo que determina la invalidez de ese acto no es que una autoridad formalmente así lo declare, sino el hecho de haber incurrido en una ilegalidad lo suficientemente grave para que el ordenamiento le prive de protección⁷⁸.

Por último, vale insistir en que, en el caso peruano, la invalidez del negocio jurídico la declara formalmente el juez a través de un proceso judicial de nulidad, que “[s]irve para poner de manifiesto solemnemente el carácter del negocio contrario a la ley”⁷⁹. La nulidad no es un *modo de ser* del acto, esto es, “no hace referencia a un fenómeno real, sino que alude a una determinada valoración jurídica que debe ser asignada a determinados actos humanos”⁸⁰. Se trata de un medio para la tutela efectiva de intereses generales⁸¹ por el cual, a través del ejercicio de una potestad jurisdiccional, se valora jurídicamente, con presunción *iure et de iure* de legalidad⁸², el “alcance del hecho mismo de la ilegalidad”⁸³.

Los actos gravemente viciados, en principio, no deberían producir efectos. Sin embargo, la realidad es distinta. La nulidad sirve para enlazar al negocio jurídico inválido al *deber ser* que exige el ordenamiento, es decir, a la ineficacia. De esta forma se destruyen los efectos que pudo haber producido el negocio jurídico y se elimina la posibilidad de que produzca efectos futuros, a menos que los primeros encuentren protección en otros principios

considerada como de orden público y se califique por ello de nulo de pleno derecho.”, en “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *RAP N° 133*, INAP, Madrid, 1994, pp. 158-159.

⁷⁶ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 84.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁸ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 63.

⁷⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio (...)*, Ob. cit., p. 481.

⁸⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 296.

⁸¹ Cfr. MONTICELLI, S., “Fondamento e funzione della rilevabilità d’ ufficio della nullità negoziale”, en *Rivista di Diritto Civile, Anno XXXVI Parte Prima*, Editrice Dott. Antonuo Milani, Padova, 1990, p. 674, citado por PALACIOS MARTÍNEZ, E., Ob. cit., p. 42.

⁸² Cabe señalar con ABRUÑA que, si bien los poderes son organizaciones del Estado, se distinguen unos de otros a través de un componente jurídico-formal que plasman en sus actos. Ob. cit., p. 100. En el mismo sentido, Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 89. Por otra parte, se puede encontrar una propuesta vinculada al desarrollo del proceso como institución común para el ejercicio de las potestades de los poderes del Estado en CHANG CHUYES, G. “La conversión del procedimiento administrativo en proceso administrativo: el *aggiornamento* de una antigua propuesta y su aplicación en la actualidad”, en Castillo Córdova, L. (Coord.), *Los procesos en el sistema jurídico peruano*, Colección jurídica UDEP, Lima, 2020, p.p. 311-320.

⁸³ NIETO GARCÍA, A., “Estudio preliminar”, Ob. cit., pp. 10-11.

del ordenamiento jurídico. La nulidad expulsa al negocio jurídico inválido del mundo del Derecho⁸⁴. El negocio jurídico inválido adolece de una irregularidad trascendente, que le impide cumplir con sus fines. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, cuando el negocio presente irregularidades no trascendentes, es decir, que le permitan cumplir con su propósito, el ordenamiento jurídico prevea su conservación.

1.4 El principio de conservación en el Derecho Civil

1.4.1 Planteamiento de la cuestión

Los negocios jurídicos son instrumentos que el sistema brinda a los particulares para la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Al ordenamiento le interesa que estos instrumentos sean eficaces y, con este propósito, establece cauces normativos para que la autonomía privada se ejerza de manera legítima. Es decir, los efectos del negocio son “[u]na consecuencia de la protección que el ordenamiento otorga a un determinado acto. Y el ordenamiento puede supeditar la protección de un acto a una concreta forma de realización, a un modelo determinado”⁸⁵. Por este motivo, parafraseando a HERNÁNDEZ⁸⁶, tanto la conservación como la nulidad son consecuencias del ordenamiento jurídico y se tratan de categorías jurídico-positivas que se deben analizar desde la norma.

Para estudiar el principio de conservación en el Derecho Civil se hizo imprescindible acudir, en primera instancia, a la regulación y elementos de las categorías generales de validez e invalidez del negocio jurídico. Asimismo, en la ruta del estudio de la invalidez, se determinó la naturaleza procesal de la nulidad como mecanismo para ligar la ineficacia a la invalidez⁸⁷ y no como un modo de ser del acto. A través del proceso judicial de nulidad se realiza una actividad valorativa para si es posible o no conservar determinado negocio jurídico. Este examen no solo incluye a los elementos de validez del negocio en cuestión, sino que puede comprender otros elementos presentes en el ordenamiento jurídico, tales como la noción de orden público y otros criterios finalistas que hacen su aplicación más racional y flexible⁸⁸.

La validez “[e]s la situación en la que se encuentra un acto que es conforme a Derecho y por este motivo el ordenamiento garantiza su conservación”⁸⁹. En tal medida, la aplicación

⁸⁴ En este mismo sentido, circunscribiéndose al estudio de las nulidades procesales, señala VILELA CARBAJAL que la nulidad consiste en el “[i]nstrumento procesal consistente en la valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación, esto entre las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúa la consecuencia jurídica prevista en la ley consistente en la eliminación del mismo”. *Las nulidades procesales en el derecho procesal civil*, Pacífico, Lima, 2015, p. 73.

⁸⁵ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., Ob. cit., p. 44.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Cfr. BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 83.

⁸⁸ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., Ob. cit., p. 38

⁸⁹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 67.

del principio de conservación supone tener en frente a un negocio jurídico que ha incurrido en irregularidades en su conformación, pero que, sin embargo, mantiene su validez en cuanto esta irregularidad no le impide cumplir con su finalidad de manera válida. Este principio no equivale a la confianza legítima, al principio de economía o la buena fe. La esencia del principio de conservación radica en considerar al negocio jurídico valioso por sí mismo y no a partir de sus efectos como, curiosamente, llega a afirmar BELADIEZ en parte de su obra⁹⁰.

Sin embargo, alguna doctrina refiere que la nulidad, entendida como la calificación general que corresponde a los actos inválidos, tiene un “alcance general propio”⁹¹ en el Derecho privado, constituyéndose en regla. Mientras que, por su lado, los supuestos de anulabilidad, la conversión, la nulidad parcial, entre otros que implican la posibilidad de conservar al negocio jurídico, serían de aplicación excepcional. Al respecto, manifiesta FERNÁNDEZ que la inobservancia de la regla de la nulidad en el Derecho privado y el consecuente paso a la conservación de los negocios jurídicos o parte de ellos, “[s]on ejemplos de una corrección esencialmente instrumental y finalista, cuya falta reduciría el arte de lo justo a una rígida mecánica aplicativa de normas y esquemas abstractos e irreales”⁹².

Sin embargo, la afirmación anterior merece algunas objeciones. En primer lugar, un sistema jurídico donde los jueces tengan cierto margen valorativo para determinar la existencia o no de la causal de invalidez que haga imposible la conservación de un negocio jurídico, no puede ser más rígido que aquél donde, constatada una ilegalidad, se asuma la ineficacia intrínseca del negocio y el juez se limite a declarar su invalidez. Por otra parte, en efecto, la corrección que implica el principio de conservación tiene un propósito finalista, lo cual va acorde con el carácter espiritualista y no formalista del Derecho. En tal virtud, en este análisis no se debe perder de vista la razón de ser de los negocios jurídicos: servir como vehículos para la satisfacción de las necesidades legítimas de los particulares. No obstante, esta disquisición carece de utilidad si no se lleva al estudio del sistema jurídico en concreto.

El Código Civil contiene las condiciones para que el ordenamiento otorgue su protección a los negocios jurídicos viciados (conservándolos) o los supuestos en los que esta protección no se otorga (invalidándolos)⁹³. Sin embargo, previo al análisis de la norma civil peruana, parece resultar indispensable acudir al Derecho romano a fin de tener una noción

⁹⁰ *Íbid.*, p. 70.

⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio (...)*, Ob. cit., p. 500. Siguiendo también a DE CASTRO, Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 46. Asimismo, Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII: Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2ª Ed., BOE, Madrid, 2017, p. 176.

⁹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 46.

⁹³ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., Ob. cit., p. 46.

sobre los orígenes del principio de conservación (o *favor acti*⁹⁴) y, en especial, acerca de su aplicación. Ello permitirá tener una idea de su compatibilidad o no en el Derecho privado.

1.4.2 *El origen histórico del principio general de conservación y su vinculación a la máxima utile per inutile non vitiatur*

Desde siempre, el Derecho ha procurado que los actos que se emitan a su amparo cumplan con su finalidad. No es objeto de esta investigación agotar el desarrollo del origen del principio de conservación. Sin embargo, por tratarse de la principal fuente de formación de la tradición de la ciencia jurídica europea continental, es conveniente acudir al Derecho romano a fin de tener alguna idea sobre la formación del citado principio. No obstante, esta aproximación no busca encontrar un antecedente normativo-legislativo específico, puesto que, de acuerdo con D'ORS, el Derecho romano se trata de un derecho jurisprudencial que consta de “[u]na serie de escritos de autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*)”⁹⁵. Se trata de entender la importancia del principio desde aquella época.

Los juristas romanos ya evidenciaban la conveniencia de conservar determinados negocios jurídicos o, al menos, la parte de ellos que pueda cumplir con alguna finalidad práctica. Así, el título V del libro 34 del Digesto, bajo la denominación de *De rebus dubiis* (de las cosas dudosas), contempla distintos criterios interpretativos frente a situaciones ambiguas que comprometían el cumplimiento de los contratos. Una de estas máximas, y que, según la doctrina⁹⁶, es de las primeras referencias al principio de conservación, es la locución “*ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est (...)*”⁹⁷. De acuerdo con ella, frente a cualquier ambigüedad, debe interpretarse de acuerdo con el propósito de las partes. Sin perjuicio de ello, apunta MARÍN⁹⁸ que, siguiendo este principio y la idea de que *ius et utile unum atque idem*⁹⁹, los juristas romanos establecieron diversas reglas interpretativas en favor de la conservación de los actos y negocios jurídicos, tales como: *actus interlligendi sunt potius ut veleant quam pereat, interpretatio fieri debet semper ut actus valeat*, entre otros. Es decir, existía más de una máxima que podía vincularse al citado principio.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., Ob. cit., p. 664

⁹⁵ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10ª Ed., Eunsa, Pamplona, 2004, p. 31.

⁹⁶ Sobre el particular, Vid. BIANCA, C. M., *Derecho Civil*, 2ª Ed., Vol. III, El contrato (Trad. H HINESTROSA, F. & CORTÉS, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 459 y ss. Asimismo, Vid. FLORÍA HIDALGO, M.D., “De rebus dubiis”, en *Boletín de la Facultad de Derecho N° 10-11*, UNED, Pamplona, 1996, p. 138.

⁹⁷ D., 34, 5, 21 (22). La locución completa es: *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, vel hominem, ve Carthagini, cum sint duae Carthagines.*

⁹⁸ Cfr. MARÍN PADILLA, M. L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 89-90.

⁹⁹ Locución latina que se traduce a: “El derecho y lo útil son la misma cosa”.

Sin embargo, tanto la doctrina moderna, así como algunas legislaciones actuales, aparentemente no comprendieron ni tampoco consideraron los antecedentes que dieron lugar al principio de conservación. Una consecuencia de ello es que, actualmente, se ha generalizado el identificar al principio de conservación a la máxima romana *utile per inutile non vitiatur*¹⁰⁰, en concreto, en aplicación de los supuestos de nulidad parcial. Así, en primer lugar, señala la referida autora que “[l]a nulidad parcial abarcaba y comprendía todo el principio general de conservación *utile per inutile non vitiatur*, cuando en realidad no es más que una manifestación suya”¹⁰¹. De igual forma, toda vez que el principio de conservación informa todo el ordenamiento jurídico, MARÍN advierte que “[t]iene varias manifestaciones y que cada una de ellas, aun respondiendo a la misma finalidad, la de conservar, lo hacen por medios y procedimiento distintos. [Así] responden al mismo principio de conservación conceptos tales como: conversión, confirmación, ratificación, anulabilidad, revisión, simulación relativa, novación modificativa, nulidad parcial, reducción al límite legal de lo que de él se ha excedido, sustitución de la parte nula por lo dispuesto en la ley, ineficacia o no consideración de lo que es inútil, etc., y, sin embargo, las técnicas empleadas por cada uno de ellos no son las mismas”¹⁰².

Sin negar la importancia y mayor desarrollo que la máxima *utile per inutile non vitiatur* ha tenido en el Derecho, es menester señalar que este es un sub-principio (si cabe el término) del principio general de conservación de los actos jurídicos¹⁰³. Según esta directriz,

¹⁰⁰ En este sentido, manifiesta ZEGARRA MULÁNOVICH con acierto que “el hecho de que haya negocios eficaces pese a su irregularidad demuestra que se intenta evitar, en la medida de lo posible, que el negocio jurídico sea anulado. En otras palabras, la ley tiende a la *conservación* de la eficacia de los negocios jurídicos (...)”. Asimismo, concluye “[o] como decían los romanos *utile per inutile non vitiatur*: lo inválido en un negocio no vicia lo válido”. *Descubrir el Derecho*, Palestra, Piura, 2008, p. 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.89. Por la doctrina nacional señala PALACIOS que la nulidad parcial es uno de los mecanismos del principio de conservación de los negocios jurídicos, “que tiñe a toda la Teoría General del Negocio, y que, en su actuación, ha generado la aparición de diversos mecanismos mediante los cuales los negocios jurídicos afectados por algunos tipos de ineficacia, podrían, en la medida de lo posible, ser salvados de la inoperatividad efectual a la que normalmente estarían condenados”. PALACIOS MARTÍNEZ, E., “Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico”, en *Themis N° 38*, PUCP, Lima, 1998, p. 41. También, en la doctrina española, puede encontrarse un parecer similar respecto de la nulidad parcial en DíEZ SÁNCHEZ, J.J., *Ob. cit.*, pp. 1020-1021.

¹⁰² *Cfr.* MARÍN PADILLA, M. L., *Ob. cit.*, p. 89.

¹⁰³ Sobre este respecto, señala BELADIEZ que el principio de conservación “(...) tiene un contenido más amplio que el que se expresa bajo el brocardo romano al que se está haciendo referencia (*utile per inutile non vitiatur*); y, además no siempre resulta de la aplicación esta máxima latina nos encontramos ante una manifestación del principio de conservación, ya que, en ocasiones, la regla *utile per inutile non vitiatur* encuentra su fundamento en otro principio distinto del de conservación, en concreto en el de economía”. *Validez (...)*, *Ob. cit.*, p. 279. No obstante, esta última conclusión la refiere para el Derecho Administrativo, solamente, ya que, según señala, “en el Derecho privado, sin embargo, parece difícil que la regla a la que se está haciendo referencia pueda inspirarse en el principio de economía, pues, como es sabido, en este sector del ordenamiento el proceso de formación de la voluntad, con tal de que no se haya producido una circunstancia capaz de producir un vicio de consentimiento, carece de relevancia para el Derecho. Es por ello por lo que, con carácter general, y sin perjuicio de que pueda existir alguna excepción, en este sector

se conserva “[c]on vida todo acto o negocio jurídico, a pesar de que una parte de ellos esté viciada, sea nula, porque lo inútil no debe viciarse por lo inútil”¹⁰⁴. Así, se puede concluir que el principio de conservación “[d]eriva originariamente de distintas reglas o principios interpretativos que los juristas romanos formularon en favor de la validez de ciertos actos o negocios jurídicos con la consiguiente repercusión sobre su eficacia¹⁰⁵.

No se debe perder de vista que, en virtud del carácter jurisprudencial del Derecho romano, las máximas propuestas por sus juristas constituían fuente vinculante de su sistema jurídico. En tal medida, de acuerdo con su concepción original, el principio “[m]erece un enunciado contemporáneo afirmando que: «todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, ser entendido en su máximo significado útil»”¹⁰⁶. Por tal motivo, ya afirmaba la doctrina civil con BIANCA que, de conformidad con el principio, “el contrato o las cláusulas en particular, se deben interpretar en el sentido en el que pueden tener algún efecto, y no en aquel en el que no puedan tener ninguno”¹⁰⁷.

1.4.3 La nulidad absoluta y el orden público en el Código Civil peruano

La nulidad de pleno derecho, propiamente, no existe en el Derecho Civil peruano. La declaración judicial de invalidez siempre es requerida. En tal medida, el régimen de nulidad absoluta previsto en el Código Civil tiene un carácter estrictamente procesal, derivado de consideraciones sustantivas que se reflejan en las causales de nulidad señaladas por el legislador. Así, el artículo V del Título Preliminar de la norma común establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. A su vez, la lista de causales de nulidad del artículo 219 también acoge esta disposición en su inciso 8, además de otras vinculadas a los requisitos de validez del negocio jurídico (incisos 1 al 6). De igual manera, el inciso 7 contempla una cláusula de remisión a todos aquellos supuestos en los que la ley decreta la existencia de nulidad. Las causales tasadas no generan mayor discusión en lo que respecta al presente trabajo, empero, aquella que alude al orden público merece un especial análisis por su significado respecto de la nulidad absoluta.

Si bien goza de aceptación distinguir la nulidad absoluta de la nulidad relativa o anulabilidad a partir de la función de tutelar el orden público que ostenta la primera,

del ordenamiento la nulidad parcial sólo puede estar referida al contenido del negocio, con lo cual el valor que se encuentra detrás de esta institución no puede ser otro que el que expresa el principio de conservación”. *Íbid.*, p. 281, nota al pie N° 4.

¹⁰⁴ *Íbid.*, p. 90. Asimismo, refiere la autora que la aplicación de este sub principio requiere emplear cuatro técnicas diferentes: i) la nulidad parcial; ii) la reducción o ajuste a Derecho; iii) la sustitución de la parte nula; y, iv) el desconocimiento de la parte nula.

¹⁰⁵ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., Ob. cit., p. 1005.

¹⁰⁶ *Íbid.*

¹⁰⁷ BIANCA, C. M., Ob. cit., p. 459.

aparentemente no se tiene en claro qué se quiere decir con ello. Así, alguna doctrina nacional asimila el concepto de imperatividad al de orden público y expresa que este último es el conjunto de normas imperativas¹⁰⁸. Dicha asimilación tiene importantes consecuencias. Así, si el orden público es “lo indispensable, lo intocable, lo que por principio no admite discusión”¹⁰⁹, equipararlo al conjunto de normas imperativas supondría concluir que cualquier inobservancia o excepción a estas derivaría, inevitablemente, en la invalidez del negocio jurídico. Con ello, no resulta extraño alguna doctrina haya entendido que “la sanción general aplicable al acto contrario a la Ley es, pues, la de nulidad absoluta, y a partir de esta base el legislador depura caso por caso los supuestos de invalidez, estableciendo expresamente sanciones más débiles en supuestos concretos, atendiendo a las circunstancias de los mismos”¹¹⁰. No obstante, esta postura se puede objetar desde distintos ámbitos.

En primer lugar, es importante señalar que el concepto de orden público es previo a la noción de norma imperativa. El orden público es el conjunto de “[p]rincipios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos (...)”¹¹¹. Uno de los componentes del orden público son las normas imperativas, que son aquellas directrices insustituibles o ineludibles por la voluntad de los particulares. Estas normas, usualmente, tienen un carácter negativo, puesto que conllevan implícita o explícitamente una prohibición. Frente a ello, el orden público “[n]o siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para

¹⁰⁸ Como señala ESPINOZA ESPINOZA respecto de RUBIO CORREA, M., *Título preliminar, en Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol III, PUCP, Lima, 1993, p. 100 y VIDAL RAMÍREZ, F., *El acto jurídico*, 4ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 55. “El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional”, en *Ius et veritas N° 24*, PUCP, Lima, 2002, p. 302. Esta posición de equiparación se encuentra también en IDROGO DELGADO, T., *Teoría del acto jurídico*, 2ª Ed., Idemsa, Lima, 2004, p. 256. Por su parte, TABOADA señala que “(...) la nulidad tácita o virtual es aquella que, sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un negocio jurídico, por contravenir el mismo el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas”, *Acto jurídico* (...), Ob. cit., p. 381.

¹⁰⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad* (...), Ob. cit., pp. 212-213.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *La nulidad* (...), Ob. cit., pp. 47-48. El profesor FERNÁNDEZ cita el entonces vigente artículo 4 del Código Civil de España, que disponía la nulidad de los actos contrarios a la ley. Esta disposición se ha trasladado, actualmente, al inciso 6 del artículo 4 del Código Civil español, según la cual, “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

¹¹¹ MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, (Trad. SENTIS MELENDO, S.), EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 480.

desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada, a realizar su función”¹¹².

Lo anterior permite esbozar dos consecuencias sobre la noción de orden público: i) no tiene carácter meramente prohibitivo y ii) no está conformado solamente por normas imperativas, sino que incluye una variedad de principios. Por ello, los mecanismos que tutelen el orden público no pueden tener solamente una connotación prohibitiva o de consecuencias negativas, sino que también pueden establecerse mecanismos positivos. Por tanto, si la finalidad del sistema jurídico y, en general, de las instituciones, es propiciar que la realización de las personas, el orden público exige que se prioricen aquellos mecanismos que favorezcan que la autonomía privada logre su propósito. De esta forma, en lo que respecta de la nulidad, la noción de orden público demanda que su aplicación se adapte al fin previsto en la norma y, por ello, deba ser “[m]ás flexible, más justa y debe intentar armonizar la rigidez de la ley y la realidad de las diarias experiencias negociales. La nulidad, aun condenando lo que es contrario a la ley, no debe destruir lo que no lo es”¹¹³.

La excepcionalidad de las normas prohibitivas ya se aprecia desde la Constitución, cuando se establece que nadie está impedido de hacer aquello que la ley no prohíba. Por tanto, las normas que regulan la nulidad también deben ser aplicadas restrictivamente y solo en tanto establezcan prescripciones imprescindibles para la vigencia y funcionamiento del orden público¹¹⁴. La nulidad solo debe aplicarse cuando resulta imposible la conservación del negocio jurídico porque este ha incurrido en vicios sumamente graves. Esto se hace notorio, también, en el menor y específico número de normas imperativas y sanciones expresas de nulidad reguladas¹¹⁵. En el Derecho Civil peruano, la nulidad no es regla, sobre todo sobre todo si se toma la primacía del principio dispositivo (que no excluye la existencia de normas imperativas). Lo hasta aquí desarrollado, permite formular una reflexión mayor con BELADIEZ, según la cual, “[e]n la mayoría de los casos se puede actuar de modo contrario a

¹¹² LEZANA, J. *El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración*, Perrot, Buenos Aires, p. 14, citado por ESPINOZA ESPINOZA, J., Ob. cit., p. 303.

¹¹³ MARÍN PADILLA, M.L., Ob. cit., p. 97.

¹¹⁴ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad (...)”, Ob. cit., p. 159.

¹¹⁵ Así, pueden citarse, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 171, acerca de la invalidez del acto por condición suspensiva ilícita o física y jurídicamente posible; el artículo 172, que establece la nulidad del acto jurídico que contempla una condición potestativa dependiente del deudor; el artículo 274, que regula las causales de nulidad del matrimonio; los artículos 312 y 315, sobre la prohibición de contratos entre cónyuges y la disposición de los bienes de la sociedad de gananciales; el artículo 440, sobre la intransmisibilidad del derecho de usufructo legal constituido en favor de los hijos; los artículos 808, 811, 813 y 814, referidos a la nulidad de los testamentos; el artículo 1328, que establece la invalidez de toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga; el artículo 1543, que establece la invalidez de la compraventa cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes; etc.

Derecho sin que por ello se perjudique al propio sistema”¹¹⁶. No toda ilegalidad supone una vulneración del orden público, sino aquellas más graves.

1.4.4 El principio de conservación en el Código Civil peruano

A diferencia de lo que ocurre con la nulidad, el Código Civil peruano no establece una regulación expresa acerca del principio de conservación. Ello no significa que exista supremacía de la nulidad, puesto que la regla aplicable debe ser la conservación. En el presente numeral se buscará contrastar esta conclusión en la normativa prevista en el Código Civil.

El punto de partida hacia el reconocimiento del principio de conservación en el Derecho Civil peruano se halla en la Constitución. La base del principio se recoge en la cláusula finalista del artículo 1. En adición a ello, el inciso 14 del artículo 2 de esta norma indica que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público¹¹⁷. Esta premisa permite recoger dos ideas básicas. En primer lugar, que toda contratación entre privados (conclusión que aplica a los negocios jurídicos en general) está dirigida hacia un fin lícito que, en principio, interesa solamente a ellos. De igual manera, el citado inciso también recoge al principio dispositivo. Esta regla se plasma en el artículo 1356 del Código Civil, según el cual, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Como se ha advertido, en el Derecho Civil las normas imperativas y aquellas que establecen supuestos concretos de nulidad son bastante taxativas, además de escasas.

La regulación del principio de conservación no es expresa ni directa. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista en el sistema jurídico civil peruano; se da a través de las técnicas que permiten su aplicación. Sobre este respecto, señala MARÍN que el principio de conservación se corresponde con los siguientes conceptos: conversión, confirmación, ratificación, anulabilidad, revisión, simulación relativa, novación modificativa, nulidad parcial, reducción al límite legal de lo que de él se ha excedido, sustitución de la parte nula por lo dispuesto en la ley, ineficacia o no consideración de lo que es inútil, etc.”¹¹⁸. A pesar de no hacer mención del principio que los sustenta, estas instituciones se encuentran dispersas en

¹¹⁶ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad (...)”, Ob. cit., p. 159

¹¹⁷ En el fundamento jurídico N° 47 de la sentencia recaída en el expediente N° 7339-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala que “[e]l derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público”. Con un mismo parecer se alude en las sentencias recaídas en los expedientes N° 02175-2011-PA/TC y N° 0011-2013-PI/TC.

¹¹⁸ MARÍN PADILLA, M.L., Ob. cit., p.89.

el Código Civil y se agrupan en cuatro técnicas: la nulidad parcial, la convalidación o subsanación y la conversión. A continuación, se realizará una breve revisión de cada una de ellas.

1.4.4.1 La nulidad parcial¹¹⁹. La *nulidad parcial* responde a la aplicación del aforismo romano *utile per inutile non vitiatur*¹²⁰. Según esta máxima, la parte útil de un negocio jurídico (que se pueda separar) no es viciada por alguna parte inútil, es decir, que ostente un vicio especialmente grave. En este caso, el resultado de la aplicación de esta técnica es la conservación del negocio en todo su contenido útil o válido¹²¹, a pesar de que una parte suya ostente un vicio de invalidez. Se trata de salvar “[l]o que sea suficiente para satisfacer y garantizar los intereses económicos de las partes”¹²². Al respecto, el artículo 224 del Código Civil indica que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. En consecuencia, determina que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal¹²³. A esto se le denomina incomunicación de la invalidez en estricto.

Acerca de la incomunicación de la invalidez, el artículo 223 de la norma civil contempla que, en los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias¹²⁴. Por su parte, el artículo 225 indica que no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo;

¹¹⁹ Sobre la nulidad parcial, *Vid.* MARÍN PADILLA, M.L., *Ob. cit.*, *in totum*.

¹²⁰ Sin desmerecer la utilidad de esta técnica para dar a conocer la existencia del principio de conservación, en el Derecho Administrativo, la nulidad parcial no necesariamente se sustenta en el principio de conservación, sino también en el principio de economía, en referencia a la conservación de los actos de procedimiento. *Cfr.* BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, *Ob. cit.*, p. 279.

¹²¹ *Cfr. Ibid.*, p. 281, nota al pie N° 4. Sobre el particular, indica MARÍN que “(...) el acto o negocio jurídico residual ha de tener entidad propia y ha de ser susceptible de una existencia autónoma, al tener todos los elementos necesarios, lo cual debería apreciar el juez objetivamente. Después el juez considerará si el acto o negocio jurídico residual es compatible o no con los intereses que las partes se propusieron conseguir con el acto o negocio jurídico originario; si responde a su propósito comercial concreto y satisface el fin práctico perseguido por ellos; si continúa poseyendo la aptitud para realizar su esencial función económica social y el propósito práctico de las partes; si la regulación resultante atiende suficientemente a los intereses de las partes de acuerdo con su propósito comercial; si resulta una especie contractual distinta, pero, estructuralmente, suficiente (en abstracto) y cuyos efectos empíricos son compatibles con la finalidad perseguida por las partes; y si resulta idóneo para regular los intereses de las partes”. *Ob. cit.*, p. 115.

¹²² MARÍN PADILLA, M.L., *Ob. cit.*, p.116.

¹²³ En el mismo sentido, el artículo 1345 señala que la nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.

¹²⁴ Este supuesto es de aplicación, por ejemplo, a los contratos asociativos o con prestaciones autónomas. Al respecto, *Vid.* ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Ob. cit.*, pp. 136-137.

así, puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo¹²⁵. Sin embargo, además de la incomunicación de la invalidez en estricto, como refiere MARÍN, la nulidad parcial también se materializa en otras técnicas como: i) la sustitución de la parte nula, ii) la reducción o ajuste a Derecho, o iii) la no consideración de la parte nula.

El segundo párrafo del artículo 224 del Código Civil indica que la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas. Esta disposición agrupa tanto a la técnica de sustitución de la parte nula como a la reducción o ajuste a Derecho. En la norma común se pueden encontrar abundantes ejemplos de esta disposición, tales como, los artículos 770 y 771 en materia testamentaria, que hacen mención a la reducción de los legados a fin de conservar el testamento; el artículo 807, que reduce las disposiciones testamentarias que menoscaben la legítima de los herederos; los artículos 1243 y 1245, cuando hacen referencia al interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú y los pactos que convengan una mayor tasa de interés o que no hagan referencia a la misma; el artículo 1316, en el caso de la reducción de la contraprestación cuando el deudor tiene interés en la ejecución de una obligación que es susceptible de ejecutarse solo de manera parcial, porque le resulta útil; el artículo 1629, cuando indica que nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento, de modo que la donación es inválida solamente en todo aquello que exceda dicha medida; o, también en el caso del artículo 1874, cuando señala que cuando ocurra un exceso en la obligación del fiador, la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal; etc.

En cuanto a la no consideración de la parte nula como manifestación de la nulidad parcial, señala MARÍN que esta técnica “[t]uvo su origen en el Derecho romano, al considerar los elementos accidentales de los contratos y, más concretamente, al regular las condiciones imposibles, ilícitas e ilegales en los testamentos y en el matrimonio”¹²⁶. En tal virtud, se encuentra que el artículo 171 del Código Civil establece que la condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas¹²⁷. Esta es la regla general. Así también, el artículo 189 de la norma civil indica que, si el hecho que constituye el cargo impuesto para adquirir un derecho es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno. Por su parte, en el artículo 736 se señala que se tendrán por no puestas las modalidades que imponga el testador en la institución de heredero forzoso. De

¹²⁵ En la Cas. N° 2482-98-Lima se señala que este artículo concierne al caso en que el documento constituye medio de prueba del acto jurídico, de tal manera que, si éste se anula, al acto se puede probar por otros medios.

¹²⁶ *Íbid.*, p. 170.

¹²⁷ Sobre esta parte del artículo 171, IDROGO señala que se trata de un supuesto de nulidad expresa prevista en el Código Civil. *Cfr.* Ob. cit., p. 265.

igual forma, el artículo 1399 incluye la aplicación de esta técnica, así como una disposición expresa de conservación de la parte viciada cuando señala que, en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez¹²⁸.

1.4.4.2 La convalidación. El artículo 230 del Código Civil señala que, salvo derecho de tercero, el negocio ‘anulable’ puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de nulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo. De igual manera, según el artículo 231, el negocio jurídico queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de nulación, conociendo la causal, la hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de nulidad. Así, la convalidación consiste en “[l]a declaración de querer la validez definitiva de[l] negocio impugnado”¹²⁹. La confirmación a la que alude el Código Civil peruano se entiende, desde la doctrina, como un supuesto de convalidación o subsanación del negocio jurídico. Mediante esta técnica se revisan los actos o negocios inválidos con el fin de eliminar aquellos defectos en los que incurran para adaptarlos al ordenamiento jurídico¹³⁰.

Sin perjuicio de lo mencionado, BELADIEZ indica que, a partir de la técnica de convalidación, un acto o negocio jurídico inválido adquiere validez¹³¹. Asimismo, manifiesta que los requisitos para la aplicación de esta técnica son: i) que exista un acto inválido que convalidar; ii) que se conserve íntegramente el contenido del acto que se convalida; y, iii) que la convalidación tenga efectos retroactivos, de manera que sus efectos producidos no se tengan por ilegítimos¹³². Sin embargo, este desarrollo requiere algunas precisiones. En primer lugar, al igual que los actos administrativos, los negocios jurídicos se benefician de la presunción de validez. De esta forma, a pesar de tener un vicio de invalidez (sea absoluta o

¹²⁸ Del mismo modo, el artículo 1398 indica que en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. A su vez, el artículo 1631 indica que la reversión de la donación efectuada en favor de tercero es nula, pero no produce la nulidad de la donación.

¹²⁹ ALBALADEJO, M., Ob. cit., p. 428. (Corchetes añadidos)

¹³⁰ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 199.

¹³¹ Cfr. *Íbid.*, pp. 189-193.

¹³² Cfr. *Íbid.*, pp. 190-197.

relativa), los negocios jurídicos se tienen por válidos y producen efectos hasta que una sentencia judicial disponga lo contrario. Por ello, no parece conveniente definir a la convalidación como la validación del negocio inválido. Esta conclusión lleva a la segunda objeción del planteamiento, referida a la retroactividad de la convalidación: propiamente, la convalidación no supone una *sanatio in radice*, puesto que los efectos siguen siendo legítimos. Al contrario, como indica NIETO, la aplicación de esta técnica “[b]loquea o impide los efectos invalidantes de un acto viciado”¹³³.

En tal virtud, el criterio central al momento de proceder con la convalidación o subsanación es que se conserve el contenido del acto que se convalida. De vuelta al Código Civil peruano, se advierte que esta norma restringe la confirmación regulada en sus artículos 230 y 231 a los negocios jurídicos que ostenten vicios de nulidad relativa o anulabilidad. Asimismo, en su artículo 232 exige, para el caso de la confirmación expresa, que la forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

Finalmente, es importante mencionar a otra forma de convalidación, aunque no vinculada a la aplicación de alguna técnica, sino a la función estabilizadora del tiempo: la prescripción. Esta figura afecta a negocios que ostenten vicios de nulidad absoluta o relativa, en caso no se ejercite la acción judicial correspondiente. Al respecto, el Código Civil establece que la acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los diez años, en aquellos casos de vicios de nulidad absoluta. En los supuestos de nulidad relativa, la acción judicial prescribe a los dos años¹³⁴.

1.4.4.3 La conversión. A partir de la conversión, un negocio jurídico que ostenta vicios de invalidez, pero que contiene los elementos de validez de otro negocio jurídico, queda transformado en este último¹³⁵. Al respecto, cuestiona ALBALADEJO que esta técnica pueda ser manifestación del principio de conservación puesto que a través de ella “[n]o se conserva ni se salva [al negocio jurídico], sino que se conservan los elementos existentes,

¹³³ NIETO GARCÍA, A., Ob. cit., p. 17.

¹³⁴ El otro supuesto incluido está vinculado a la corrección del negocio jurídico prevista en el artículo 204 del Código Civil y, en estricto, no está vinculado a un negocio con un vicio invalidante. Según la norma, el error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad. Asimismo, en el artículo 206 se señala también que, la parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del negocio jurídico que aquella quiso concluir. Sobre el error de cálculo indica ALBALADEJO que este solo da lugar a corrección puesto que se trata de una simple equivocación o error en sentido vulgar, puesto que presupone un mero fallo en una operación aritmética o en el cálculo cuyos factores se conocen con exactitud. Cfr. Ob. cit., p. 147.

¹³⁵ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 309, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos (...)*, Ob. cit., p. 316., ALBALADEJO, M., Ob. cit., pp. 415-423.

para, haciendo con ellos un negocio distinto, salvar el fin propuesto y los efectos que con aquél persiga la voluntad negocial”¹³⁶. Sin embargo, cabe decir que, a través del aludido principio se conserva el contenido del negocio jurídico, esto es “[e]l efecto práctico que con dicho acto se pretende obtener”¹³⁷. No se trata de los efectos del negocio, sino que se alude a lo querido por las partes.

De esta forma, si bien ALBALADEJO indica que en la conversión no existe un *favor negotii*, sino un *favor voluntatis*, también reconoce en su obra que el contenido del negocio jurídico es la voluntad negocial en sí misma¹³⁸. En este sentido, la aplicación del principio de conservación no excluye el *favor voluntatis*. Al contrario, le resulta esencial. Lo que se pretende con la aplicación del principio, a través de las diversas técnicas, es justamente salvar el contenido del negocio jurídico, declarado por la voluntad de las partes. Por ello, como indica BELADIEZ, en la conversión la idea de conservación es esencial, puesto que, con ella, se procura que las partes puedan cumplir con el “[f]in práctico perseguido por el acto o negocio inválido, aunque para ello sea preciso acudir a otro medio jurídico distinto del empleado inicialmente”¹³⁹.

El Código Civil ha regulado esta figura en supuestos específicos. Así, en el caso de los testamentos cerrados, el artículo 703 de la norma común indica que, si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707¹⁴⁰. De igual forma, acerca de los contratos sobre bien futuro, el artículo 1410 señala que el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio. Asimismo, en el artículo 1665 se prevé que cuando se celebra un contrato de mutuo mediante el cual se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa. En el caso del depósito, el artículo 1829 del Código Civil señala que este se convierte en comodato o mutuo, según las circunstancias, si el depositante permite que el depositario use el bien.

1.5 Conclusiones del capítulo

La tendencia natural a la pervivencia que tiene el Derecho es el eje del presente trabajo. En tal medida, frente a las posturas que afirmaban lo contrario, el análisis de sus

¹³⁶ ALBALADEJO, M., Ob. cit., p. 416.

¹³⁷ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I., CEC, Madrid, 1985, p. 202.

¹³⁸ Cfr. ALBALADEJO, M., Ob. cit., p. 61.

¹³⁹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 311.

¹⁴⁰ Sobre esta figura, como consecuencia de su postura, ALBALADEJO manifiesta que no se trataría, en puridad, de una conversión. Cfr. Ob. cit., pp. 421- 423

principales objeciones y el estudio del Código Civil, permiten confirmar la vigencia y primacía del principio de conservación en el ordenamiento civil peruano. A pesar de la inexistencia de una cláusula normativa expresa que proclame este principio, su influencia se evidencia en las diversas técnicas recogidas en la norma común. Todas ellas tienen como propósito conservar a aquel negocio jurídico que, a pesar de ostentar un vicio en su estructura, es capaz de cumplir con su finalidad de manera válida. Esta conclusión lleva a determinar que la aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil es, en realidad, excepcional. Actualmente, la nulidad no puede consistir en la mera aplicación de causales tasadas, sino que su dinamismo es mayor.

En tal virtud, se tiene con BELADIEZ que “[l]a invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido”¹⁴¹. Así, no resulta extraño que en el anteproyecto de reforma del Código Civil se esté proponiendo la incorporación del artículo 170-A (denominado “Conservación del acto jurídico en la interpretación”), según el cual, “el acto jurídico o las disposiciones contenidas en él deben interpretarse en el sentido en el cual se conserven sus efectos”¹⁴². No obstante, esta redacción parece desarrollar la conservación en cuanto resultado práctico y no como principio, puesto que la supedita a sus efectos. Conforme a lo desarrollado, el principio de conservación entiende por valioso al negocio jurídico por sí mismo.

Como se sabe, el objeto del presente trabajo está destinado al estudio del principio de conservación de los actos administrativos. Desde el sistema jurídico peruano, el establecimiento de amplísimas causales de nulidad es evidente y la regulación expresa del citado principio es inexistente. Por tanto, el presente capítulo tuvo por objeto abstraer bases de Derecho común¹⁴³ y determinar si resulta viable aplicarlas, *mutatis mutandi*, en el Derecho Administrativo. Sin embargo, es importante precisar que, a diferencia del Derecho Civil, donde el principio de conservación permite mantener a los negocios para que los privados cumplan con su propósito (*favor voluntatis*), en el Derecho Administrativo la voluntad del sujeto que emite los actos administrativos proviene de la ley. La ley, en teoría, siempre debe procurar la consecución de fines de interés general. Sin embargo, ello no se tiene tan claro

¹⁴¹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 45.

¹⁴² Redacción presentada por el grupo de trabajo encargado de la revisión y propuestas al Código Civil peruano, constituido mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS.

¹⁴³ Entendiendo al Derecho común “[e]n cuanto se refiere a la ordenación jurídica común a las personas físicas – o personas por antonomasia, *per se* – en sus relaciones recíprocas, sea individualmente consideradas, sea en su condición de miembros de organizaciones enteramente voluntarias constituidas por ellas (...)”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 21.

respecto de la voluntad privada. Por ello, la posibilidad de este trasvase depende del establecimiento de un punto de convergencia entre la finalidad de las relaciones jurídico-privadas y las jurídico-públicas.



Capítulo 2

El principio de conservación en el derecho administrativo peruano

2.1 Cuestiones preliminares

2.1.1 Administración pública y acto administrativo

El desarrollo que se va a realizar en este capítulo acerca del principio de conservación involucra el tratamiento de instituciones básicas del Derecho Administrativo, tales como la Administración Pública y el acto administrativo. La idea que se tiene de estas figuras no es totalmente consensuada a nivel doctrinal. Por ello, resulta importante establecer, de manera breve, cuál es la noción que se va a adoptar sobre las mismas. En tal virtud, como primera idea, cabe mencionar que, a través del Derecho Administrativo, se persigue garantizar la eficacia de la actuación de la Administración Pública “[e]n la búsqueda del interés general y al mismo tiempo garantizar el respeto de los derechos de los destinatarios del ejercicio de este poder”¹⁴⁴. La vinculación entre la Administración Pública y el interés general o público es estrecha.

La Administración Pública es un “[c]entro de actividad institucionalizado como Poder público, personificado o integrado con autonomía en una persona jurídico-pública, subordinado a la Ley y de suyo sin potestad legislativa, sujeto a dirección política, sometido a control judicial y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha”¹⁴⁵. De todos los elementos de esta definición¹⁴⁶, para efectos del presente acápite, es preciso detenerse en el poder público diferenciado del que se encuentra dotada la Administración Pública¹⁴⁷. Cuando un sujeto tiene capacidad jurídico-pública o es titular de un poder público, produce efectos jurídicos “[c]on su sola voluntad y los imputa o impone a otro u otros sujetos sin contar con su voluntad”¹⁴⁸. El poder administrativo es una manifestación del poder público y, por tal razón su actuación se entiende válida solamente si persigue un fin público o de interés general. En tal medida, el artículo 45 de la Constitución Política del Perú dispone que, quienes ejercen el poder, lo hagan con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. La

¹⁴⁴ ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección segunda: El Derecho Administrativo, pro manuscrito*, UDEP, Piura, 2013, p.1. Asimismo, sobre el Derecho Administrativo como “derecho del poder para la libertad”, *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Tomo I, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 123.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, *Ob. cit.*, p. 83. (La cursiva corresponde a la obra original).

¹⁴⁶ Al respecto, *Vid. Íbid.*, pp. 83-108. En el caso peruano, el mayor estudio sobre el particular se encuentra en ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación (...)*, *Ob. cit.*, pp. 67-114.

¹⁴⁷ Sin perjuicio de reconocer que el criterio diferenciador de este elemento es el carácter subjetivo e institucional que se atribuye al concepto de Administración Pública. *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, *Ob. cit.*, pp. 84-85.

¹⁴⁸ BOQUERA OLIVER, J.M., “El aspecto jurídico-administrativo de la Organización Sindical española”, en *RAP* N° 52, INAP, Madrid, 1967, p. 41.

diferencia específica que permite identificar a la Administración Pública radica en los demás elementos de su definición.

La institucionalización del poder público en cabeza de la Administración Pública se efectúa siempre para la “[p]romoción y garantía del bien común de una colectividad obligatoria que, de uno u otro modo, le sustenta”¹⁴⁹. Por ello, no es extraño afirmar que las potestades administrativas tienen carácter fiduciario, puesto que la Administración Pública que las tenga atribuidas las ejerce en favor de terceros, con un propósito de interés general o público¹⁵⁰. Así, como señala GONZÁLEZ NAVARRO, “[l]a Administración pública es – por esencia – acción. La Administración está para cumplir determinados – y múltiples – fines cuya realización es necesaria para que la comunidad humana a la que sirve pueda funcionar (...)”¹⁵¹. Como se ve, la noción de eficacia es esencial a la Administración Pública, pues de ella depende que cumpla con sus fines.

La actuación de la Administración tiene diversas manifestaciones. La principal y más estudiada es el acto administrativo. Este instrumento comprende a toda declaración de voluntad, juicio, conocimiento y deseo de la Administración Pública que trae como consecuencia la producción de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa¹⁵². Los rasgos que definen al acto administrativo (y que lo distinguen del negocio jurídico civil) están centrados no solo en el distinto sujeto que los emite, sino también en la forma en cómo se producen sus efectos, así como a la ejecutividad y ejecutoriedad, de las cuales se hará mención más adelante.

En lo que respecta al tema que se viene estudiando, es importante recalcar que la aplicación del principio de conservación se vincula, esencialmente, a la finalidad misma del Derecho. Así ha ocurrido con el Derecho Civil, donde la aplicación del citado principio supone preservar el contenido del negocio jurídico viciado a fin de favorecer la satisfacción del propósito de los particulares. El vicio no debe hacer imposible la conservación. De esta forma, frente a lo que ocurre en el Derecho Civil, el Derecho Administrativo persigue

¹⁴⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 59.

¹⁵⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo”, en *Foro Jurídico N° 15*, PUCP, Lima, 2016, p. 257.

¹⁵¹ GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho (...)*, Ob. cit., Tomo V, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 456.

¹⁵² Cfr. ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así denominado (...)”, Ob. cit., pp. 252 y ss. En el mismo sentido, señala ABRUÑA que, mediante el acto administrativo se concretan las potestades administrativas. Cfr. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación (...)*, Ob. cit., p. 69. Asimismo, indica el profesor MARTÍNEZ que “[l]a potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. Constituye así el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas”. *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 58

garantizar la eficacia de la actuación de la Administración Pública, que depende del cumplimiento de sus competencias atribuidas por ley, bajo específicas directrices. Esta atribución normativa hace que los efectos del acto administrativo estén predeterminados por ley, sin perjuicio de su individualización en sus respectivos destinatarios.

Así, mientras que, en el Derecho Civil, el principio de conservación busca mantener la voluntad de las partes, en el Derecho Administrativo debería perseguir preservar la voluntad de la ley. La interpretación literal de esta distinción puede derivar en dos consecuencias. La primera puede llevar a asumir que, en efecto, el propósito del principio de conservación es distinto (y hasta contrapuesto), según se aplique en el Derecho Civil o Administrativo. Con ello, las conclusiones del primer capítulo serían de poca utilidad para el análisis de la conservación de los actos administrativos. Asimismo, a partir de la naturaleza de la Administración Pública y su vinculación positiva al principio de legalidad se podría inferir, equivocadamente, que cualquier desviación de la potestad que la ley atribuye a la Administración o de los requisitos que esta establezca, podría suponer la imposibilidad de conservar determinado acto.

Por ello, como paso previo al estudio de la aplicación del principio de conservación en los actos administrativos, resulta indispensable evaluar la primera consecuencia definida. Esto conlleva a la necesidad de analizar, desde una perspectiva general, la relación entre el Derecho privado y público. Ello servirá para determinar si las razones que hacen del principio de conservación la regla en el primero, pueden servir para constituirlo también como regla en el segundo o si, por el contrario, los fines de cada rama exigen un tratamiento distinto.

2.1.2 *El Derecho público y el Derecho privado como realidades complementarias*

El Derecho Civil es, sin duda, la principal fuente de construcción tanto normativa como dogmática de las principales figuras de la teoría general del Derecho¹⁵³. No obstante, su aplicación al Derecho Administrativo “[p]resenta algunas especialidades, pues, como decía GIANNINI, un sistema construido sobre el problema de la autonomía del sujeto privado, mal se presta a ser aplicado en uno que centra su polémica en torno a la relación entre autoridad y libertad”¹⁵⁴. El principio de conservación en el Derecho Civil se aplica para procurar que la voluntad de las partes, contenida en un negocio jurídico, cumpla con su propósito. El *favor voluntatis* es sustancial. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la autonomía privada, el principio de legalidad vincula de manera positiva a la Administración Pública: es la fuente de su voluntad. Por tanto, resulta indispensable evaluar si, al igual como ocurre con la

¹⁵³ BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 91.

¹⁵⁴ *Íbid.*

regulación de la autonomía privada, el principio de conservación se puede aplicar como regla a la voluntad de la Administración.

Al respecto, manifiesta la doctrina que “los juristas vivimos inmersos de un modo u otro, con más o menos plenitud de conciencia, en [la] *summa divisio* del Derecho (...)”¹⁵⁵. Según esta última, existiría una aparente contradicción entre el Derecho público y el privado, a partir de concebir que ambas ramas persiguen fines distintos: el interés público, por un lado y los intereses particulares, por otro¹⁵⁶. Aplicar esta postura a todo el ordenamiento dificultaría la aplicación del principio de conservación al Derecho Administrativo. De esta forma, el sistema jurídico administrativo estaría inevitablemente ligado a contemplar como regla la nulidad, puesto que está integrado por abundantes normas imperativas. Como muestra de ello, sugiere DROMI que, “[m]ientras las nulidades civiles tienden fundamentalmente a cuestionar la voluntad de las partes, las nulidades administrativas tratan principalmente de reafirmar la vigencia objetiva del derecho y de salvaguardar el interés colectivo en atención a la finalidad que persigue la actividad estatal”¹⁵⁷. Corresponde determinar, por tanto, si estos diferentes fines de las ramas generales hacen que la primacía del principio de conservación sea exclusiva del Derecho privado y excluyente del Derecho público, en concreto al Derecho Administrativo. Esta cuestión no es menor, puesto que en ella va implícita la esencia misma del Derecho¹⁵⁸.

Frente a las consecuencias que una concepción estricta de la *summa divisio* del Derecho representa, DE CASTRO apelaba a la unidad interna del Derecho para afirmar que “[n]o existen dos sistemas de Derecho ni un Derecho con principios o caracteres exclusivos o esencialmente opuestos a los de otro Derecho”¹⁵⁹. No se trata de ramas opuestas con principios exclusivos y excluyentes, sino que ambas convergen en garantizar el interés general, desde sus peculiaridades. Así, el citado profesor español manifestaba con acierto que “[e]l Derecho

¹⁵⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, en *RGDA N° 26*, Iustel, Madrid, 2011, p. 3.

¹⁵⁶ Así, señalaba ULPiano que *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. Cfr. D.1,1,1,2.

¹⁵⁷ DROMI, R., *Acto administrativo*, 4ª Ed., Hispania, Buenos Aires, 2008, p. 174. Asimismo, previamente indica este autor que “las nulidades civiles se conciben como sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto; en cambio, las nulidades administrativas no dependen exclusivamente del elemento viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico, es decir, de la significación y gravedad del vicio”. *Ibid.*, p. 172.

¹⁵⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, 2ª Ed., IEP, Madrid, 1949, p. 67. Así, manifestaba su preocupación el autor sobre esta separación de las ramas del Derecho, toda vez que “[h]a tenido una contrapartida poco grata. La antigua unidad del Derecho parece romperse; se habla de dos sistemas autónomos de normas, radicalmente separados, y los cultivadores de la ciencia jurídica se apartan en grupos cerrados de especialistas, que pretenden crear para sus disciplinas métodos y conceptos independientes y que mutuamente se ignoran”.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 90.

realiza su función en dos direcciones fundamentales: para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la organización y conservación de la comunidad; [y], para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteger a la persona. Esta doble función se expresa en dos principios: el de la personalidad y el de la comunidad, ambos dirigidos al mismo fin común (realización social de la Justicia) y en constante y necesaria colaboración; los dos se reflejan en cada norma, aunque uno de ellos quede en segundo término respecto al otro”¹⁶⁰.

En línea con esta argumentación, indica el profesor MARTÍNEZ que “[e]n todo *ius*, en suma, si lo es verdaderamente, estará presente a la vez – precisamente en la medida justa – la utilidad o el interés público y el privado o particular”¹⁶¹. Evidentemente, esta concurrencia será de carácter complementario y no opuesto. De esta forma, la existencia de las ramas separadas se produce “[p]orque el Derecho se realiza respecto a distintas realidades, que requieren normas adecuadas, presididas por principios que formulen esta especialidad”¹⁶². El fundamento que subyace a esta cuestión radica en que, finalmente, “[e]l Derecho, todo el Derecho, es, sobre todo, relación *interpersonal*, algo que se refiere a la *persona* humana, en la que tiene su fundamento y raíz y por ello también su fin; y que la persona tiene una doble dimensión esencial, individual y social, a la cual debe servir todo el Derecho”¹⁶³. Esta esencia es el pilar de todo Estado de Derecho. En el sistema peruano, dicha cláusula se recoge en el artículo 1 de la Constitución Política cuando se señala que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Íbid*, p. 99. (Corchetes añadidos)

¹⁶¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 22.

¹⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, Ob. cit., p. 91.

¹⁶³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 23. De manera complementaria a ello, señala el autor que “El Derecho privado determina lo que corresponde a cada uno en las relaciones entre personas libres y jurídicamente iguales, entre particulares; en suma, entre las personas físicas -únicas que ostentan la personalidad jurídica por exigencia inherente a su personalidad ontológica- y entre las jurídicas que ellas pueden crear o de las que pueden formar parte libre y voluntariamente, así como, desde luego, entre aquéllas y éstas, incluyendo cuanto se refiere a la creación, organización y funcionamiento de dichas personas jurídicas, llamadas, por eso, precisamente privadas. El Derecho público determina, en cambio, cuanto corresponde específicamente al ser y operar del Poder público, a su conformación organizativa y funcional y a su actividad, en todo lo que resulta exigido cabalmente por su peculiar posición y misión en la sociedad, aunque, a la vez, ello comporte obviamente múltiples determinaciones jurídicas para los sujetos privados en razón precisamente de su relación con el Poder público y sólo por ello”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público (...)”, Ob. cit., p. 12.

¹⁶⁴ Al respecto, indica VIGNOLO que esta cláusula presenta “[l]a esencia de la subsidiariedad social centrada en la primacía innata de las personas en su autodeterminación y autoposesión, no existiendo posibilidad alguna, ni argumento jurídico que valga para que esta verdad justa pueda ser contradicha, reconducida, necesite un previo sustento o sea racionalizada”. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú*, Palestra, Lima, 2019, p. 84.

Este desarrollo permite a concluir que, en primer lugar, las reglas de Derecho privado no son incompatibles con el Derecho Administrativo. Es más, como afirma DE CASTRO, “[a]mbos están en una relación mutua de dependencia, el Derecho público es el *sine qua non* del público y el Derecho privado será el «para qué» del Derecho público. Esta íntima conexión hace que incluso sea imposible conocer bien las instituciones de una dirección o rama del Derecho si se desliga por completo de la otra”¹⁶⁵. Por ello, el principio de conservación, en tanto que se trata de una manifestación de la vocación de permanencia del Derecho, puede (y debe) regir en el Derecho Administrativo. En este sentido, para garantizar su adecuada aplicación, es importante definir cuál es el real fundamento de este principio. Ello permitirá vincularlo con los fines que persigue esta rama del Derecho público y, en general, la Administración Pública.

2.2 El principio de conservación en el Derecho Administrativo

2.2.1 Fundamento del principio

2.2.1.1 La presunción de validez de los actos administrativos. Según se manifestó al inicio, en el Derecho, el término “conservación” tiene dos acepciones: i) consecuencia jurídica o ii) principio. La conservación como consecuencia jurídica es el resultado fáctico de la aplicación de alguna técnica prevista en el ordenamiento, según la cual se mantiene la vigencia de un acto. Esta conservación puede ser el resultado de principios como el de economía procesal, confianza legítima, buena fe, entre otros que priorizan un valor distinto al acto en cuestión. Sin embargo, la conservación como principio busca mantener la validez de aquellos actos que, pese a estar viciados, pueden cumplir con su finalidad. El presente trabajo se dedica al estudio de este principio en el Derecho Administrativo.

El principio de conservación no se encuentra recogido expresamente en las normas generales del Derecho Civil o Derecho Administrativo. Sin embargo, ello no ha sido impedimento para reconocer su vigor normativo. Los principios generales del Derecho constituyen una forma de exteriorización del Derecho¹⁶⁶ y, en tal medida, cumplen una doble función: “[l]o que allí se llama el carácter inspirador de todo el ordenamiento jurídico y su aplicación directa que se produce en defecto de ley o de costumbre”¹⁶⁷. En el presente trabajo se analiza el principio de conservación desde su primera función, esto es, como criterio

¹⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, Ob. cit., pp. 99-100.

¹⁶⁶ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, Ob. cit., p. 415.

¹⁶⁷ DIEZ PICAZO, L., “Los principios (...)”, Ob. cit., p. 1264.

ordenador del ordenamiento jurídico. Los principios jurídicos no son consecuencia de las normas legales, son previos a estas, las informan y convierten en unidad vital¹⁶⁸.

En este apartado se busca determinar el porqué de la aplicación del principio de conservación en los actos administrativos. A través de su aplicación se persigue mantener la validez de determinado acto jurídico valioso para el ordenamiento, puesto que se considera que es capaz de cumplir con su propósito. De esta forma, alguna doctrina sostiene que “[e]l principio de conservación o *favor acti* es adoptado como otra forma de explicar la presunción de validez”¹⁶⁹. Por ello, frente a la evaluación de la validez de cualquier acto administrativo, se debería “[a]ctuar y decidir partiendo de la premisa de la validez en tanto no se anulen, respetando los efectos propios del acto, deberes y respeto que se imponen no solo a los sujetos destinatarios o afectados sino a las Administraciones Públicas”¹⁷⁰. Según esta postura, la presunción de validez constituye el fundamento de la aplicación del principio de conservación.

La presunción de validez se encuentra íntimamente ligada a la eficacia del acto administrativo. De acuerdo con el artículo 9 de la LPAG, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda¹⁷¹. Así, como advierte PAREJO, “[s]i la validez presupone

¹⁶⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, Ob. cit., p. 428.

¹⁶⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., Ob. cit., p. 1007. Por su parte, señalan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ que, “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 (art. 49.1LPAC), 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 (art. 49.2 de la misma Ley); conservación de actos y trámites cuyo contenido no sea afectado por la declaración de nulidad del acto final (art. 51); posibilidad de convalidación de los actos anulables mediante la subsanación de sus vicios sin limitación de tiempo (art. 52), etc.”. Ob. cit., p. 664.

En el Perú, indica DANÓS que “la estabilidad de los actos administrativos constituye un principio garantístico (sic) implícito en la LPAG peruana que preserva la seguridad de las relaciones jurídicas que crea la administración con los administrados y que se deriva de los principios legales que consagran la presunción de validez de los actos administrativos (art. 9º) (...)”. DANÓS ORDÓÑEZ, J., “¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?”, en *Revista de Derecho Administrativo N° 9*, CDA, PUCP, Lima, 2010, pp. 27-28.

¹⁷⁰ *Íbid.*, p. 1008.

¹⁷¹ No obstante, se puede citar una excepción a esta regla en el Perú. En materia pensionaria, el Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 354-2020-EF contiene disposiciones que permiten que la Oficina de Normalización Previsional suspenda la eficacia del pago de pensión en los supuestos señalados en los artículos 64.4, 64.5, 85.2 y 129. Lo cuestionable de esta disposición es que se contemple, a través de una norma reglamentaria, una excepción a la presunción de validez de los actos administrativos que tiene origen legal.

Sobre el antecedente de esta disposición, contemplado en el derogado artículo 4 del Reglamento del Decreto Ley N° 1990, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-74-TR, modificado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF, el Tribunal Constitucional señala en los fundamentos jurídicos 2.3.15 y 2.3.16 de la sentencia recaída en el expediente N° 03020-2012-PA/TC: “A este respecto, el artículo 32.3 de la Ley 27444, a la letra dice: «En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la

la concurrencia de todos los elementos del acto, la eficacia se despliega sin más a partir de la existencia de éste, en la medida en que su contenido produce efectos en el mundo jurídico¹⁷². Por ello, en concordancia con el artículo 16 de la citada norma, el acto administrativo despliega su eficacia desde su emisión, salvo que se trate de un acto desfavorable, en cuyo caso primero se deberá notificar¹⁷³. De esta forma, como señala REBOLLO, el hecho de que un acto se presuma válido significa que existe un deber de actuar como si fuese válido, esto es, de cumplir lo que en él se establece, mientras que no se declare su nulidad y, en consecuencia, se sancione su ineficacia¹⁷⁴. Esta regla jurídica¹⁷⁵ no es exclusiva los actos administrativos, sino también para los negocios jurídicos privados.

En el capítulo anterior se determinó que la aplicación del principio de conservación en el Derecho Civil supone favorecer el cumplimiento del propósito recogido en el negocio jurídico celebrado por los particulares. Es decir, se ampara su contenido siempre y cuando pueda cumplir con su propósito. Como se puede apreciar, en el Derecho privado, la eficacia constituye una consecuencia de la conservación. No es aquello que en vista de lo cual se aplica el citado principio, es decir, es su causa final. En lo que respecta a los actos

documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos (...); procediendo a iniciarse el trámite correspondiente para que se declare la nulidad del acto administrativo, la determinación de las sanciones correspondientes y responsabilidades penales, de ser el caso». Obviamente, se entiende que la consecuencia inmediata y lógica, previa a la declaración de nulidad del acto administrativo, es la suspensión de sus efectos, dado que lo contrario sería aceptar que, pese a comprobar la existencia de ilícito o fraude en la obtención de un derecho, la Administración se encuentre obligada a mantenerlo hasta que se declare su nulidad”.

¹⁷² PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 432.

¹⁷³ Sin embargo, en el caso de las sanciones administrativas, es pertinente indicar que su ejecutoriedad se encuentra supeditada al agotamiento de la vía administrativa. Al respecto, el artículo 237.2 de la LPAG señala que “la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva”.

¹⁷⁴ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, en *REDA N° 128*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 591-592.

¹⁷⁵ Señala DOMÉNECH que “aunque a veces se hable del «principio de presunción de validez», tampoco cabe afirmar con propiedad que no hallemos frente a un auténtico principio jurídico, si con la mejor doctrina entendemos que los principios jurídicos – o principios generales del Derecho – son las «convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad», «los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico», y consideramos que los mismos constituyen mandatos de optimización, es decir, valores que deben realizarse en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. La presunción de validez no encaja en este concepto, porque no es valiosa por sí misma, ni es algo que deba satisfacerse en la mayor medida de lo posible, aunque ciertamente pueda haber sido establecida en aras de verdaderos principios jurídicos, como por ejemplo el de seguridad. Se trata a lo sumo de una regla general, cuyo alcance y excepciones no han sido perfilados por el legislador con la deseable nitidez”. “El principio de presunción de validez”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 1032-1033.

Por su parte, en el Derecho peruano, indica HUAMÁN que la presunción de validez debe entenderse como una “validez preventiva”. Al respecto, señala el autor que esta presunción está constituida por el “[t]ransito generado entre la generación del acto administrativo o actuación administrativa hasta el momento mismo anterior a que se produzca el vencimiento de los tiempos procesales para impugnar administrativa o enjuiciar jurisdiccionalmente a éste (...)”. *Procedimiento Administrativo General Comentado*, Jurista Editores, Lima, 2019, pp. 368-369.

administrativos la situación no es distinta. Estos actos jurídicos gozan también de la presunción de validez. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los negocios jurídicos, la eficacia del acto administrativo se ve reforzada por el privilegio de autotutela que otorga el sistema jurídico a la Administración Pública¹⁷⁶. La presunción de validez, en buena cuenta, se establece a efectos prácticos, puesto que, con la finalidad de favorecer el tráfico jurídico, no existe un control previo de legalidad de los actos jurídicos¹⁷⁷.

De esta suerte, la presunción de validez no constituye el fundamento de la aplicación del principio de conservación. No obstante, ello no implica que ambas figuras no se encuentren vinculadas. La existencia del acto administrativo y su presunción de validez son datos fácticos. En tal medida, la presunción de validez puede constituir un presupuesto para la aplicación del principio. Como indica BELADIEZ, “[d]esde que existe un acto, sea éste válido o no, se conserva hasta que se prive formalmente de su existencia”¹⁷⁸. Sin embargo, ello no explica al principio de conservación. En la aplicación del principio no se evalúan los efectos que el acto produjo o puede producir, sino solamente si, a pesar de sus vicios, es capaz de producirlos. En tal virtud, el sustento citado principio está constituido por las razones que legitiman el hecho de que un acto administrativo viciado pueda producir efectos.

2.2.1.2 La eficacia administrativa como fundamento de la aplicación del principio de conservación en el Derecho Administrativo. Es importante recordar que la controversia jurídica que sirve de base a la presente investigación ocurre entre la nulidad y la conservación como mecanismos de tutela principal del ordenamiento jurídico. Al respecto, apunta el profesor NIETO que los ordenamientos jurídicos, frente a la existencia de un acto que ostenta ilegalidades, se encuentran presionados por reaccionar de dos maneras casi contrapuestas: “[d]e un lado quiere que la legalidad sea respetada y, por ende, sanciona con invalidez a los actos que la infringen; pero, de otro lado, quiere que la Administración consiga sus fines y, por ende, mantiene los actos que pueden alcanzarlos”¹⁷⁹. En definitiva, la fundamentación del principio se halla en la ponderación entre la legalidad y la eficacia administrativa, entendida esta última como el cumplimiento de los fines de la Administración.

La configuración del ordenamiento jurídico juega un rol trascendental al entendimiento y posterior solución de este dilema. Así, según la prioridad establecida por el

¹⁷⁶ Sobre el particular, *Vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica (...)”, *Ob. cit., in totum*. Del mismo modo, como señala PAREJO ALFONSO que “(...) la validez, en tanto que lo es de un acto jurídico de un poder público, otorga soporte a la eficacia en términos de ejecutividad, es decir, de susceptibilidad para, de ser preciso, ser ejecutado incluso con carácter forzoso”. *Ob. cit.*, p. 432.

¹⁷⁷ *Cfr.* BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, *Ob. cit.*, p.42, nota al pie N° 3.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹⁷⁹ NIETO GARCÍA, A., *Ob. cit.*, p. 11.

legislador, las opciones de anular o conservar tendrán distinta entidad y, al momento de evaluar el vicio en el que hubiera incurrido determinado acto, una cederá más fácilmente frente a la otra. De esta forma, el *quid* se resume en hacer respetar la legalidad de manera estricta y sancionar con invalidez en la mayoría de los casos, o preferir como regla que la Administración pública consiga sus fines y, por tanto, se mantengan aquellos actos que pueden alcanzarlos¹⁸⁰. La función de los principios jurídicos es resolver las cuestiones primarias del Derecho¹⁸¹, como la que se presenta en este trabajo.

Los principios son auténticas fuentes normativas y, por ello, corresponde que ordenen a los sistemas jurídicos hacia el cumplimiento de los fines propios del Derecho¹⁸². El Derecho tiene una tendencia inherente hacia la pervivencia. Es decir, como indica VILLAR PALASÍ, “[p]osee cierta inercia vital, cierta vocación de supervivencia que le viene de su propio ser y que le hace mantener su validez y vigencia, resistiéndose así a la eliminación del mismo modo que en el mundo físico (...)”¹⁸³. En cuanto al Derecho Civil, según lo desarrollado, la aplicación del principio de conservación se vincula a la importancia de garantizar la satisfacción de las necesidades de los particulares que celebran determinado jurídico. Bajo esta lógica y, apelando a la unidad intrínseca del Derecho, el fundamento del principio de conservación se halla en garantizar que la Administración consiga sus fines.

De esta forma, indica PAREJO que, “el principio de eficacia que gobierna la acción administrativa y la servicialidad de ésta respecto de la realización efectiva del interés general determinan la interpretación y aplicación estrictas del régimen de invalidez de los actos administrativos [y] (...) se traduce en el principio de conservación de los actos, que se concreta en una serie de reglas dirigidas derechamente a evitar todo efecto extensivo o expansivo de la presencia o el padecimiento de vicios de legalidad”¹⁸⁴. Por ello, “[d]eben conservarse todos aquellos actos que reuniendo todos los requisitos necesarios par su validez produzcan o sean capaces de producir en un futuro, unos efectos jurídicamente relevantes”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cfr. *Íbid.*

¹⁸¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, Ob. cit., p. 428

¹⁸² Como señala DE CASTRO, los principios tienen “(...) un vigor normativo tal, que son el fundamento más firme de las leyes y las costumbres”. *Íbid.*, p. 405.

¹⁸³ VILLAR PALASÍ, J.L., Ob. cit., p. 13.

¹⁸⁴ PAREJO ALFONSO, L., Ob. cit., p. 445. (Corchetes añadidos). En el mismo sentido, indica FERNÁNDEZ que, este principio supone una tendencia a la reducción de la virtud invalidatoria de las infracciones y vicios en que puedan incurrir los actos administrativos. Cfr. “Los vicios (...)”, Ob. cit., p. 59.

¹⁸⁵ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 62. Con esto, a pesar de que en algún momento BELADIEZ liga el principio de conservación del acto al valor de los efectos que este haya producido, termina por validar su tesis inicial: la conservación no depende de los efectos sino del acto en sí.

Garantizar la eficacia administrativa es el fundamento del principio de conservación¹⁸⁶. El conservar aquellos actos administrativos capaces de cumplir con su finalidad, a pesar de los vicios que ostenten, favorece el cumplimiento de los fines que la Administración pretende conseguir a partir de su emisión.

2.2.2 Aplicación del principio de conservación

Es importante que los sistemas jurídicos se encuentren configurados de tal manera que favorezcan que la administración cumpla con sus fines. Sin embargo, la aplicación del principio de conservación se determina en el caso concreto, a través de los elementos del acto administrativo en cuestión. El principio de conservación no opera *a posteriori*, para fundamentar la conservación del acto, sino *a priori*, a fin de impedir que este se considere inválido¹⁸⁷. Al respecto, la doctrina señala que son dos los requisitos necesarios para que el Derecho conserve un acto: i) que exista un interés en su mantenimiento (el interés público), y ii) que con su conservación se alcance un fin digno de protección (el conservar los actos que pueden cumplir válidamente su finalidad)¹⁸⁸.

La aplicación del principio no requiere que el acto haya conseguido el fin, esto es, que haya desplegado sus efectos, sino que sus vicios no le impidan que sea idóneo para conseguirlos. Al igual de lo que ocurre con el negocio jurídico, el principio de conservación persigue mantener el contenido del acto administrativo. Este forma parte de su elemento objetivo y es “[e]l querer [de la Administración Pública] expresado en la declaración de voluntad, o el parecer o propuesta de las correspondientes declaraciones de conocimiento, juicio o deseo en que el acto puede también consistir”¹⁸⁹. Se trata del “efecto práctico que con dicho acto se pretende obtener”¹⁹⁰. Empero, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho

¹⁸⁶ Esta eficacia administrativa no se debe equiparar al principio de eficacia administrativa consagrada en el inciso 1.10 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG, que tiene naturaleza procedimental. Al respecto, señalan VILACHÁ ET AL. que “el fundamento de la conservación de los actos administrativos está directamente vinculado al principio de eficacia administrativa y al principio de equidad que aconseja limitar en lo posible las consecuencias gravosas de las nulidades administrativas”. *Lecciones fundamentales de Derecho Administrativo*, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. RB-11.10. Sin embargo, debe considerarse que esta solución se encuentra enfocada desde una óptica procedimental, puesto que se desarrolla a partir de los supuestos de incommunicación de la invalidez en el procedimiento. En tal sentido, se aproxima más al principio de economía procesal.

¹⁸⁷ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 158.

¹⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 165.

¹⁸⁹ ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimosegunda: Los elementos objetivo y causal, pro manuscrito*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013, p. 2. (Corchetes añadidos). Al respecto, indica DOMÉNECH que se conserva el contenido del acto, es decir, sus efectos: “(...) lo que hay que estimar o no valioso jurídicamente, lo que debe o no conservarse, lo que merece o no la protección del ordenamiento, no es el acto propiamente dicho, sino su contenido, los efectos jurídicos establecidos mediante la correspondiente manifestación de voluntad, el deber que constituye el sentido objetivo de la misma”. *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 208.

¹⁹⁰ GARRIDO FALLA, F., Ob. cit., p. 650.

privado, la voluntad administrativa se identifica con la voluntad de la norma que le atribuye la potestad y en virtud de la cual se emite el acto administrativo.

La Administración carece de voluntad y “[s]ólo pued[e] actuar para lo que diga el ordenamiento jurídico, con los medios que éste les proporciona y siguiendo los procedimientos y modos de actuar que prevea el ordenamiento”¹⁹¹. Esta exigencia está vinculada a la causa del acto. En estricto, el elemento causal no se identifica con fin, pues este proviene de la norma. La causa consiste en “[l]a adecuación del contenido de la actuación de que se trate al fin público específico para el que esté jurídicamente prevista, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas en que se produzca o haya de producirse, a la vista, pues, de la concurrencia de los presupuestos fácticos para los que tal actuación esté asimismo prevista”¹⁹². En este sentido, BELADIEZ considera que, si, en algún momento se puede hablar de la ‘voluntad’ de la Administración, esta solo tiene importancia al momento en que se emite el acto, puesto que luego de ello, “[l]a voluntad de la Administración se objetiviza; deja de ser aquello que quiso la Administración, para pasar a ser lo que quiere el ordenamiento, confundiendo de este modo voluntad y causa”¹⁹³.

En este sentido, se conserva aquel contenido que sea adecuado para el cumplimiento de los fines de la ley. Esto es, solo cabe conservar aquel acto administrativo con causa válida. Ello no significa que la causa sea el único elemento importante de la evaluación de validez del acto: el acto conservado debe cumplir con todos los requisitos previstos legalmente. Así, es “consustancial a la legitimidad y validez de toda actuación administrativa el que se produzca por la debida causa legal o jurídica, por causa, en suma, justificada en las previsiones del

¹⁹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “La causa de los contratos públicos”, en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2010, p. 680. En el mismo sentido, refiere Beladiez que, “(...) cuando ya se ha emitido el acto solo puede cumplir el fin público para cuya satisfacción el ordenamiento le atribuyó esa potestad”. *Validez (...)*, Ob. cit., p. 301.

¹⁹² *Ibid.* En este trabajo señala el profesor MARTÍNEZ que, “la causa no es el fin, ni tampoco los presupuestos fácticos, pero uno y otros, a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos privados y concretamente en los contratos privados, forman parte de ella, son piezas esenciales de ella, porque, como hemos dicho, la causa es la relación de adecuación, idoneidad y proporcionalidad que debe mediar entre el contenido del acto o de la actuación de la Administración, el fin público al que deba servirse con ello y la realidad de los presupuestos fácticos para los que haya sido prevista. El fin y los presupuestos se integran precisamente en la estructura del acto jurídico-público y en particular del administrativo solamente en su razón de su relevancia para la su justificación causal (a diferencia de los términos de la causa general de los contratos, que, al constituir ya por sí mismo su objeto, tienen su propio lugar en la estructura del contrato, aunque además sea necesario el nexo causal que los vincule)”. *Ibid.* Para el caso de los negocios jurídicos, refiere Díez-PICAZO sobre la importancia del elemento causal que “(...) si el negocio adolece de causa es claro que las partes no pueden llenar ya este vacío”. “Eficacia (...)”, Ob. cit., p. 822.

¹⁹³ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 301 (cursiva es del texto original). Asimismo, indica la autora que “(...) lo que la Administración quiere sólo importa en el momento de adoptar la decisión; pero cuando ya se ha prestado su consentimiento, la Administración (y ésta es una de las peculiaridades propias de este especial sujeto de Derecho) no puede «querer» otra cosa que cumplir el fin el fin público para cuya satisfacción el ordenamiento le atribuyó esa potestad”.

ordenamiento jurídico”¹⁹⁴. Es importante recordar que el principio de conservación supone considerar al acto valioso por sí mismo, es decir, en tanto manifestación concreta del ejercicio de las potestades administrativas atribuidas por ley. Como señala DÍEZ, “[e]l auténtico valor jurídico es esa finalidad, asegurar que el acto cumpla la función que le es propia para garantizar de este modo la satisfacción de los intereses que motivaron su emanación”¹⁹⁵. El fundamento del principio no consiste en conservar la situación jurídica creada sino la función o interés público presente en él¹⁹⁶.

El principio de conservación está vinculado a la presencia del interés público en el actuar de la Administración. En consecuencia, si bien mediante la presunción de validez los actos administrativos emitidos surten sus efectos, ello no enerva su control jurídico por las autoridades competentes. Sin embargo, el órgano revisor debe tomar en cuenta también la primacía del principio de conservación al momento de evaluar la validez de un acto administrativo. De tal manera, la nulidad será una “auténtica y rara excepción”¹⁹⁷. En tal medida, la doctrina no ha tenido dificultad en afirmar que en el Derecho Administrativo la regla es la anulabilidad¹⁹⁸. Sin embargo, en virtud del carácter procesal o procedimental de esta última, corresponde reformular la regla y señalar que no solo en el Derecho Administrativo, sino en el Derecho en general, prima la conservación de los actos jurídicos. Esta directriz, cuando se sustenta en el principio del mismo nombre, da prioridad a la eficacia

¹⁹⁴ *Íbid.*

¹⁹⁵ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., Ob. cit., p. 1004. Con un parecer distinto, señala DOMÉNECH que “no nos parece que la conservación de un acto administrativo –ni siquiera la de los dictados de conformidad con el Derecho– sea intrínsecamente valiosa. El valor de esta conservación es puramente instrumental: depende de en qué medida la misma permite realizar efectivamente aquellos auténticos principios jurídicos; está en función, en última instancia, de los costes y beneficios que esta implica para dichos principios, que son los que eventualmente podrían justificarla”. “Las irregularidades (...)”, Ob. cit., p. 155. Sobre este respecto, es importante señalar que el principio de conservación en sí mismo cumple un fin instrumental, como todo el Derecho, sin embargo, esa instrumentalidad permite que el acto administrativo cumpla con la finalidad prevista en la norma desde una evaluación realizada por el mismo acto y no por factores externos como la confianza legítima, la buena fe, la economía procesal, etc.

¹⁹⁶ *Cfr. Íbid.*

¹⁹⁷ NIETO GARCÍA, A., Ob. cit., p. 11.

¹⁹⁸ *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 46. Asimismo, *Vid.* MUÑOZ MACHADO, S., Ob. cit., p. 176. También, *Vid.* BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 91. Sin embargo, este último autor, en cuanto a la diferencia del alcance de la nulidad y anulabilidad en el Derecho Civil y Administrativo, indica que la distinción “(...) no es tan grande como pudiera parecer, si recordamos el distinto alcance que el principio dispositivo tiene en el ordenamiento civil y en el ordenamiento administrativo. Así, en el primero hay muy pocas normas imperativas, mientras que, en el segundo, y dada la especial vinculación de la Administración al derecho, éstas constituyen la amplia mayoría”. Por otra parte, se justifica esta afirmación, también en que, a raíz de la vinculación positiva de la Administración a la ley, es más probable que viole alguna norma sin que dicha infracción revista mayor importancia ni sea de orden público. *Cfr.* ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho peruano, pro manuscrito*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013, p. 6.

de la Administración frente a la mera legalidad. Su aplicación, al igual que como ocurre en el Derecho Civil, se traduce en diversas reglas y mecanismos.

Antes de analizar la regulación del principio de conservación en el Derecho Administrativo peruano, resulta necesario realizar una precisión adicional para reforzar la unidad en la aplicación de este principio. Así, se ha planteado que la nulidad *ipso iure* o de pleno derecho tendría distinto alcance en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo. En tal virtud, a partir de considerar que la presunción de validez de los actos jurídicos es distinta en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, alguna doctrina entiende que “[l]a principal consecuencia de la nulidad de pleno derecho, esto es, la falta de consecuencias del acto nulo, su carencia de efectos y la consiguiente posibilidad de ser desconocido por el afectado, no puede predicarse sin más en el Derecho administrativo. El acto nulo produce de inmediato una modificación de la realidad, de forma que el particular afectado por la modificación no puede limitarse a desconocer el acto, sino que debe reaccionar contra él a través de los recursos correspondientes, so pena de conformarse y soportar la modificación operada”¹⁹⁹.

Las premisas desarrolladas a lo largo del presente trabajo permiten afirmar que la mencionada diferencia es solo aparente. La situación de la nulidad *ipso iure* en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo es la misma: no se aplican como un supuesto de ineficacia intrínseca del acto. La razón principal de ello es que la presunción de validez beneficia tanto a los negocios jurídicos como a los actos administrativos. Ambos actos jurídicos producen efectos hasta que la autoridad competente declare su invalidez y decrete su ineficacia. No existen actos jurídicos que sean intrínsecamente ineficaces. La distinción entre nulidad y anulabilidad tiene solamente efectos procesales.

2.2.3 Conclusiones del apartado

Como indica NIETO, “[e]l Gran Ejército de la Administración está conformado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil. La Administración envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los Tribunales son cuantitativamente insignificantes”²⁰⁰. Esta alegoría refiere a que, en el Derecho es prácticamente imposible encontrar actos jurídicos perfectamente conformados. Los actos imperfectos forman parte de la realidad. Establecer una validación previa a la emisión de cada acto administrativo supondría ralentizar, innecesariamente, el desempeño de la Administración Pública.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., “Los vicios (...)”, Ob. cit., pp. 61-62.

²⁰⁰ NIETO GARCÍA, A., Ob. cit., p. 12.

La eficacia o eficiencia de la Administración es consustancial a su existencia. Esta organización del poder público nace de la ley y se le atribuyen potestades para cumplir una finalidad específica. Así, como ocurre con los negocios jurídicos y los sujetos privados, los actos administrativos son vehículos del cumplimiento de la voluntad administrativa. En línea con ello, en el presente apartado se ha desarrollado la necesidad de aplicar el principio de conservación para propiciar el cumplimiento de la voluntad de la Administración Pública que, finalmente, es la voluntad de la ley. Este es el real fundamento del principio. La presunción de validez, por su parte, se erige como presupuesto de la aplicación del principio de conservación.

Conviene insistir en que la aplicación del principio no requiere que el acto haya desplegado su eficacia. Conservar aquellos actos administrativos capaces de cumplir con su propósito, a pesar de los vicios que ostenten, favorece el cumplimiento de los fines que la Administración pretende conseguir, en cumplimiento de la ley que le atribuye las potestades. En tal virtud, para determinar la conservación o no de sus actos, a diferencia de lo que ocurre con los negocios jurídicos -donde interviene un tercero (el juez)- la Administración se vale de algunos privilegios que el ordenamiento jurídico le atribuye para 'hacerse justicia' a sí misma. No obstante, de manera previa al estudio de estos mecanismos, corresponde revisar cuál es la regulación de la invalidez en el Perú.

2.3 La invalidez en el Derecho peruano desde el principio de conservación. Planteamiento general

2.3.1 *El acto administrativo válido e inválido en la LPAG*

Como manifiesta BELADIEZ, "si en algún sector del ordenamiento la idea de conservación es especialmente relevante, éste ha de ser aquel donde se regule el modo de expulsar del orden jurídico a los actos inválidos"²⁰¹. No obstante, previo al estudio de la invalidez corresponde estudiar la noción de validez prevista en la LPAG. Al respecto, el artículo 8 de esta norma señala que es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico. Esta cualidad – la conformidad con el ordenamiento jurídico- está vinculada al cumplimiento del principio de legalidad de los actos administrativos. En tal virtud, como se ha señalado en el primer capítulo, este principio no hace referencia solamente a la observancia de las normas con rango de ley, sino que involucra, también, a la Constitución y al Derecho, en general.

²⁰¹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 63.

La Administración Pública se encuentra sometida de manera positiva al Derecho. Es decir, solo puede hacer aquello que este le permita. Por tanto, es indispensable una adecuada interpretación del artículo 8 de la LPAG y tener claro que la validez no se equipara al mero cumplimiento de los requisitos legales para su formación, tal y como lo señala alguna doctrina nacional²⁰². De esta forma, a pesar de que el artículo 3 de la LPAG señale que los requisitos²⁰³ de validez del acto administrativo son: competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular, en realidad, la validez no depende solo de estos, sino que se puede amparar en otros valores del ordenamiento jurídico. Uno de ellos es el principio de conservación.

El principio de conservación, al igual que otros valores que integran el ordenamiento jurídico, forma parte de los criterios que pueden definir la validez del acto administrativo. Por ello, cabe reiterar que “[l]a validez es la situación en la que se encuentra un acto que es conforme a Derecho y por este motivo el ordenamiento garantiza su conservación. [Para ello] (...) no es preciso que no haya cometido ninguna infracción del orden jurídico”²⁰⁴. Sin embargo, no todos los actos irregulares pueden conservarse, sino que, en ocasiones, cuando estos incurran en las infracciones más graves al ordenamiento que prevé la norma, tendrán que declararse inválidos o, como se menciona en la LPAG, nulos. Estas infracciones más graves se denominan vicios trascendentes e impiden que el acto pueda cumplir con su propósito.

Al igual que en el Derecho Civil, la nulidad en el Derecho Administrativo no es un modo de ser del acto, sino que constituye un mecanismo procesal que liga la invalidez con la

²⁰² Vid. DANÓS ORDOÑEZ, J., “Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general”, en *Visión actual del acto administrativo – Actas del XI Foro iberoamericano de Derecho Administrativo*, FIDA, Santo Domingo, 2012, p. 870.

²⁰³ Aunque en realidad hace referencia a los elementos en sí (con excepción del procedimiento regular, según se explicará infra). Acerca de esta cuestión terminológica, señalan ABRUÑA Y BACA que “[a]lgunos autores llaman elementos a lo que otros llaman requisitos. Otros no diferencian entre elementos y requisitos. Nosotros entendemos que los requisitos forman parte de un elemento, de tal manera que un acto administrativo se puede analizar desde la perspectiva de sus elementos y, también, de los requisitos de cada uno de ellos. Los elementos son las piezas esenciales de la estructura del acto y los requisitos las exigencias que deben concurrir jurídicamente en cada uno de ellos: la invalidez se derivará de la carencia de un elemento o de estar viciado por incumplimiento de alguno de sus requisitos. En fin, se trata de una diferenciación convencional que, entendemos, ayuda a moverse en éste difícil tema que constituyen los elementos de validez del acto administrativo”. *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décima: El elemento subjetivo*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013, p. 2.

Por su parte, ceñido a la literalidad del concepto de requisito, MORÓN señala que “[l]a existencia del acto administrativo depende del cumplimiento correcto de sus elementos esenciales de validez: la competencia, el objeto y contenido posible, la finalidad pública, motivación y procedimiento regular”. Ob. Cit., Tomo I, p. 220. Así, cabe indicar que la LPAG, en los artículos posteriores regulan cuáles deben ser los requisitos que deben cumplir estos elementos de validez.

²⁰⁴ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 67.

ineficacia²⁰⁵. Es decir, se trata de un medio para aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma. De esta forma, “la nulidad es una sanción jurídica y no un supuesto de hecho (...), un mecanismo de reacción del ordenamiento jurídico, no un estado natural del acto jurídico”²⁰⁶. Al respecto, la LPAG regula dos mecanismos procesales de nulidad: los recursos administrativos y la nulidad de oficio. No obstante, esta norma contempla un conjunto de causales que se aplican, de acuerdo con su naturaleza, a cada una de estas vías procesales.

De manera previa al repaso de las causales de nulidad del acto administrativo de la LPAG, es importante acotar que en el Derecho peruano no existe la nulidad *ipso iure* o de pleno derecho. El acto administrativo no nace nulo, sino que es necesaria la declaración formal de su invalidez, a través de los mecanismos antes señalados. Mediante estos, en principio, se evalúa si el acto incurre en algunas de las causales del artículo 10 y si es imposible conservarlo, en tanto que no es idóneo para cumplir con su propósito. Por ello, es impreciso entender que existen grupos de actos con vicios de invalidez que nunca producen efectos jurídicos. Al contrario, el acto viciado “[p]roduce los mismos efectos que el acto regularmente celebrado, mientras el juez no lo condene”²⁰⁷, en virtud de la presunción de validez de la que gozan.

En este sentido, el artículo 12.1 de la LPAG indica 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. Así, mediante la declaración de nulidad, se destruyen los efectos que pudo haber producido el acto administrativo y se elimina la posibilidad de que produzca efectos futuros, a menos que los primeros (efectos ya producidos) encuentren protección en otros principios del ordenamiento jurídico. En realidad, la protección de determinados derechos adquiridos a los que hace mención la LPAG no puede

²⁰⁵ Cfr. BACA ONETO, V.S., *La invalidez (...)*, Ob. cit., p. 83. Sobre este respecto indica REBOLLO que “[l]a teoría clásica de la nulidad y su régimen monolítico de ineficacia total estaba construida sobre una ficción, la de considerar que el acto nulo no existe. Si fingir es, según el DRAE, «dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene», aquí lo que se ha hecho ha sido dar inexistencia ideal a lo que realmente la tiene, y no es esto menor ficción. Decía LARENZ que «la ficción jurídica consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe que es desigual». Es decir, que consiste en tratar ciertos hechos como si fueran otros distintos. Y eso es exactamente lo que hace la teoría clásica de la nulidad pues se basa, como ya lo hemos dicho, en considerar que el acto nulo es como si fuera inexistente, ideal y jurídicamente inexistente, de donde se deriva todo su régimen (...). El problema está en que esta ficción no tiene ya ninguna base. En efecto, no hay ningún fundamento racional ni legal para asimilar todos los actos administrativos que el Derecho español considera nulos de pleno derecho a actos jurídicamente inexistentes y para, con ese presupuesto, disponer, como consecuencia natural e inexorable, su más absoluta y radical ineficacia”. “La nulidad (...)”, Ob. cit., p. 15.

²⁰⁶ PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad de contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 161-163, citado por REBOLLO PUIG, M., “La nulidad (...)”, Ob. cit., p. 17.

²⁰⁷ LUTZESCO, G., *Teoría (...)*, Ob. cit., pp. 308-309.

sustentar solamente en el principio de buena fe, si no que también otros valores del ordenamiento jurídico son capaces de ocasionar el mismo resultado.

2.3.2 Las causales de nulidad en la LPAG

La nulidad de un acto administrativo, en sede administrativa, es el resultado o consecuencia jurídica de una declaración de la autoridad competente luego de la tramitación de un recurso administrativo o la nulidad de oficio. Al respecto el artículo 10 de la LPAG²⁰⁸ prevé un conjunto de causales sobre las cuales se pueden sustentar estos mecanismos, y las denomina “de pleno derecho”, a saber: i) la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; ii) 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; iii) 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 tramites esenciales para su adquisición; y, iv) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

En principio, estos supuestos de hecho representan las infracciones más graves al ordenamiento. Sin embargo, como persigue el presente trabajo, su aplicación no puede realizarse de manera mecánica y expresa. En tanto que la nulidad es una auténtica y rara excepción, las causales que la originan requieren ser detalladas en concordancia con el principio de conservación.

2.3.2.1 La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. Esta causal es consecuencia directa de la vinculación positiva de la Administración al Derecho²⁰⁹. Sin embargo, su amplitud es tal, que parece desconocer que, prácticamente, es imposible que el sistema jurídico esté conformado por actos administrativos perfectos, es decir, sin ninguna irregularidad. Al respecto, ya se han abordado las distinciones pertinentes entre ilegalidad e invalidez y, de igual manera, que el principio de conservación forma parte de los criterios a considerar cuando se evalúa la validez de cualquier acto jurídico. En tal virtud, el hecho de que un acto contravenga alguna disposición del ordenamiento

²⁰⁸ Sin embargo, cabe indicar que la referida norma prevé otras causales de nulidad en artículos distintos, tales como en el numeral 20.2 del artículo 20 (nulidad por modificar el orden de prelación del régimen de notificación personal) o el contemplado en el numeral 63.1 del artículo 63 (renuncia a titularidad o abstención del ejercicio de competencia). Tal y como ocurre con los supuestos generales, en estos casos la declaración formal de la nulidad es necesaria.

²⁰⁹ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: (...)*. Ob. cit., p. 6.

jurídico no necesariamente acarrea en su invalidez, ya que el mismo ordenamiento puede disponer su conservación, en virtud de otros principios en él presentes.

Por otra parte, es importante indicar que la LPAG no hace distinción de gravedad entre causales de nulidad. Esto, en adición a lo señalado en el párrafo precedente y por la primacía del principio de conservación, hace que la aplicación práctica de esta causal se haga aún más difícil. Inclusive, esta situación permite dudar sobre su carácter de causal de nulidad, dado que no cumple con la taxatividad requerida para un mecanismo residual. Por tanto, es innegable su carácter declarativo. Así, para aplicar esta causal, la autoridad competente deberá sustentar, no solo el incumplimiento de una disposición normativa, sino que la misma debe ser tan grave, que impide que el acto cumpla con su propósito en el marco del ordenamiento jurídico.

2.3.2.2 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. Los requisitos de validez a los que se hace referencia esta causal están estipulados en el artículo 3 de la LPAG. Estos son: i) competencia; ii) objeto o contenido; iii) finalidad pública; iv) motivación; y, v) procedimiento regular. En realidad, como se podrá concluir a partir del análisis por realizar, cada una de las causales contempladas en el artículo 10 constituyen, en buena cuenta, defectos de alguno de los elementos del acto administrativo y en su procedimiento de conformación (de tenerlo). Sin embargo, la sola afectación a estos requisitos ello resulta insuficiente para determinar la invalidez de un acto jurídico en general. Esto supondría equiparar legalidad a validez. El acto administrativo es válido no solo tras constatar el cumplimiento de los requisitos exige para su emisión, sino “[c]uando literalmente vale, cuando su conservación «tiene un valor para el Derecho»”²¹⁰.

Sin perjuicio de lo señalado, la norma también señala que esta causal no se aplicará cuando se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a los que se refiere el artículo 14. Estas excepciones están referidas a los denominados vicios no trascendentes del acto administrativo. Un análisis más amplio sobre el particular, desde su vinculación con el principio general de conservación, se abordará en apartados siguientes de este trabajo.

2.3.2.3 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 tramites esenciales para su adquisición. Esta causal plantea algunas cuestiones interesantes por analizar. La primera de ellas se vincula a la forma

²¹⁰ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Las irregularidades (...), Ob. cit., p.153.

del acto administrativo, ya que reconoce la existencia de actos que no necesariamente adopta la forma escrita²¹¹, sino que también pueden ser tácitos (consecuencia de aprobación automática) o presuntos (por aplicación del silencio administrativo positivo²¹²). La distinta forma que pueda adoptar un acto administrativo no cambia su naturaleza como tal. Por tanto, este punto no permite determinar una diferencia específica de esta causal respecto de las dos anteriores²¹³: son todas aplicables para actos expesos, tácitos o presuntos. Por tanto, para determinar si se trata de una causal autónoma respecto de las anteriores estudiadas del artículo 10 de la LPAG, corresponde evaluar los vicios que contempla.

Los vicios que contempla esta causal son dos. La redacción del primero no es tan clara, puesto que no se sabe si lo que se exige es que el acto administrativo no sea contrario al ordenamiento jurídico o si esto se predica de las facultades o derechos que se adquieren a

²¹¹ El artículo 4.1 de la LPAG señala que 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.

²¹² No se incluye al silencio administrativo negativo puesto que no entraña la emisión de un acto administrativo, propiamente, sino que se trata de una ficción que habilita al administrado a accionar las vías de impugnación frente a la inactividad de la Administración. Al respecto, *Vid.* ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: (...)*. Ob. cit., pp. 5 y ss. En el caso del silencio administrativo positivo, el artículo 188.2 de la LPAG señala que el silencio administrativo positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la citada ley.

²¹³ Al respecto, en la doctrina nacional, a analizar esta causal, señala MORÓN que “[c]omo en nuestro procedimiento administrativo se han incrementado las posibilidades de obtención de beneficios para los administrados sin haber pasado por una comprobación previa de la Administración, se ha previsto esta causa como una forma de corregir vía nulidad posterior los actos que de mala fe puedan dar lugar a la adquisición indebida de facultades o derechos. La proliferación de silencio administrativo positivo, de procedimientos de aprobación automática, el empleo de documentos sucedáneos, y la presunción de veracidad han dado ocasión a las acciones indebidas que aquí se trata de contrarrestar. La buena fe es principio de la actuación administrativa, pero nada autoriza a la obtención de ventajas indebidas, ni a que estas puedan tornarse inmovibles cuando agravan justamente la buena fe”. Ob. Cit., Tomo I, p. 261. Empero, este desarrollo en sí no parece justificar cuál es el verdadero origen de la disposición analizada y qué podría justificar su autonomía. Al contrario, tiene bastante semejanza al comentario que el autor realiza para la fiscalización posterior.

De igual manera, sobre este respecto indica DANÓS que “[l]a posibilidad de declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo presunto de carácter favorable al particular obtenido como consecuencia del silencio administrativo positivo tiene por finalidad evitar que se utilice abusivamente dicha técnica para obtener beneficios indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, porque es evidente que no se puede adquirir por silencio administrativo positivo lo que no es posible otorgar legítimamente de modo expreso”. “Régimen (...)”, Ob. cit., p. 879. Esta explicación, al igual que la anteriormente citada no parece constituir una justificación de la autonomía de esta causal. Así, como se sabe, independientemente de su forma presunta, se tratan de verdaderos actos administrativos.

No obstante, como indican ABRUÑA Y BACA, “[l]a mención de este vicio en la LPAG encuentra indudablemente su origen en la legislación española, en donde existe una disposición similar, expresamente incluida para dar por resuelta una discusión que se había presentado como consecuencia de la legislación urbanística, pues se sostuvo que los actos presuntos por los que se hubieren adquirido derechos sin tener las condiciones podían ser desconocidos por la Administración sin necesidad de acudir al proceso de revisión de oficio. Por tanto, para evitar esta interpretación, se estableció expresamente la nulidad de pleno derecho de estos actos, lo que implicaba la necesidad de proceder a dicha revisión, aunque sin limitación temporal para ello, debido al Derecho vigente allí”. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, capítulo décimo primero: El elemento formal*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013, p. 8.

través de este. No obstante, en ambos casos, se evidencia la redundancia de esta causal. Si se refiere al acto en sí, esta disposición ya está contemplada en el inciso 1 del artículo 10 de la LPAG. Asimismo, si se trata de las facultades o derechos, se estaría haciendo mención del contenido del acto, cuya irregularidad invalidante se puede incluir en los incisos 1 y 2 del referido artículo 10.

El segundo vicio regulado en este inciso es el incumplimiento de los requisitos, documentación o tramites esenciales para la adquisición de las facultades o derechos a través del acto en cuestión. Definir la naturaleza de estos y su vinculación con el acto administrativo es importante para continuar con el análisis. Así, como se desarrollará *infra* en la fiscalización posterior, en los procedimientos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo o evaluación previa, la documentación que da lugar a un acto administrativo está vinculada al elemento causal de este. Por tanto, este aspecto parece no dotar de autonomía a la causal analizada. De igual forma ocurre con los requisitos, ya que cuando el artículo 3 de la LPAG los regula, en realidad se está refiriendo, en su mayoría, a los elementos de validez del acto administrativo, con excepción de la exigencia de un procedimiento regular. A esta noción se vincula la alusión a los “trámites esenciales”.

Para el análisis del requisito del procedimiento regular se parte por asumir la postura de CHANG CHUYES, quien sostiene que el procedimiento administrativo no forma parte de los elementos del acto administrativo. El autor manifiesta que el procedimiento administrativo es “[u]na institución propia del derecho procesal consistente en una relación jurídico pública compuesta por una serie de actos individuales propios de la potestad administrativa, ordenados a su ejercicio definitivo”²¹⁴. De esta forma, el incumplimiento del “procedimiento regular” sí es una causal autónoma de nulidad del inciso que se viene analizando. Esta se traduce en que el acto puede ser declarado nulo si no sigue su procedimiento regular. En línea con el artículo 14.2.3 de la LPAG, ello significa: la ausencia total de procedimiento o la inadecuación del proceso de formación a los principios procesales²¹⁵.

²¹⁴ CHANG CHUYES, G., Ob. cit., pp. 319-320. En este trabajo, el mencionado profesor sustenta que el procedimiento administrativo es una especificación del proceso como institución, compuesto por un conjunto de relaciones jurídicas. Asimismo, indica Beladiez que el procedimiento “[d]esempeña la importante función de asegurar la correcta formación de la voluntad administrativa, con el fin de garantizar la validez de su actuación, y el respeto de los derechos de los ciudadanos, para lograr de este modo la satisfacción del interés general, que es en definitiva la función propia de la Administración”. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 118.

Por su parte, Abruña y Baca sostienen que el procedimiento forma parte del elemento formal del acto administrativo. Vid., ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, capítulo décimo primero: (...)*. Ob. cit., pp. 35-37.

²¹⁵ Cfr. CHANG CHUYES, G., Ob. cit., pp. 338-339.

Es sustancial tener en cuenta, asimismo, que todo trámite ante la Administración Pública no implica, necesariamente, un procedimiento administrativo²¹⁶. Por ello, en lo que concierne al incumplimiento de los trámites esenciales, esta causal también requiere ser analizada con detalle, ya que estos pueden²¹⁷ o no formar parte de un procedimiento administrativo. En el primer caso, el supuesto de hecho que se puede subsumir en el artículo comprende el incumplimiento de un acto de trámite (esencial) en el procedimiento administrativo. Este vicio da lugar a las denominadas nulidades procesales, que serán estudiadas *infra*. Por otra parte, el segundo caso se refiere al incumplimiento de los trámites debidos para la emisión de actos que no son consecuencia de procedimientos administrativos. En este universo se encuentran los actos tácitos que son producto de aprobación automática o los presuntos que son consecuencia del silencio administrativo positivo, por los que se adquieren facultades o derechos. En tal virtud, ya que los trámites esenciales (sean o no parte del procedimiento) no forman parte de los elementos del acto administrativo, esta causal sí conserva alguna autonomía.

Por tanto, en línea con el argumento de CHANG CHUYES, el inciso 3 del artículo 10 de la LPAG contempla como causal autónoma de nulidad al incumplimiento de los trámites esenciales para la emisión del acto administrativo. Los otros supuestos se pueden incluir en los incisos 1 y 2 del mencionado artículo.

2.3.2.4 Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma. La configuración de esta causal de nulidad está vinculada a una actuación externa a la Administración: el proceso penal. El hecho de que un acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal o que se dicte como consecuencia de esta, puede implicar la existencia de un vicio en sus requisitos de validez. Ello depende de la evaluación que realice la Administración sobre el particular. Esta causal plantea analizar dos cuestiones principales: i) cuál es la oportunidad para declarar la invalidez

²¹⁶ *Íbid*, p. 320.

²¹⁷ La definición de procedimiento administrativo que contempla el artículo 29 de la LPAG no comprende la noción de trámite. No obstante, su inclusión en esta categoría se puede deducir a nivel legislativo, desde el desarrollo de los principios de simplicidad, uniformidad o predictibilidad previstos en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. Igual mención tiene lugar en los artículos 36, 40, 75, 84, 142, 148, 191, entre otros de la misma norma.

Aunque sin entrar a la cuestión de fondo que sustente la autonomía de la causal, indica MORÓN que este vicio se presenta cuando: i) un acto administrativo es emitido a través de un procedimiento distinto al legalmente establecido (aunque coincida parcialmente con este); ii) 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); y, iii) se dicte alguna resolución faltando totalmente al procedimiento del cual debiera derivarse. *Cfr.* Ob. Cit., Tomo I, p. 261.

y ii) si toda sentencia penal que esté vinculada a un acto administrativo supone la invalidez de este último.

La oportunidad para accionar el mecanismo de nulidad depende de la existencia de la sentencia penal firme. Así, como se sabe, “[es] necesario un previo pronunciamiento de la jurisdicción penal, porque hasta entonces ningún acto constituye una infracción penal”²¹⁸. El acto, hasta antes de la sentencia penal firme, sigue revestido de su presunción de validez. Por tanto, el plazo para iniciar el mecanismo de nulidad del acto se deberá contar a partir de la notificación de la sentencia penal condenatoria firme, según se indica en el artículo 202.3 de la LPAG.

En el caso de los recursos administrativos, la aplicación de esta causal dependerá del plazo máximo de impugnación de los actos administrativos prevista en la LPAG. Ello no hace posible su aplicación. Sin embargo, esto no es óbice para que los administrados puedan solicitar a la Administración la declaración de nulidad de un acto administrativo que incurra en esta causal y que viole, desconozca o lesione un derecho o interés legítimo. Naturalmente, en este caso también se requiere una sentencia penal firme.

La responsabilidad penal es distinta a las consecuencias del delito²¹⁹. De esta forma, la otra cuestión que plantea esta causal es si toda sentencia penal que esté vinculada a un acto administrativo supone la invalidez de este último. En este caso, la autoridad competente debe realizar una evaluación del caso concreto y determinar si es imposible conservar el acto administrativo en cuestión. La causal plantea dos casos para ser aplicable: i) que el acto administrativo en sí mismo constituya una infracción penal o ii) que el acto administrativo se dicte como consecuencia de este.

Por tanto, si se tiene que el delito es una conducta antijurídica, culpable y típica, en el caso i), el acto administrativo tendría una afectación al elemento causal. Este vicio le impediría cumplir con un fin amparado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, su conservación resulta inviable. Distinto es el caso ii), donde el acto administrativo no necesariamente puede verse afectado en algún requisito de validez. Así, en este segundo análisis se requiere valorar, al momento de analizar la configuración de la causal: el tipo de infracción sancionada penalmente, la vinculación del acto administrativo con la conducta penalmente relevante y el requisito de validez del acto administrativo que se haya incumplido, así como su gravedad.

²¹⁸ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: (...)*. Ob. cit., p. 8. (Cursiva corresponde al texto original).

²¹⁹ Alusión que emplea SANTAMARÍA para la pervivencia de la invalidez del acto administrativo frente a la extinción de la acción penal. *Cfr., La nulidad (...)*, Ob. cit., p. 350.

2.4 El control jurídico de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano

2.4.1 La autotutela administrativa y el control jurídico interno de los actos administrativos

La noción de invalidez que maneja la LPAG es bastante amplia. En razón de ello, esta figura sustantiva debe entenderse desde una noción finalista y, en particular, alineada con todo el ordenamiento jurídico; en este caso, con el principio de conservación. Sin embargo, la determinación de la validez o invalidez de un acto ocurre en el caso en concreto y a través de un proceso de nulidad. En el Derecho Civil, este proceso está a cargo de un tercero a las partes que intervienen en el negocio jurídico: el juez. Sin embargo, en el Derecho Administrativo esta evaluación ocurre de forma distinta, ya que no solo será el juez quien pueda controlar al acto administrativo, sino que también puede realizarlo la misma Administración que emite el acto, de manera previa al proceso judicial.

Con el profesor MARTÍNEZ ya se ha señalado que la Administración Pública es un “[c]entro de actividad institucionalizado como Poder público, personificado o integrado con autonomía en una persona jurídico-pública, subordinado a la Ley y de suyo sin potestad legislativa, sujeto a dirección política, sometido a control judicial y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha”²²⁰. En línea con estos caracteres de su definición, en el Perú, “[l]a Constitución encarga al Estado por medio de sus poderes hacer efectivo el Estado social y democrático de Derecho que configura nuestra Constitución. La Administración Pública específicamente es la encargada de «cumplir y hacer cumplir» la Constitución, leyes, sentencias, etc. y «ejercer las demás funciones de gobierno y administración» (artículo 118 CP)”²²¹. El funcionamiento adecuado de la Administración Pública es esencial para la comunidad.

Para cumplir con sus fines, esto es, proteger y promover de manera eficaz el interés público en ejercicio de sus potestades, el Derecho le otorga determinados privilegios a la Administración. Uno de estos es la autotutela²²². Así, a diferencia de los particulares, la

²²⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., p. 83. (La cursiva corresponde a la obra original).

²²¹ ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación (...)* Ob. cit., p. 132.

²²² Sobre los privilegios “en más” y “en menos” de la Administración, *Vid. Íbid.*, pp. 132-155. A decir de SANTAMARÍA, “[l]o que la Administración requiere para la protección eficaz del interés público no son más que dos reglas sencillas. Primero, la imperatividad de sus actos (o autotutela declarativa, no, por favor, presunción de validez); esto es, su eficacia unilateral para la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas. Y segundo, la ejecutoriedad (o autotutela ejecutiva); esto es, la posibilidad de llevar a efecto sus actos de forma coactiva sin la colaboración judicial”. “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, en *RAP N° 100-102*, INAP, Madrid, 1983, p. 1613. Con una idea similar, PAREJO señala que “(...) la autotutela se ofrece, pues, como un atributo no ya conveniente, sino prácticamente necesario

Administración no necesita acudir al Poder Judicial para hacer efectivos sus actos. En otros términos, “[e]stá exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a todos los demás sujetos del ordenamiento sin excepción”²²³. La autotutela tiene dos manifestaciones: declarativa y ejecutiva. Según la primera, “[l]a Administración Pública puede exigir de modo inmediato sus derechos y los efectos de sus actos sin necesidad de previa declaración y justificación (...)”²²⁴. Por su parte, la autotutela ejecutiva supone que la Administración pueda imponer sus decisiones a través de la coacción.

En el caso peruano, la autotutela no se encuentra consagrada expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, a decir del profesor ABRUÑA, de manera indirecta “[s]e desprende del artículo 118.1 CP, pero no sólo ni primordialmente, pues al ser manifestación del poder que la Constitución asigna al denominado Poder Ejecutivo se asienta en el núcleo de todo Estado de Derecho, que en nuestro caso se expresa en el artículo 43 CP”²²⁵. La LPAG no hace mención literal de la autotutela, aunque alguna doctrina²²⁶ lo identifique o aproxime su fundamento a la presunción de validez de los actos administrativos. Sin embargo, es

para que la AP (sic) pueda cumplir adecuadamente sus cometidos en el Estado constitucional”. Ob. cit., p. 258.

²²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica (...)”, Ob. cit., p. 62. En este trabajo el citado autor desarrolla el origen histórico del privilegio de autotutela administrativa, que hunde sus raíces en los modelos absolutistas europeos del Antiguo Régimen. Así, desde una perspectiva histórica, señala que el fundamento de la autotutela sería que “(...) Administración y Justicia son las dos meras emanaciones de un mismo sujeto, el Monarca; son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza. No tendría sentido por ello que la Administración regiera estuviere sometida a los Tribunales regios como cualquier sujeto particular”. (p. 64).

²²⁴ ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación (...)* Ob. cit., p. 132.

²²⁵ *Ibid.*, p. 133. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 44 y 45 de la sentencia recaída en el expediente N° 0015-2005-PI/TC, señala que “(...) la ejecutividad del acto administrativo está referida al atributo de eficacia, obligatoriedad, exigibilidad, así como al deber de cumplimiento que todo acto regularmente emitido conlleva a partir de su notificación; está vinculada a la validez del acto administrativo. La ejecutoriedad del acto administrativo, en cambio, es una facultad inherente al ejercicio de la función de la Administración Pública y tiene relación directa con la eficacia de dicho acto; en tal sentido, habilita a la Administración a hacer cumplir por sí misma un acto administrativo dictado por ella, sin la intervención del órgano judicial, respetando los límites impuestos por mandato legal, así como a utilizar medios de coerción para hacer cumplir un acto administrativo y a contar con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus actos cuando el administrado no cumpla con su obligación y oponga resistencia de hecho. La ejecutoriedad es, pues, una consecuencia del acto administrativo y su sustento constitucional tiene origen en el numeral 1 del artículo 118° de nuestra Carta Magna, que ordena al Presidente de la República –y, por ende, al Poder Ejecutivo y a toda la Administración Pública– a «cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales»”.

²²⁶ En el Derecho peruano, MORÓN señala que la presunción de validez “sustenta la obligación de acatarlo (al acto administrativo) por parte del administrado y de la Administración y le da sustento a la ejecutoriedad administrativa”. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 14ª Ed., Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 257. Paréntesis añadido. Asimismo, en el Derecho español, PAREJO manifiesta que la autotutela declarativa “(...) consiste en la facultad unilateral de la AP de producir actos que gozan de una presunción legal de validez (es decir, de haberse dictado conforme a Derecho; presunción que es *iuris tantum* y sólo es destruida por la efectiva anulación administrativa o judicial del acto) y son, por ello, inmediatamente eficaces, obligan a su cumplimiento voluntario y son susceptibles de ejecución forzosa (ejecutivos o ejecutorios)”. Ob. cit., p. 259.

importante indicar que ambas figuras tienen distinta naturaleza, aunque ello no las hace excluyentes.

La autotutela consiste en aquella atribución en favor de la Administración según la cual puede modificar de manera unilateralmente las situaciones o relaciones jurídicas en las que actúa o participa. Por su parte, la presunción de validez es una regla jurídica aplicable a los actos jurídicos en general y que impone el deber de actuar como si fuesen válidos, esto es, de cumplir lo que en ellos se establece, mientras que no se declare su nulidad y, en consecuencia, se ordene su ineficacia²²⁷. Si bien esta regla coadyuva a la eficacia de los actos jurídicos, se asemeja más a la sustantivación conceptual de la necesidad de declarar la invalidez del acto para detener su eficacia²²⁸. Naturalmente, en el caso de los actos administrativos, la llamada presunción de validez se ve reforzada por el privilegio de autotutela que goza la Administración Pública. Como se aprecia, la presunción de validez no origina a la autotutela o viceversa. Se trata de figuras distintas y que, por tanto, no se pueden igualar normativamente.

La autotutela administrativa tiene diversas manifestaciones. Una de ellas, aunque no muy conocida como tal, es la capacidad de controlar su propia actuación. Al respecto, señala BENVENUTTI que la autotutela es “[a]quella parte de la actividad administrativa con la cual la misma Administración pública provee a resolver los conflictos potenciales o actuales que surgen con los otros sujetos en relación a sus actos o pretensiones, esto es, en definitiva, la capacidad de hacerse justicia por sí misma. Esta tutela no es, por otra parte, la tutela jurisdiccional porque mientras la tutela Jurisdiccional es siempre, por definición, imparcial o neutra, la autotutela es siempre parcial y, por tanto, mientras la primera no modifica la posición jurídica del autor de los actos, la segunda obtiene propiamente este resultado”²²⁹.

En este sentido, el artículo 9 de la LPAG establece que los actos administrativos se presumen válidos en tanto que su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda. Es decir, la declaración de nulidad de un acto administrativo es el resultado del control jurídico que se realice sobre el mismo, en ejercicio de una potestad administrativa o una potestad jurisdiccional. El análisis por desarrollar se ubica en el ejercicio de la primera de estas potestades. Así, conforme señala

²²⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La presunción (...)”, Ob. cit., pp. 591-592.

²²⁸ Según SANTAMARÍA, esta regla es “(...) la sustantivación conceptual del carácter revisor o impugnatorio del contencioso administrativo”. “Tutela judicial (...)”, Ob. cit., p. 1612

²²⁹ BENVENUTTI, F., *Autotutela*, Enciclopedia del Diritto, IV, Milano, 1959, p. 539, citado por BOCANEGRA SILVA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pp. 218-219. Con base en esto, se puede afirmar que, en realidad, el control propio (porque, por definición, es imparcial) de la legalidad de los actos administrativos lo realiza el Poder Judicial.

BELADIEZ, “[l]a función de la administración activa no termina con la resolución, sino que esta función se va a poder ejercer mientras la Administración tenga la posibilidad de revisar la decisión”²³⁰.

El título III de la LPAG regula la revisión de los actos en vía administrativa y, en sus respectivos capítulos, se desarrolla el régimen normativo de la revisión de oficio (capítulo I) y los recursos administrativos (capítulo II). Asimismo, el artículo 11 de esta norma desarrolla los mecanismos para que la Administración declare la nulidad de los actos administrativos. Estos son: los recursos administrativos y la nulidad de oficio. Al respecto, el artículo 11.1 de la LPAG señala que los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos correspondientes. De igual forma, el artículo 11.2 indica que la nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. En los siguientes apartados se realizará un breve y general repaso de la normativa que corresponde a estas figuras.

2.4.2 Mecanismos de control jurídico interno de los actos administrativos en la LPAG

El artículo 10 de la LPAG establece las causales generales para llevar a cabo el control jurídico de la validez de los actos administrativos. No obstante, esta regulación es amplia y poco precisa. Empero, ello no ha sido óbice para que la LPAG disponga supuestos expresos de nulidad en diversos artículos²³¹. No obstante, la LPAG no hace distinción respecto de la gravedad de estos vicios, a diferencia del Código Civil, donde establece regímenes procesales distintos según se trate de vicios de nulidad o anulabilidad. En este sentido, lo que existe en la LPAG son distintas vías procedimentales para declarar la nulidad de los actos administrativos en virtud de los vicios que se prediquen de sus elementos o de su procedimiento de emisión. A través de estas, se hacen efectivas todas las causales previstas en la LPAG.

2.4.2.1 La nulidad de oficio. El artículo 202.1 de la LPAG indica que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 (que regula las causales de nulidad del acto administrativo), 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. A través de esta normativa se regula el procedimiento administrativo mediante

²³⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 251.

²³¹ En el caso del incumplimiento del orden de prelación de notificación, inciso 20.2 del artículo 20 de la LPAG. Asimismo, en el numeral 63.1 del artículo 63 de la misma norma se indica que es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple una renuncia a la titularidad o la abstención del ejercicio de las funciones conferidas a un órgano administrativo. Con igual tenor, el numeral 63.4 del citado artículo establece la misma consecuencia. Por otra parte, frente a la omisión de la audiencia pública correspondiente, el numeral 182.3 del artículo 182 de la LPAG sanciona con nulidad del acto administrativo final susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas.

el cual la Administración evalúa la validez de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes. En este caso, si corresponde la declaración de nulidad del acto, la autoridad competente puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello²³². Si no es posible, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

Previo a un análisis más detallado de la nulidad de oficio, se necesita precisar los alcances del tipo de acto administrativo que puede ser objeto de este procedimiento. Así, en tanto manifestación de la autotutela, la nulidad de oficio solamente se puede ejercer si la vía administrativa no se ha agotado²³³. De esta forma, el procedimiento de nulidad de oficio se puede iniciar respecto de aquellos actos administrativos emitidos, aun cuando hayan quedado firmes o consentidos²³⁴. En este sentido, por ejemplo, no se podría tramitar la nulidad de oficio respecto de un acto con recurso de apelación resuelto²³⁵.

Por otra parte, el artículo también indica que, para iniciar el procedimiento de nulidad de oficio, el acto examinado debe haber incurrido en algunas de las causales contempladas en el artículo 10 de la LPAG. Es decir, no cabría tramitar la nulidad de oficio de un acto que ostenta vicios no trascendentes, de acuerdo con el artículo 14 de la LPAG. Sin embargo, la norma no se queda ahí y exige, también, que los referidos actos agravien el interés público o

²³² En este caso, como indica la LPAG sobre este extremo se podrá interponer un recurso de reconsideración. Sin embargo, conforme lo indica el literal d) del inciso 218.2 del artículo 218 de la LPAG, el acto que declara de oficio la nulidad (en los términos del artículo 202) agota la vía administrativa.

²³³ De acuerdo con el numeral 218.1 del artículo 218 de la LPAG, los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo. En tal virtud, en el numeral 218.2 se indica que son actos que agotan la vía administrativa: a) el acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; b) el acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; c) el acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 207 de la LPAG; d) el acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de esta ley; o, e) los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

²³⁴ Por otra parte, toda vez que se trata también de actos administrativos y la norma no los excluye, podrían revisarse de oficio los actos de trámite, en tanto incurran en un vicio invalidante.

²³⁵ Ello no ocurre frente a la resolución de recurso de reconsideración, en tanto es opcional. No obstante, si la instancia resolutoria es única, la resolución del recurso de reconsideración sí cumpliría con agotar la vía administrativa. Sin embargo, como refiere DANÓS, ello “[n]o impide que los particulares puedan acudir ante la Administración utilizando su facultad de iniciativa para pedirle o recomendarle utilizar la referida potestad, pero dicha iniciativa no tiene el mismo tratamiento de un recurso administrativo por cuanto no participa de ese carácter y por tanto no esta (sic) sujeto a los requisitos y reglas de plazo y trámite de recursos. Corresponderá a la entidad pública que conoce de la comunicación evaluar si se cumplen los requisitos establecidos en la LPAG para decidir la utilización o no de la potestad de declarar la nulidad de oficio la nulidad de un acto administrativo”. Ob. cit., p. 881.

lesionen los derechos fundamentales. En apariencia, estas últimas condiciones supondrían requisitos adicionales a evaluar al momento de tramitar la nulidad de oficio. No obstante, ello no es exacto.

Al respecto, señala MORÓN que esta regulación es “[l]a exigencia de motivación del acto anulatorio, que tiende a evitar que esta medida se torne indebidamente contra los derechos e intereses de los administrados. No se trata solamente de que el acto sea ilegal, sino que en el caso concreto debe tener un plus, esto es, que su vigencia conlleve por sus efectos agravio al interés público. Por ejemplo, afectar al erario estatal, al patrimonio público, al medio ambiente, etc. En caso existir un acto administrativo ilegal, pero que no conlleve agravio al interés público, no podrá ser objeto de nulidad de oficio”²³⁶. Sin embargo, la postura del autor merece algunas observaciones.

En primer lugar, cabe reiterar que ilegalidad no es sinónimo de invalidez. De esta forma, si bien la nulidad requiere una declaración expresa, “[l]o que determina la invalidez de ese acto no es que una autoridad formalmente así lo declare, sino el hecho de haber incurrido en una ilegalidad lo suficientemente grave para que el ordenamiento le prive de protección”²³⁷. La invalidez presupone una grave afectación al interés público. Las causales reguladas en el artículo 10 de la LPAG no son meros incumplimientos de requisitos. Se trata de supuestos graves de afectación del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la disposición del artículo 202.1 que se está analizando tampoco se puede entender como una exigencia de motivación del acto anulatorio. Los actos administrativos en general, incluidos aquellos que declaran una nulidad (por recurso o nulidad de oficio), deben contar con causa válida. La causa es un elemento esencial de todo acto administrativo y la motivación es su expresión formal.

La nulidad es un mecanismo procesal de tutela del orden público y del interés general. Para su aplicación, el acto en cuestión debe incurrir en algunas de las causales previstas por el legislador, las cuales, a decir de BELADIEZ, “[n]o tiende[n] a proteger a las partes, sino a regular el núcleo esencial de las instituciones; en definitiva, el orden público”²³⁸. De esta forma, cuando la norma bajo análisis hace mención del interés público o general, se refiere - de forma condensada- al “[f]in institucional mismo de la Administración Pública en cuanto

²³⁶ MORÓN URBINA, J.C., Ob. Cit., Tomo II, p. 158. De igual manera, para DANÓS, conforme al artículo 202.1 de la LPAG, “[n]o basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que además deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar”. “¿Constituye (...)”, Ob. cit., p. 30.

²³⁷ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 63.

²³⁸ BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad (...)”, Ob. cit., pp.158-159.

poder público, operando simultáneamente como justificación y límite de la actuación administrativa”²³⁹. Por tanto, cualquier declaración de nulidad con base en las causales generales de nulidad establecidas en el artículo 10 de la LPAG ya deben suponer una vulneración al interés general. Inclusive, si se trata de una declaración de nulidad vía recurso²⁴⁰. En tal medida, esta primera exigencia señalada en el artículo 202.1 de la LPAG no implica un requisito adicional a los previstos en su artículo 10. No se trata de una exigencia de “doble lesión”²⁴¹.

Por otra parte, el citado artículo 202.1 exige (como ‘requisito’ alternativo) que el acto administrativo respecto del cual se inicia el procedimiento de nulidad de oficio debe haber vulnerado los derechos fundamentales. Esto no estaba previsto en la redacción original del artículo, sino que lo incorporó el Decreto Legislativo N° 1272. Al respecto, para justificar esta modificación, la exposición de motivos de esta norma señala que “[s]i el fin último de todo Estado Constitucional es el del reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, entonces la vulneración de estos derechos no puede quedar indemne y, por ende, debe ser revertida incluso de oficio por la misma Administración Pública”²⁴². En virtud del texto citado, parece que esta incorporación habría convertido a la nulidad de oficio en una vía de control de afectación de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta atribución excede las competencias de la Administración Pública.

²³⁹ PAREJO ALFONSO, L., Ob. cit., p. 257. Asimismo, en el mismo texto indica el citado autor que “[e]l interés general es, por ello, una cláusula general o un concepto abstracto y formal. Ambas notas le son consustanciales, pues su función consiste en: i) representar —en una fórmula sintética— cualquier objetivo, fin, valor y, por tanto, bien jurídico protegido por la comunidad constituida; y ii) expresar cualquiera de los resultados posibles del proceso de identificación, determinación y declaración por el poder público competente —en el contexto de las circunstancias de cada supuesto, materia y momento— de la relación de concurrencia de la referida comunidad con el objeto de que se trate en el curso continuado y permanente de integración del ordenamiento jurídico para la satisfacción de las necesidades colectivas”.

²⁴⁰ Pues se debe tener en cuenta que la afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo del solicitante constituyen requisitos de procedencia del recurso.

²⁴¹ Esta noción es empleada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ cuando abordan la revocación de los actos administrativos por motivos de legalidad, pero a través de un proceso judicial por lesividad en la derogada “Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa” (España), de 27 de diciembre de 1956. Al respecto, indicaban que, toda vez que la Administración no podía apartarse de sus actos declarativos de derechos, era necesario que “[a]cudiera como demandante ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la retirada de sus propios actos, para lo cual se entendía necesario el requisito llamado de la doble lesión, es decir, que el acto cuya revocación se postulaba infringiera el ordenamiento positivo (lesión jurídica) y, además, fuera económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica) (...) [Esto significaba] una barrera prácticamente insalvable que defendía enérgicamente los derechos adquiridos por el simple hecho de ser tales, abstracción hecha de la forma, buena o mala, en que lo hubieran sido, y dejaba inerte, en muchos casos, el interés público”. Ob. cit., p. 702.

En el sistema jurídico peruano, esta vía se asimila a la nulidad de actos administrativos vía acción contenciosa administrativa.

²⁴² Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272, p. 43. (Consultado en: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposición_de_motivos_dl_1272.pdf)

Sobre este mismo aspecto, en la doctrina nacional, señala MORÓN que la incorporación de este ‘requisito alternativo’ produce una variación en la naturaleza de la nulidad de oficio. En esta línea, indica que “[a]ntes de la reforma la nulidad administrativa de oficio solo protegía el interés público, mientras que el recurso administrativo protegía el interés privado. Con esta reforma, el interés privado, en el grado de lesión a derechos fundamentales del administrado, también conduce al ejercicio de la potestad anulatoria. Esta reforma abre múltiples posibilidades para que ahora la nulidad de oficio pueda ser empleada en favor del administrado, aun cuando no haya hecho uso de los recursos de manera oportuna, a sola condición que la subsistencia del acto afecte efectiva y realmente algún derecho constitucional del administrado concernido”²⁴³.

En acápites anteriores se desarrollaron diversos argumentos para desestimar la justificación plasmada por MORÓN. Así, es sustancial recordar que la nulidad administrativa es (y siempre lo ha sido) un mecanismo procesal de tutela del interés general. El ejercicio de la autotutela administrativa para anular un acto no se sustenta en el interés privado, sea a través de los recursos administrativos o la nulidad de oficio. Empero, ello no implica que, en efecto, los administrados puedan verse beneficiados por la declaración de nulidad de un acto administrativo. Ello no es contradictorio, pues, el interés general (o público) y el interés privado no son realidades incompatibles. De igual manera, también queda claro que, aun cuando el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos o haya consentido el acto administrativo, tiene la posibilidad de solicitar a la Administración Pública el inicio del procedimiento de nulidad de oficio²⁴⁴, aunque ello no represente el ejercicio del derecho de contracción.

Las razones analizadas no constituyen un sustento suficiente para el nuevo requisito incorporado por el Decreto Legislativo N° 1272. Al contrario, la situación plantea muchos puntos por aclarar. Por un lado, sería conveniente definir cuál es la función de la nulidad de

²⁴³ MORÓN URBINA, J.C., Ob. Cit., Tomo II, p. 158. Así también puede citarse lo manifestado por MERINO, quien indica, de manera muy superficial, que “(...) este agregado no es más que el reconocimiento de que todo acto administrativo debe emitirse cumpliendo con el ordenamiento jurídico, es decir, debe sujetarse al principio de legalidad”. “Principales modificaciones a la nulidad de oficio y la revocación, un análisis sobre el tratamiento de la nulidad de oficio y la revocación luego de modificación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *Prometheo*, CDA, PUCP, Lima, 2018. Recurso electrónico obtenido de: <http://prometheo.pe/principales-modificaciones-a-la-nulidad-de-oficio-y-la-revocacion/> (Consultado el 12.08.2020). Esta última postura, en realidad, conllevaría asimilar este requisito con la causal establecida en el inciso 1 del artículo 10 de la LPAG.

²⁴⁴ No obstante, esta afirmación también merece algunas precisiones. En primer lugar, esta solicitud no implica el inicio del procedimiento recursivo, su tratamiento encajaría más en una petición de gracia. Asimismo, es pertinente advertir que la única forma en que, habiéndose interpuesto un recurso, se pueda tramitar la nulidad de oficio es si este (el recurso) hubiera sido declarado inadmisibles o improcedente. La resolución de fondo del recurso agota la vía administrativa.

oficio respecto del control a la afectación de los derechos fundamentales que realizan los mecanismos procesales constitucionales como, por ejemplo, el hábeas corpus, el hábeas data o la acción de amparo²⁴⁵. En adición a ello, la aplicación de este requisito es complicado si se tiene en cuenta la cláusula establecida en el artículo 3 de la Constitución peruana, según la cual, la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I de esta norma, no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En esta línea, como indica REBOLLO, “[c]on sólo pensar en los difusos límites de muchos derechos fundamentales o en el profuso juego del principio de proporcionalidad para decidir si se han vulnerado o si se han limitado lícitamente, se cae en la cuenta de que se está lejos de vicios evidentes. Además, pese a que todos los derechos fundamentales están situados en la cúspide del ordenamiento y aunque se los considere a todos ellos los valores máximos del orden político y jurídico, no todas las lesiones pueden considerarse de igual gravedad”²⁴⁶. La amplitud de esta causal, además de desvirtuar la nulidad, no es adecuada para la protección de los derechos fundamentales y perjudica la seguridad jurídica²⁴⁷. Por tanto, quizá sea conveniente plantearse la posibilidad de que no exista mayor justificación para la incorporación de este nuevo requisito.

En suma, la revisión de oficio y posterior declaración de nulidad son el resultado del ejercicio de una potestad administrativa. Se trata de un mecanismo que facilita a la Administración la revisión de sus actos. En el caso de los recursos administrativos, la lógica debería ser la misma. Sin embargo, esta conclusión parece no ser tan clara y se considera que mediante los recursos administrativos se busca resolver un eventual conflicto entre el administrado y la Administración. De esta forma, la declaración nulidad que resulta de la interposición de un recurso administrativo tendría fundamento en el interés o derecho del administrado. Esta afirmación no es exacta conforme se desarrollará en el apartado siguiente.

2.4.2.2 Los recursos administrativos. Es conocido que toda potestad administrativa, por su carácter fiduciario, solo se ejerce de manera válida cuando tiene un propósito de interés general. Bajo esta lógica, carece de sentido afirmar que la potestad de anular un acto administrativo -cuando se resuelve un recurso- se sustente en el interés particular del

²⁴⁵ De conformidad con el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, estas garantías constitucionales proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

²⁴⁶ REBOLLO PUIG, M., “La nulidad (...)”, Ob. cit., p. 16.

²⁴⁷ Cfr. *Íbid.*, pp. 16-17.

administrado²⁴⁸. Esto no significa que ambos intereses sean contrapuestos, sino que el interés del privado no es la causa del ejercicio de la potestad para anular. Según ya se ha manifestado, la causa de todo acto administrativo, que incluye a aquellos actos mediante los cuales se declara la nulidad de otro acto, consiste en la adecuación de su contenido al fin previsto en la ley. En realidad, el interés particular del administrado tiene otra función.

El recurso administrativo es un mecanismo procesal a través del cual el administrado, en ejercicio de su derecho de petición y su facultad de contradicción²⁴⁹, solicita a la autoridad administrativa la nulidad de un acto administrativo²⁵⁰, en virtud de unas causales previamente establecidas en ley. A decir de los artículos 109 y 205 de la LPAG, la interposición del recurso procede frente a aquellos actos que, suponen, violan, desconocen o lesionan un derecho o un interés legítimo. El texto de la norma delimita la función del derecho o interés legítimo del particular²⁵¹ en esta materia: es un requisito de procedencia del recurso.

Por tanto, es impropio señalar que el recurso administrativo protege el interés privado²⁵². En realidad, se trata de una “[m]anifestación de voluntad unilateral y recepticia, emanada de un sujeto debidamente legitimado que se considera lesionado por un acto administrativo cuyo contenido consiste en la petición, dirigida a la administración en tiempo oportuno, de que se dicte un nuevo acto administrativo revocatorio, anulatorio, modificatorio o sustitutivo, y en el Derecho peruano también suspensivo de los efectos, de aquel anterior que se entiende lesivo”²⁵³. No obstante, la decisión de anular o no determinado acto administrativo corresponde, exclusivamente, a la Administración Pública. Este rasgo es esencial a toda potestad administrativa.

El control jurídico interno de los actos administrativos por interposición de los recursos es manifestación del privilegio de autotutela y también, según alguna doctrina, un

²⁴⁸ Bajo esta lógica, indica BELADIEZ que “(...) no se puede hablar de un derecho a la anulación, sino de un derecho al proceso, o un derecho a obtener una resolución de fondo sobre las cuestiones planteadas; pero nunca de un derecho a obtener una sentencia acorde con las pretensiones del recurrente”. *Validez (...)*, Ob. cit., p. 227.

²⁴⁹ De acuerdo con lo estipulado por el artículo 206 de la LPAG.

²⁵⁰ Al respecto, señala GARCÍA-TREVIJANO, que el ejercicio del derecho de petición constituye una forma usual de provocar los actos administrativos. *Cfr.* “Recursos contra denegatorias presuntas por silencio administrativo, en *RAP N° 110*, INAP, Madrid, 1986, p. 33.

²⁵¹ Un estudio importante sobre la naturaleza del derecho subjetivo o interés legítimo puede encontrarse en SENDÍN GARCÍA, M.A., “Los interesados en el procedimiento administrativo español”, en *Derecho administrativo iberoamericano, iv Congreso Internacional de Derecho administrativo de Mendoza*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

²⁵² Como se afirma en MORÓN URBINA, J.C., Ob. Cit., Tomo II, pp. 158. No obstante, el referido autor tiene una posición distinta en su mismo trabajo (pp. 191-196.).

²⁵³ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo”, en *Revista de Derecho N° 67*, PUCP, Lima, 2011, p. 67.

deber²⁵⁴. Los recursos no buscan resolver un conflicto entre la Administración y el administrado²⁵⁵. Estos representan una ventaja para la Administración Pública, puesto que le brindan “una oportunidad, de lo más interesante, para reconsiderar la decisión inicial adoptada y para enmendar posibles errores o vicios antes de someterse a la maza judicial —*melius est prevenire quam reprimere*, por expresarlo al derecho—”²⁵⁶. El agotamiento de la vía administrativa es una carga para el administrado, ya que constituye un requisito obligatorio

²⁵⁴ Así, PALMA DEL TESO indica que, “[l]o que inicialmente se concebía tan sólo como un privilegio de la Administración constituye, en realidad, un instrumento arbitrado en garantía de la legalidad y el interés público y en garantía de los propios interesados. La retirada por la propia Administración de los actos viciados de nulidad radical no constituye ningún privilegio, sino un deber. En la medida que se trata de vicios de «orden público», la Administración necesariamente debe actuar la potestad revisora y proceder a declarar la invalidez y consiguiente ineficacia de los actos nulos de pleno derecho”. “La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen”, en *RAP N° 159*, INAP, Madrid, 2002, p. 402.

²⁵⁵ Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que los recursos administrativos representan una garantía en favor del administrado, pero con alcance limitado. Así, refieren que “[e]n cuanto medios de impugnación de resoluciones definitivas de la Administración, los recursos administrativos constituyen una garantía para los afectados por aquéllas en la medida en que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan. Es más, se trata –es preciso afirmarlo con énfasis– de una garantía universal que alcanza sin excepción a todo tipo de resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa (art. 114 LPAC), pero ello no autoriza a olvidar que, dada su estructura y configuración técnicas, esa garantía tiene un alcance limitado.

En efecto, los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condición de juez y de parte. Este dato, en su elementalidad, es verdaderamente capital, como bien se comprende, a la hora de valorar la significación propia de la vía administrativa y es preciso tenerlo siempre muy presente para evitar los equívocos a que pueden dar lugar las ambiguas afirmaciones que con alguna frecuencia aparecen en algún sector de la doctrina, que, con la mejor voluntad, pero con evidente incorrección técnica, califica de jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales los poderes que la Administración pone en juego al resolver los recursos que se interponen ante ella y la actividad procedimental a que da lugar su interposición”. Ob. cit., Tomo II, pp. 548-549.

²⁵⁶ CIERCO SEIRA, C., “Los recursos administrativos en España”, en *Las vías administrativas a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA*, AEPDA, Zaragoza, 2016, p. 679. No obstante, si bien la característica citada es cierta, es importante señalar, que el autor enfoca la naturaleza de los recursos a partir de un beneficio que corresponde a los administrados. Al respecto, refiere BAÑO que “[h]istóricamente, el recurso administrativo aparece como manifestación del autocontrol de la Administración. El ministro quiere tener un control sobre las decisiones de los órganos interiores y evitar que lleguen a la jurisdicción actos que no hubieran agotado la vía administrativa (...)”. “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en *Las vías administrativas a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA*, AEPDA, Zaragoza, 2016, p. 668.

Como consecuencia de ello, el principio de pluralidad de instancias o el derecho a la doble instancia no rige en materia de recursos. Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional en las sentencia recaída en el expediente N° 010-2001-AI/TC que “(...) el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al ‘debido proceso administrativo’ —pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede—; pero sí lo es del derecho al debido proceso ‘judicial’, pues la garantía que ofrece el Estado Constitucional de Derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede está en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior. juicio del tribunal, tras la conceptualización del derecho al debido procedimiento administrativo expresada por la demandada, subyace una idea errada de la configuración y justificación de la vía administrativa. En efecto, llevado al absurdo, con ella implícitamente se termina afirmando que las reclamaciones del administrado contra el Estado tienen su ámbito primario y natural de solución en el procedimiento administrativo y, solo subsidiariamente, en el ámbito del proceso judicial, cuando, en principio, toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional”.

para acceder al control judicial de los actos administrativos, tal y como lo indica el artículo 18 de la Ley N° 27584, Ley del proceso contencioso administrativo.

La violación o desconocimiento del derecho subjetivo o interés legítimo del administrado a la que hace referencia el artículo 206.1 de la LPAG representa solo requisito de procedencia del recurso²⁵⁷. No es una causal de nulidad. Por ello, si se declarase improcedente un recurso porque el recurrente no acreditó la afectación a su interés, ello no excluye la posibilidad de que la autoridad administrativa evalúe la existencia de algún supuesto de nulidad y, de considerarlo procedente, emplee el mecanismo de nulidad de oficio que la LPAG prevé. Por ello, aunque la ley no haga un pronunciamiento expreso, la improcedencia del recurso no supondría el agotamiento de la vía administrativa. Solo un pronunciamiento de fondo sobre el recurso (declarándolo fundado o infundado) tendría este efecto.

Asimismo, la evaluación de los vicios de nulidad en los que habría incurrido el acto administrativo impugnado se realiza desde la vulneración en la que habría incurrido el acto a lo estipulado en el artículo 10 de la LPAG. El vicio debe afectar de tal manera el interés general, que no sea posible conservar el acto administrativo en cuestión puesto que no es capaz de cumplir con su finalidad. La valoración de la invalidez del acto no se realiza desde una perspectiva relativa al administrado, como ocurre, por ejemplo, en la anulabilidad prevista en el Código Civil²⁵⁸. En el caso de la invalidez administrativa, sus causales suponen una vulneración insalvable al interés general.

Finalmente, la naturaleza de los recursos administrativos no coloca al administrado en una situación de indefensión frente al actuar de la Administración. El Poder Judicial controla los actos de la Administración. En el ordenamiento peruano, el artículo 148 de la Constitución Política establece que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa. Este control se funda en la separación de poderes y representan una auténtica garantía para los administrados para solicitar que un tercero imparcial controle los actos (y actuaciones) de la Administración que le puedan afectar²⁵⁹.

²⁵⁷ Sin embargo, ello no dignifica que en su tramitación se respeten las garantías del administrado. Así, en deben observarse los principios del debido proceso que resulten aplicables a su naturaleza, tales como, la prohibición de *reformatio in peius* (materialización del principio de congruencia procesal), la prohibición *solve et repete*, entre otros. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el particular en las sentencias recaídas en los expedientes N° 3741-2004-AA/TC, N° 3548- 2003-AA/TC, N° 1803-2004-AA

²⁵⁸ En este caso, las causales se tipifican, inclusive, desde su incidencia en el elemento subjetivo del negocio jurídico.

²⁵⁹ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., *Introducción (...)*, Ob. cit., pp. 97-102. A decir del autor, este control se distingue del control administrativo en que, “lo específico de la potestad jurisdiccional es, pues, desde

2.4.2.3 El caso especial de la fiscalización posterior. Junto a la nulidad de oficio y los recursos administrativos, la LPAG contempla a la fiscalización posterior como un mecanismo que permite ‘revisar’ actos administrativos. Esta herramienta, además de ser manifestación de la autotutela, es consecuencia del principio de privilegio de controles posteriores²⁶⁰, que recoge el inciso 1.16 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. En virtud de este principio, la autoridad administrativa se reserva la potestad para comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz. Esto es consecuencia de la naturaleza misma del control jurídico de los actos administrativos, ya que toma lugar de manera posterior a su emisión y no previamente. La fiscalización posterior se realiza sobre los actos que son consecuencia de un procedimiento de evaluación previa, aprobación automática o aquellos que son resultado del silencio administrativo positivo.

De acuerdo con el artículo 32.1 de la LPAG, a través la fiscalización posterior, la Administración Pública ante la que se realiza un procedimiento de aprobación automática, evaluación previa o haya recibido la documentación a que se refiere el artículo 41 (documentos sucedáneos de los originales), queda obligada a verificar de oficio, mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado. En caso de actos que son resultado de procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa en los que ha operado el silencio administrativo positivo, la fiscalización posterior debe comprender, obligatoriamente, no menos del diez por ciento (10%) de todos los expedientes, con un máximo de ciento cincuenta (150) por semestre. Sin embargo, como señala el artículo 32.2,

una posición de imparcialidad, dictar actos que resuelven litigios, declarando y protegiendo derechos, venciendo las resistencias a la aplicación de la ley e imponiendo los castigos previstos en ésta a sus infractores, tras un proceso contradictorio y con un efecto definitivo que se dice beneficiado por una presunción de veracidad y de legalidad *iuris et de iure*, al menos una vez agotadas las instancias y posibilidades impugnatorias que prevea el ordenamiento de dicha potestad. El efecto de *cosa juzgada*, bien distinto de la *firmeza* de los actos administrativos o de su absoluta inimpugnabilidad -si es que existe como tal a partir de algún momento en todos los casos- se convierte en elemento específico de la Justicia”. En el caso peruano, sobre el control judicial de los actos administrativos Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación (...)*, Ob. cit., 128-131.

²⁶⁰ Aunque alguna doctrina nacional en realidad concibe a la fiscalización posterior con una función distinta y la equipara a ser una materialización de la simplificación administrativa. Así, señala GUZMÁN que, por ejemplo, el principio de privilegio de controles posteriores “[e]s el resultado directo de la aplicación del principio de presunción de veracidad, dado que el control se aplicará en forma posterior a la realización del procedimiento. Ello implica además una reducción plausible de los procedimientos administrativos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo negativo a favor de aquellos sujetos a silencio administrativo positivo e incluso respecto a aquellos sujetos a aprobación automática”. *Manual del procedimiento administrativo general*, Pacífico, Lima, 2013, p. 61. Esta postura segunda lo desarrollado en MORÓN URBINA, J.C., Ob. Cit., Tomo I, pp. 373-377

esta cantidad puede incrementarse teniendo en cuenta el impacto que, en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas.

A su vez, el artículo 32.2 de la LPAG indica que, en caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo. La LPAG no desarrolla de manera suficiente esta disposición. Así, no queda claro si la declaración de nulidad que se produciría es el acto final de un supuesto procedimiento administrativo de fiscalización posterior o si, en realidad, la disposición habilita a la Administración a iniciar el procedimiento de nulidad de oficio²⁶¹. De ello dependerá el entender que la fiscalización es un procedimiento de declaración de nulidad o no. Esta cuestión se dilucidará a continuación.

De esta forma, la fiscalización posterior se realiza respecto de actos administrativos producto de procedimientos de evaluación previa, aprobación automática o los que resulten del silencio administrativo positivo. De acuerdo con el artículo 30 de la LPAG, estos son los procedimientos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos. Para iniciarlos, los administrados deben cumplir con presentar los requisitos establecidos, a través de la documentación o información respectiva, que sirven para sustentar el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los intereses o derechos previstos normativamente. Esta actividad probatoria a cargo del administrado “[b]usca demostrar la existencia del supuesto de hecho que servirá para la emisión del acto definitivo”²⁶².

Al respecto, la falsedad o el fraude en las declaraciones, información o documentación presentadas por el administrado representan un incumplimiento de la actividad probatoria a su cargo y, por tanto, constituyen un vicio en el elemento causal del acto administrativo. Así, la causa consiste en “[l]a adecuación del contenido de la actuación de que se trate al fin público específico para el que esté jurídicamente prevista, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas en que se produzca o haya de producirse, a la vista, pues, de la concurrencia de los

²⁶¹ Sobre el particular, aunque ello no esté previsto expresamente en la LPAG, indica MORÓN que “si como resultado de la fiscalización posterior se confirma que el documento presentado no es auténtico (por ejemplo, si no ha sido emitido por quien aparece como su emisor o si, habiéndolo sido, fue adulterado en su contenido) o si la información reportada en la declaración o traducción no es veraz, la autoridad deberá seguir el procedimiento interno para proponer la declaración de nulidad del acto expreso o presunto que se hubiese obtenido con su mérito, previo descargo del particular beneficiado (...)”. Ob. Cit., Tomo I, pp. 374.

²⁶² CHANG CHUYES, G., Ob. cit., p. 327.

presupuestos fácticos para los que tal actuación esté asimismo prevista”²⁶³. La LPAG regula a la causa como el requisito de finalidad pública en su artículo 3. Al respecto indica que 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 habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad distinta a la prevista en la ley.

En tal virtud, la fiscalización posterior no incorpora una nueva causal de nulidad en la LPAG, sino que es la concreción de aquella establecida en el inciso 2 del artículo 10 de la citada norma, esto es, por el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez. La peculiaridad de este supuesto es que el vicio es originado por la actuación del administrado, a través de la vulneración los principios de presunción de veracidad y de buena fe procedimental.

Así, para definir la naturaleza de la fiscalización posterior, es indispensable separar: i) las actuaciones que realiza la Administración para verificar la existencia de información o documentos fraudulentos o falsos y ii) la posterior declaración de nulidad. Las primeras se tratan de actuaciones materiales (es decir, no contienen una declaración expresa) cuya base jurídica es el artículo 32 de la LPAG. A través de estas, se recoge evidencia de irregularidades del acto que pueden configurar la causal de nulidad del inciso 2 del artículo 10 de la LPAG, así como alguna responsabilidad de parte del administrado. Lo que corresponde luego de este hallazgo, es que el órgano administrativo comunique a la autoridad competente para que proceda con la tramitación del procedimiento de nulidad de oficio²⁶⁴.

Por tanto, la fiscalización posterior es la actividad material que realiza la Administración Pública a fin de determinar la existencia de hechos que puedan subsumirse en la causal del inciso 2 del artículo 10 de la LPAG y permitan el inicio del procedimiento de nulidad de oficio. Además de ello, esta precisión permite clarificar dos aspectos adicionales. En primer término, que la constatación de falsedad o fraude en la información o la documentación no implican inmediatamente la nulidad del acto en cuestión, sino que la autoridad encargada de tramitar la nulidad debe evaluar si el vicio incurrido hace imposible la conservación del acto. Finalmente, si la nulidad de oficio la lleva a cabo el superior jerárquico del órgano que dictó el acto, correspondería que este último sea quien desarrolle las labores de fiscalización posterior²⁶⁵.

²⁶³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La causa (...)”, Ob. cit., p. 680.

²⁶⁴ En la misma línea, *Cfr.* HUAMÁN ORDÓÑEZ, L.A., Ob. cit., p. 501.

²⁶⁵ La excepción a este supuesto corresponde a los casos en que la autoridad no tiene superior jerárquico.

Sin perjuicio de lo expuesto, la fiscalización posterior entraña otras peculiaridades que también pueden ser objeto de un trabajo posterior, desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador. De este modo, en caso se verifique el fraude o la falsedad, además de la declaración de nulidad, la norma prevé la imposición al administrado de una multa de entre cinco (5) y diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de pago. En adición a ello, el administrado en cuestión será incluido en la Central de Riesgo Administrativo, a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros.

2.4.3 Conclusiones

El estudio de la regulación de la invalidez en el Perú, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal, permite confirmar algunas conclusiones generales ya desarrolladas previamente. En primer lugar, que validez no es igual a legalidad. El cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para la formación de un acto administrativo es insuficiente para definir que este sea válido. De esta forma, la invalidez de un acto administrativo no es consecuencia del mero incumplimiento de los requisitos de validez previstos en el artículo 3 de la LPAG. En realidad, la determinación de la validez de un acto comprende, también, a otros valores jurídicos existentes en el ordenamiento. La invalidez tiene carácter excepcional.

Para declarar la invalidez de un acto administrativo, además de seguir los procedimientos previstos en la ley (nulidad de oficio o reconsideración), se requiere demostrar, principalmente, que este haya incurrido en una de las causales de nulidad del artículo 10 de la LPAG. A pesar de que estas vías procedimentales nazcan a partir de la autotutela administrativa, ello no obsta para que su desarrollo observe las garantías del debido proceso²⁶⁶.

De igual forma, se evidenció que la regulación de la nulidad adolece, a decir del profesor REBOLLO (en referencia al sistema español), de una “particularmente perturbadora hipertrofia”²⁶⁷. La LPAG tiene un régimen de nulidad exageradamente amplio, que contraviene la taxatividad requerida para un mecanismo de naturaleza excepcional. Esta imprecisión atenta contra la seguridad jurídica. Sin embargo, además de su incomprensión, quizá el mayor problema de la regulación de la nulidad administrativa actual es la inexistencia

²⁶⁶ En este sentido, CHANG sostiene que el procedimiento administrativo es la materialización de la institución denominada proceso, que cuenta con “[c]on principios comunes al ejercicio de cualquier potestad, pero que se matizan teniendo en cuenta su carácter jurídico formal”. Ob. cit., p. 315. Como se señaló anteriormente, la fiscalización posterior merece un especial análisis.

²⁶⁷ Cfr. *Íbid.* De acuerdo con el Diccionario de la RAE, la hipertrofia alude al desarrollo excesivo de algo, Cfr. <https://dle.rae.es/hipertrofia> (Consultado el 14.08.2020).

de distinción de gravedad entre los vicios invalidantes²⁶⁸. Esta puede ser una opción de mejora para el legislador.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante incidir en el punto de partida de esta investigación: el Derecho tiende a la conservación de sus actos. En consecuencia, el Derecho exige que solo sean declarados nulos aquellos actos cuya conservación es imposible, en tanto, el incurrir en alguna causal del artículo 10 de la LPAG no permita que puedan cumplir con su propósito. En tal medida, luego de haber estudiado la amplia excepción que representa la nulidad en el sistema jurídico peruano, corresponde analizar la regla: la conservación del acto administrativo que resulta de la aplicación del principio del mismo nombre.

2.5 El principio de conservación en la LPAG

2.5.1 Aspectos generales

El hilo conductor del presente trabajo es la inercia vital del Derecho²⁶⁹. En este sentido, como advierte GARRIDO FALLA al defender la invariabilidad de los actos administrativos en virtud de la seguridad jurídica, “[e]l Derecho exige permanencia (*quieta non movere*)”²⁷⁰. Esta permanencia o conservación puede llevarse a cabo en virtud de diversos mecanismos y, asimismo, fundamentarse en distintos valores jurídicos, tales como la buena fe, confianza legítima, economía procesal, entre otros. En dicha medida, el objeto del presente trabajo está referido a uno de los sustentos que dan lugar al mantenimiento del acto administrativo: el principio de conservación. Este valor jurídico exige preservar a aquellos actos jurídicos cuyos vicios no les impiden alcanzar de manera válida el propósito por el cual se emiten.

El sustento del principio de conservación es favorecer la eficacia administrativa, esto es, que la Administración Pública cumpla con el propósito que la ley le atribuye. Por ello, su observancia en todo cuerpo normativo administrativo es exigible. Al respecto, el artículo III del Título Preliminar de la LPAG indica que esta norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la

²⁶⁸ Al respecto, evidencian ABRUÑA y BACA que “[l]a LPAG no distingue entre distintos tipos de vicios invalidantes que, por su gravedad, tendrían distintas consecuencias jurídicas (especialmente respecto a su régimen adjetivo). Todos los vicios (salvo los no trascendentes, que carecen de virtud invalidante) parecen tener el mismo valor, y todos los actos por ellos afectados son impugnables o revisables de oficio en las mismas condiciones y plazos. Así, entre los supuestos vicios de «nulidad de pleno derecho» conviven algunos que claramente no cumplen con el criterio de la «gravedad» o la «especialidad», y respecto de los cuales sí que estaría plenamente justificado el régimen adjetivo previsto en la LPAG, y otros que realmente constituyen infracciones muy graves, y que lógicamente demandarían unos plazos más amplios para lograr su anulación”. ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: (...)*, Ob. cit., p. 6.

²⁶⁹ Cfr. VILLAR PALASÍ, J.L., Ob. cit., p. 13.

²⁷⁰ GARRIDO FALLA, F., “La eficacia de los actos administrativos en la nueva ley de procedimiento”, en *RAP* N° 26, INAP, Madrid, 1958, p. 222.

protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Esta disposición guarda estrecho vínculo con el principio de conservación.

En este sentido, podría llamar la atención que, pese a su relevancia, no se incluya al principio de conservación en la lista de principios que desarrolla el inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. Sin embargo, cabe precisar que la conservación es un principio general del Derecho en su estado más puro y abstracto, diferente de los principios particulares que solo juegan en áreas o sectores concretos del ordenamiento. Se trata de una directriz transversal a la actuación administrativa²⁷¹. Por tanto, no le resta importancia su omisión en la lista de principios de la LPAG. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, tanto el encabezado del inciso 1, como el inciso 2 ya indican que la lista de principios no es taxativa, sino que se reconoce la vigencia de otros principios generales. Igual mención se hace en el numeral 2.10 del inciso 1 del artículo V del citado Título Preliminar.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación del principio de conservación en el Derecho Administrativo se manifiesta en diversas técnicas de garantía con desarrollo expreso en este cuerpo normativo²⁷². De esta forma, el presente estudio no se rige por la clásica distinción entre nulidad y anulabilidad; sino que, desde la perspectiva del principio de conservación, busca identificar cuáles son las técnicas que la LPAG prevé para mantener la validez de aquellos actos administrativos que, pese a ostentar un vicio estructural, pueden cumplir con su propósito. De acuerdo con el esquema abordado en el primer capítulo, estas técnicas se pueden agrupar, a nivel doctrinal, en tres mecanismos: la nulidad parcial, la subsanación y la conversión. A continuación, se estudiará la posibilidad de aplicar cada una en la LPAG desde la óptica del principio de conservación y no como una excepción a la nulidad.

2.5.2 La invalidez parcial

La invalidez parcial es la consagración del aforismo romano *utile per inutile non vitiatur*, según el cual, lo útil no debe viciarse por lo inútil. La LPAG recoge esta disposición en su artículo 13 desde dos sus dos vertientes: sustantiva y procesal.

2.5.2.1 Vertiente sustantiva. Esta vertiente se enfoca en la aplicación del principio de conservación de actos definitivos que son consecuencia de un procedimiento

²⁷¹ Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en *RAP N° 129*, INAP, Madrid, 1999, p. 25.

²⁷² Sin perjuicio de aquellas otras manifestaciones de este principio que se recojan en la legislación administrativa sectorial correspondiente.

administrativo o que se emiten sin un procedimiento de por medio²⁷³. Así, por la nulidad parcial, la parte útil del acto administrativo no es viciada por alguna parte viciada, de tal manera que se conserve el contenido total del acto administrativo o aquella parte que no se haya visto afectada por el vicio y que pueda desplegar sus efectos.

Este propósito se encuentra recogido en el artículo 13.2 de la LPAG, según el cual, la nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, a menos que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales, no obstante, el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario. En este caso, el supuesto de hecho de la norma está configurado por un vicio de fondo del acto que afecta una parte de su contenido²⁷⁴.

En línea con lo señalado por BELADIEZ, la aplicación del artículo 13.2 requiere que “[l]a invalidez afecte sólo a una parte del [acto], lo que supone, por un lado, que el contenido del acto tiene que ser divisible; y por otro, que la parte no afectada por la invalidez sea válida”²⁷⁵. La primera de estas condiciones tiene lugar cuando el acto contiene pronunciamientos diferentes o porque su objeto material puede ser dividido²⁷⁶. Por su parte, la segunda condición condensa la exigencia del principio de conservación: se requiere que la parte no afectada por el vicio sea idónea para cumplir con la finalidad del acto o, al menos, para que despliegue los efectos que corresponden al contenido no viciado, en el marco de esta finalidad²⁷⁷. Estas condiciones deben ser evaluadas para “[c]omprobar si, suprimida la cláusula ilegal, (el acto) es capaz de satisfacer el fin público que motivó su emanación”²⁷⁸.

2.5.2.2 Vertiente procesal. El principio de conservación no solo se aplica sobre los elementos del acto administrativo, sino también al procedimiento que lo origina. En ambos casos, esta aplicación pasa por determinar si el vicio que los afecta es lo suficientemente grave para impedirle cumplir con sus respectivos propósitos. Estos supuestos de hecho se han normado, aunque no de la mejor manera, en el artículo 10 de la LPAG. En este sentido, el proceso de nulidad (materializado en los recursos administrativos o la nulidad de oficio), es el mecanismo mediante el cual se controla jurídicamente estos actos y se determina si pueden o no conservarse.

²⁷³ Es decir, sin un conjunto de actos administrativos de por medio. *Cfr.* CHANG CHUYES, G., *Ob. cit.*, p.320.

²⁷⁴ *Cfr.* BELIDEZ ROJO, M., *Validez (...)*, *Ob. cit.*, p. 283.

²⁷⁵ *Íbid.*, p. 296.

²⁷⁶ *Cfr. Íbid.*

²⁷⁷ Por ello, señala BELADIEZ que “[p]ara que pueda considerarse que esa parte es independiente de la inválida será necesario que también tenga causa, esto es: que la causa del acto no se haya frustrado al anular la parte inválida”. *Íbid.*, pp. 306-307. .

²⁷⁸ *Íbid.*, p. 302. (Paréntesis añadido)

El control del procedimiento administrativo²⁷⁹ se enfoca sobre los actos de trámite (actos procesales) y ostenta criterios específicos para determinar la imposibilidad de conservación. Así, la evaluación del cumplimiento de la exigencia de procedimiento regular consiste en “[l]a valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación, esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúa la consecuencia jurídica prevista en la ley consistente en la eliminación del mismo, como si nunca hubiera existido”²⁸⁰. En la teoría general del proceso, esta técnica recibe el nombre de “nulidad procesal”.

Como refiere CHANG CHUYES, “[l]a nulidad procesal implica la vulneración de los principios procesales, más no el mero incumplimiento de las formalidades exigidas por el procedimiento. Todo vicio fuera de lo anterior está cubierto por el principio de conservación del acto administrativo”²⁸¹. De esta forma, la invalidez parcial es aquella manifestación del principio de conservación, a través de la cual se restringen los efectos de la declaración de nulidad. Tanto en actos definitivos como de trámite, el principio impide que estos actos sean considerados inválidos en tanto que pueden cumplir con su finalidad. En el caso de los actos de trámite, el principio de conservación también supone considerarlos valiosos por sí mismos, pero en el marco de un procedimiento²⁸².

Sin embargo, la invalidez parcial no siempre es consecuencia del principio de conservación, como ocurre con el artículo 13.1 de la LPAG. Esta norma indica que la nulidad de un acto solo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él. El mandato de conservación beneficia a los actos de trámite que sean independientes del inválido. Es decir, en concordancia con el artículo 12.1 de la LPAG, la nulidad no tendrá efectos retroactivos respecto de los actos del proceso que se puedan conservar. En buena cuenta, esta norma supone la aplicación de una consecuencia jurídica con la finalidad de “[e]vitar que la Administración tenga de nuevo que dictar esos actos de trámite cuando vuelva a iniciar el procedimiento”²⁸³. La conservación no ocurre en función del acto²⁸⁴, sino en favor

²⁷⁹ Como se sabe, no todos los actos administrativos son producto de un procedimiento administrativo. *Cfr.* CHANG CHUYES, G., *Ob. cit.*, pp. 319-320

²⁸⁰ VILELA CARBAJAL, K., *Las nulidades (...)*, *Ob. cit.*, p. 73.

²⁸¹ CHANG CHUYES, G., *Ob. cit.*, pp. 329-330

²⁸² Normativamente, el incumplimiento del procedimiento regular se traduce en: la ausencia total de procedimiento y la inadecuación del proceso de formación a los principios procesales. *Cfr.* *Íbid.*, pp. 338-339.

²⁸³ BELIDEZ ROJO, M., *Validez (...)*, *Ob. cit.*, p. 290.

²⁸⁴ *Cfr.* VILELA CARBAJAL, K., *Las nulidades (...)*, *Ob. cit.*, pp. 95-96.

del procedimiento. La norma halla su fundamento en el principio de economía procesal²⁸⁵ o, en los términos de la LPAG, en los principios de celeridad y eficacia²⁸⁶.

Por su parte, el artículo 13.3 de la LPAG dispone que, quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio. A diferencia de lo que sostiene MORÓN²⁸⁷, esta norma se fundamenta en el principio de conservación y no en la eficacia procesal. No obstante, antes de desarrollar las razones de esta afirmación, es relevante precisar cuál es el supuesto de hecho que se prevé en esta disposición normativa. No se trata de un complemento para la aplicación de los artículos 13.1 ni 13.2, sino que establece un supuesto distinto. Si bien la redacción no es clara, del texto se puede extraer que el contexto de este numeral comprende a la declaración de nulidad de un acto definitivo como consecuencia del incumplimiento de la exigencia de regularidad del procedimiento. El causante de la invalidez del acto definitivo (o parte de él) es un acto de trámite²⁸⁸ y, por ello, puede invalidar a los que le siguen en el procedimiento.

En esta situación, el artículo 13.3 exige que se conserven aquellas actuaciones y trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio. Sin embargo, no se especifica a qué se refiere con actuaciones y trámites. En el contexto de un acto definitivo con procedimiento (ya que se están estudiando las nulidades procesales), los segundos pueden identificarse a los actos de trámite. Ello no ocurre con la noción de actuación administrativa, que es amplia y puede incluir a cualquier acción de la

²⁸⁵ Así, como indica la citada autora, en estos casos “[s]e procede a declarar la invalidez parcial aun cuando los actos que se conserven sean en sí mismos incapaces de conseguir el fin práctico que motivó su emanación, tal y como ocurre cuando lo que se conservan son actos de procedimiento. En estos supuestos, la conservación de los actos de trámite no afectados por la invalidez pretende, en efecto, que lo útil no se vicié por lo inútil, pero no para que se pueda alcanzar el fin que con ese acto se perseguía (lo que, como es evidente, no es posible una vez que ha sido declarado inválida la resolución o acto o final o definitivo), sino que lo que se pretende es no tener que volver a repetir todos aquellos actos de trámite que no se vieron afectados por la invalidez cuando se inicie de nuevo el procedimiento para dictar el acto”. *Validez (...)*, Ob. cit., pp. 280-281.

²⁸⁶ Al respecto, señala CHANG que “[l]a regulación de la nulidad procesal se encuentra expresamente en el artículo 13: la nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él. A ello hay que agregar dos artículos para entenderla en su conjunto. Lo primero es lo dispuesto en el principio de celeridad establecido en el artículo IV.1.9: quienes participan... deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de su máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos..., sin que se releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento. Además, el artículo siguiente, principio de eficacia, señala que deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez [del acto procedimental], no determinen aspectos importantes de la decisión final [conservación del acto], no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. También, el segundo párrafo señala que la finalidad del acto... deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública (...)]. Ob. cit., pp. 338-339.

²⁸⁷ Cfr. MORÓN URBINA, J.C., Ob. Cit., Tomo I, p. 270.

²⁸⁸ Puede verse lo desarrollado para el caso español en BELIDEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 286.

Administración en el procedimiento: sea o no acto administrativo. Sin embargo, la conservación o nulidad solo se predica de actos administrativos, por tanto, conviene asumir que el artículo 13.3 se dirige a la conservación de actos de trámite. De esta forma, dicha disposición se debe leer junto al artículo 14.2.4 de la LPAG, de tal manera que también se puede conservar el acto administrativo si su contenido o parte de este no hubiese variado, de acuerdo también con lo que señala el artículo 13.2. Ello involucra tanto a los actos definitivos (o una parte de estos) y a los actos de trámite. Su conservación tiene como consecuencia que el vicio que los afecta no les impide cumplir con su finalidad respectiva. Si bien la LPAG no hace una mención específica, esta disposición puede aplicarse para los actos de trámite cualificados.

Por tanto, el artículo 13.2 de la LPAG “[n]o pretende conservar estos actos para evitar que la Administración tenga que volver a dictarlos cuando reanude de nuevo el procedimiento (éste sería el objeto propio del principio de economía), sino que lo que pretende es conservar estos actos y trámites no afectados por la invalidez, pero para que éstos puedan cumplir el fin para el cual han sido dictados (...)”²⁸⁹. Asimismo, como se exige en esta norma, el órgano que declara la nulidad debe disponer expresamente la conservación de los trámites o actuaciones (que incluye a los actos) a los que hace referencia. Es decir, *contrario sensu*, de no existir este pronunciamiento, se debe entender anulado el acto en su totalidad.

2.5.3 La enmienda o subsanación

2.5.3.1 Aspectos generales. De acuerdo con BELADIEZ, “[m]ediante la subsanación se revisan los actos administrativos inválidos con el fin de eliminar de los mismos los defectos en los que incurran para adaptarlos, de este modo, al ordenamiento jurídico”²⁹⁰. Al respecto, la citada autora²⁹¹ identifica que, para lograr el propósito de este mecanismo existen dos medios: la convalidación del acto o su anulación²⁹². En ambos casos se puede hablar de

²⁸⁹ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 289. No obstante, la autora reconoce que, de manera colateral, es posible que, por la aplicación de esta figura jurídica, la Administración termine evitando el tener que dictar nuevamente este acto. Un ejemplo para esta disposición, en aplicación conjunta con el artículo 13.2 de la LPAG, sería la nulidad de una resolución de sanción que comprende a dos infracciones, de las cuales, una de ellas se encontraba prescrita al incluirse en la imputación de cargos. En este caso, la imputación de cargos ostenta un vicio grave, capaz de determinar la invalidez de la resolución de sanción, aunque no totalmente. Frente a ello, la Administración, a través del control jurídico de los actos administrativos podría determinar la nulidad de la imputación de cargos en el extremo referido a dicha infracción. Como consecuencia de ello, devendría la nulidad de todas las actuaciones dependientes de esta imputación, incluida la sanción. Sin embargo, en virtud del principio de conservación, se mantendrían todos los actos que no tuvieron su causa en dicha imputación, así como aquellas sanciones que no son consecuencia de la infracción prescrita.

²⁹⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 199.

²⁹¹ *Cfr. Íbid.*

²⁹² En la LPAG se encuentra regulada la noción amplia de subsanación. Así, el artículo 217 de esta norma señala, en cuanto a la resolución de un recurso de impugnación que, constatada la existencia de una causal

una enmienda o subsanación. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, la única noción vinculada al principio de conservación es aquella por la cual se mantiene y convalida al acto, sin necesidad de anularlo. Ello es consecuencia de que el acto ostenta un vicio no trascendente. De esta forma, la enmienda o subsanación es distinta a la rectificación de errores materiales que contempla el artículo 201 de la LPAG.

La función de la Administración Pública “[n]o termina con la resolución, sino que esta función se va a poder ejercer mientras la Administración tenga la posibilidad de volver a revisar la decisión”²⁹³. Así, a través de la enmienda se corrigen los defectos en los que incurra un acto para adecuarlo al ordenamiento jurídico y que pueda cumplir con una finalidad²⁹⁴. Se trata de una manifestación de la autotutela administrativa guiada por el principio de conservación que importa una corrección positiva del acto administrativo sin afectar su contenido ni los derechos que declare²⁹⁵. En el Perú, la enmienda administrativa se encuentra en el artículo 14 de la LPAG.

El mencionado artículo, bajo el rótulo de “conservación”, regula los supuestos de enmienda de aquellos actos administrativos afectados por vicios no trascendentes. A decir de la norma, estos son: i) el contenido impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas de la motivación; ii) la motivación insuficiente o parcial; iii) 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; iv) cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; o, v) aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

A pesar de su importancia, este artículo ha sido poco estudiado por la doctrina nacional. Para comprenderlo, importa mucho analizar su naturaleza desde el principio de

de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. De igual manera, el artículo 202, cuando regula el procedimiento de nulidad de oficio indica que, además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello.

²⁹³ *Íbid.*, p. 251.

²⁹⁴ *Cfr.* BELIDÉZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 237.

²⁹⁵ *Cfr. Íbid.*, p. 200. En este sentido, no resulta coherente con la definición que realiza BELADIEZ respecto de la subsanación en sentido estricto, cuando señala que este mecanismo solo resulta aplicable para corregir aquellos defectos que pueden invalidar el acto. *Cfr. Íbid.*, p. 209. Cuando el acto ostente un vicio trascendente, la subsanación solamente podría ocurrir a través de la anulación del acto viciado y la emisión de uno nuevo. No obstante, posteriormente la autora indica que el procedimiento subsanador puede ser aplicado para la corrección de meras irregularidades no invalidantes (*Cfr. Íbid.*, p. 211)

conservación. Así, si bien la LPAG no permite llegar a esta conclusión²⁹⁶, algún autor asimila a esta norma a la regulación que corresponde a la anulabilidad administrativa²⁹⁷. De igual manera, tampoco se puede entender que este artículo sea una excepción a la causal de nulidad regulada en el inciso 2 del artículo 10 de la LPAG²⁹⁸. En realidad, definir la naturaleza del artículo 14 requiere un estudio más detenido.

En el Perú no existe un control previo de validez de los actos administrativos. Estos se presumen válidos y surten efectos desde su emisión, salvo que la ley exija notificarlos previamente. De esta forma, el artículo 14.1 reconoce que la autoridad administrativa, en ejercicio de la autotutela, puede (debe) enmendar o subsanar todo acto que haya emitido y que incurra en alguno de los supuestos que detalla en el artículo 14.2. Es decir, este numeral impide, *a priori*, que los actos en cuestión sean declarados inválidos. No es un canal para justificar, *a posteriori*, su preservación. El artículo 14 de la LPAG regula a uno de los mecanismos tradicionales de conservación de actos jurídicos: la subsanación o enmienda en sentido estricto.

2.5.3.2 Los vicios no trascendentes. La lógica del principio de conservación gira en torno a la noción de vicio no trascendente. En esta construcción, distinguir ilegalidad de invalidez juega un rol crucial. No toda ilegalidad conduce a una declaración de invalidez, sino solo aquellas más graves; es decir, las que impiden al acto cumplir con su propósito atribuido por ley. En la LPAG el artículo 14 es el único que se refiere a los vicios no trascendentes como causal de enmienda y su inciso 14.2 procura enlistar qué supuestos de hecho lo configuran.

El principio de conservación privilegia el contenido del acto administrativo porque considera a este último valioso por sí mismo. Si bien este valor jurídico se puede traducir en diversas técnicas, la enmienda es la que hace más visible su esencia. La aplicación de este mecanismo, como ocurre con la nulidad parcial, no pasa por descartar la parte viciada del acto, a fin de conservar su contenido útil. Al contrario, con la enmienda se corrigen los vicios no trascendentes del acto sin alterar su contenido o anular parte de él. Para ello, se debe realizar una adecuada valoración del vicio a fin de evitar que se considere invalidante y poder corregirlo.

²⁹⁶ Al respecto, indican BACA y ABRUÑA que la anulabilidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra regulada en la nulidad de pleno derecho del artículo 10 de la LPAG. *Cfr. Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: (...)*, Ob. cit., pp. 5-6.

²⁹⁷ *Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., "Régimen (...)"*, Ob. cit., pp. 874-875.

²⁹⁸ La primacía del principio de conservación permite invertir el sentido de esta afirmación.

En el artículo 14, el numeral 14.2.4 indica que deberá enmendarse el acto administrativo viciado cuando se concluya indudablemente que, de cualquier otro modo, hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio. Esta disposición condensa la esencia del principio de conservación y constituye un supuesto de aplicación general de enmienda. Como se puede apreciar, dicho numeral puede englobar a todos los demás supuestos del artículo 14.2. Dicha lista resulta insuficiente para agotar los supuestos de vicios no trascendentes. La trascendencia o no de un vicio se debe determinar en el caso en concreto y en función del requisito de validez afectado. En consecuencia, el propósito siguiente es delimitar, sin pretensión de exhaustividad, las consideraciones a tener en cuenta para considerar la no trascendencia de un vicio en función de los elementos de validez del acto administrativo. El estudio de los vicios no trascendentes en el procedimiento administrativo se encuentra en el análisis de la nulidad parcial en su vertiente procesal.

De acuerdo con la LPAG, los vicios al elemento subjetivo son infracciones al denominado ‘requisito’ de competencia. Al respecto, de acuerdo con SANTAMARÍA, la competencia no es un objeto, sino que se trata de una calidad o condición subjetiva que consiste en “[l]a titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias o servicios o fines públicos determinados: no se tiene, pues, competencia; se es competente”²⁹⁹. Así, bajo esta lógica, respecto de una Administración en concreto, la asignación de competencias inicia con la definición general del círculo de intereses en el que se va a desarrollar la Administración. Sin embargo, para que esto se haga operativo se requiere: i) la atribución de potestades públicas para la satisfacción de dichos intereses; y, ii) la distribución de estas potestades entre los órganos de la Administración en cuestión³⁰⁰.

Estas precisiones ayudan a distinguir los vicios trascendentes de los no trascendentes en el elemento subjetivo del acto. Así, los primeros se producen cuando la Administración no cuenta con potestades para emitir el acto en cuestión. La Administración no es competente y ello es insubsanable, en aplicación estricta del principio de legalidad. No obstante, puede ocurrir también que, a pesar de contar con la potestad atribuida por ley, esta la ejerce un órgano que no la tiene atribuida. En este caso, difícilmente procede una enmienda como tal, puesto que el órgano incompetente (es decir, que carece de potestad) no podría corregir el vicio. Sin embargo, nada impide que, en virtud de la autotutela administrativa, el órgano

²⁹⁹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª Ed., CEURA., Madrid, 1998, pp. 392-393. (Cursiva corresponde al texto original). Como señala este autor, la asignación de competencias forma parte del proceso de organización de la Administración, mediante el cual se distribuyen las diversas tareas que se le encomiendan entre sus diversos centros funcionales.

³⁰⁰ Cfr. *Íbid.*, p. 392.

competente convalide el acto administrativo en cuestión, siempre que la conservación del acto sea íntegra y que no se afecten los derechos que en este se declaren³⁰¹.

Las afectaciones al elemento objetivo se refieren al incumplimiento del artículo 5 de la LPAG. Esta norma exige que el contenido y el objeto del acto: i) no vulneren ninguna disposición normativa o sentencia judicial y ii) que contenga todas las cuestiones planteadas por el administrado. La amplitud del primer aspecto hace difícil su concreción. Por tanto, de incurrir el acto en algún incumplimiento, se debe evaluar que este debe ser lo suficientemente grave que le impida cumplir con una finalidad válida. La segunda exigencia va de la mano con el principio de congruencia y su incumplimiento se traduce en la omisión del pronunciamiento sobre todas las cuestiones planteadas por el administrado. En este caso, la realización de la enmienda se denomina usualmente “integración” y no sustituye o anula el contenido del acto, pero sí lo amplía. Al respecto, el numeral 14.2.1 se encuentra vinculado a este elemento del acto e indica que procede la enmienda cuando el contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas de la motivación³⁰².

El artículo 4 de la LPAG regula al elemento formal como la forma de expresión del acto. Así, todo acto administrativo “[d]ebe presentar externamente con la estructura formal suficiente que permita su conocimiento cierto, los sujetos intervinientes, su adecuación a la legalidad y, en fin (...) [sus requisitos de validez]”³⁰³. Sin embargo, en virtud de los principios de informalismo, celeridad y eficacia de la LPAG, no todos los componentes del elemento formal tienen la misma relevancia en el acto. Como consecuencia de ello, “[l]a gran mayoría de los supuestos de vicios de forma no van a tener la fuerza para determinar la invalidez del acto, no siendo más que meras irregularidades”³⁰⁴. Para evaluar la incidencia de un vicio formal sobre el acto definitivo, el numeral 14.2.3 de la LPAG brinda un parámetro: son formalidades no esenciales del procedimiento 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.

³⁰¹ Cfr. BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 208. Sobre este respecto, indica la autora que “[c]ontra lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo, aquí se va a defender la posibilidad de subsanar con efectos convalidatorios todo tipo de incompetencia, incluso la incompetencia material y la territorial”.

³⁰² Sobre este extremo señala BELADIEZ que, “[c]uando la subsanación del vicio suponga añadir al acto administrativo un pronunciamiento del que carecía, solamente tendrá efectos convalidatorios respecto del acto cuando dicho pronunciamiento no afecte a los posibles derechos declarados por el acto incompleto”. *Ibid.*, p. 203 (cursiva corresponde al texto original).

³⁰³ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V., *Elemento formal*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013, p. 23. (Corchetes añadido)

³⁰⁴ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 209

En cuanto al elemento formal, cabe mencionar, también, al numeral 14.2.2. Según esta disposición, la existencia de motivación insuficiente o parcial constituye un vicio no trascendente que da lugar a enmienda. La motivación no es un elemento del acto. Sobre el particular manifiesta DESDENTADO que “[l]a motivación es un elemento puramente formal del acto que consiste en la exteriorización de las razones que justifican la decisión, esto es, en la expresión de un elemento sustantivo, o de fondo, que son los motivos”³⁰⁵. Al respecto, del artículo 6 de la LPAG, se tiene que la motivación puede consistir en: i) la relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado; y/o, ii) la conformidad con documentos, dictámenes o informes que obren en el expediente administrativo, los cuales deben ser notificados al administrado junto al acto administrativo. De esta forma, el vicio no trascendente consistente en la motivación insuficiente o parcial consiste en una omisión a las exigencias antes citadas, pero que alteran el sentido de la decisión final en aspectos importantes o no afectan el debido procedimiento. Si se procede con la enmienda de este tipo de vicios, “[a]demás de cumplir posteriormente el trámite omitido o indebidamente practicado, es necesario que (...) [el acto] todavía pueda cumplir la finalidad que le es propia, pues de otro modo no se podrá entender corregido el defecto ni, por tanto, convalidado el acto”³⁰⁶.

Sobre los vicios que afectan al elemento causal, indica BELADIEZ que “[p]arece difícil que la subsanación (...) pueda operar en estos supuestos. Como se ha dicho tantas veces, para que esta institución pueda ser aplicada es preciso eliminar el vicio, y en estos casos es evidente que no se puede suprimir el vicio sin eliminar el acto mismo”³⁰⁷. Al respecto, llama la atención el numeral 14.2.5, referido a los actos emitidos con omisión de documentación no esencial. Como se sabe, la presentación de documentación en el procedimiento administrativo se vincula con el elemento causal. Se trata de una actividad probatoria a cargo del administrado. En este caso, la enmienda presupone un requerimiento al administrador de la documentación faltante. No obstante, ello no le quita su carácter de vicio no trascendente.

³⁰⁵ DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública* N° 84, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, Gobierno Vasco, 2009, p. 86.

³⁰⁶ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 209. Así, por ejemplo, en el caso de la motivación insuficiente o parcial, dos pueden ser los actos de enmienda: i) emitir otro acto administrativo de integración que complete a la motivación debida o ii) que se notifiquen los informes o dictámenes que justifican al acto administrativo. Los límites para que estas medidas sean oportunas son dos: i) que a través de ellas no se cambie el sentido final de la decisión y ii) que no afecten el debido procedimiento, por ejemplo, que se realicen de manera posterior al plazo de impugnación del acto.

³⁰⁷ *Íbid.*, p. 209.

Independientemente de ello, en estos casos, el criterio para determinar si se trata de una documentación esencial o no será la posibilidad que tenga esta de cambiar la decisión final de la Administración si se hubiera presentado correctamente.

Lo expuesto evidencia que el artículo 14 es más amplio que la mera enmienda de actos administrativos. La mayor parte de su tenor se dirige establecer supuestos de vicios no trascendentes. Empero, como se aprecia, la trascendencia o no de un vicio requiere determinarse en el caso en concreto y en función del requisito de validez afectado. En adición a ello, la revisión del artículo 14 también muestra la poca regulación de la enmienda y, en consecuencia, la necesidad de desarrollarla a fin de poder facilitar su aplicación.

2.5.3.3 El ‘acto subsanador’ y el procedimiento de enmienda. BELADIEZ indica, de manera acertada, que la subsanación o enmienda “[e]s una actividad administrativa y, por tanto, para llevarla a cabo es necesario un acto administrativo”³⁰⁸. A este acto le denomina ‘acto subsanador’, el cual busca corregir al acto viciado de manera no trascendente (‘acto subsanable’). Distinto a los dos señalados es el ‘acto subsanado’, producto del procedimiento de enmienda o subsanación y que “[v]endría a ser el acto originario, pero una vez eliminado del mismo el vicio o defecto que le afectaba”³⁰⁹. Respecto del ‘acto subsanado’ no cabe realizar mayor desarrollo, puesto que sus especificaciones se enmarcan en los límites y causales de enmienda que se han desarrollado en el numeral precedente. No obstante, para este apartado es relevante analizar al denominado ‘acto subsanador’ y los elementos de validez que debe presentar, así como el procedimiento que debe cumplir.

El *elemento subjetivo* del ‘acto subsanador’ comprende a la autoridad competente para llevar a cabo la enmienda. El artículo 14.1 atribuye esta competencia a la autoridad que emitió el acto en cuestión. Este es el supuesto ordinario. Sin embargo, en aquellas irregularidades no invalidantes que afecten al elemento subjetivo del ‘acto subsanado’, la autoridad emisora del acto no puede llevar a cabo la enmienda. En este caso, solo puede convalidar el acto el órgano competente para dictar el acto. Por su parte, el *elemento objetivo* del ‘acto subsanador’ está constituido por aquella corrección positiva (contenido) del ‘acto subsanado’ (objeto) que se ha desarrollado previamente.

En cuanto al *elemento formal* (expresión de la enmienda), es suficiente “[c]on que se corrija el defecto que invalida el acto para que esta se entienda producida”³¹⁰. Es decir, no es necesario que el ‘acto subsanador’ conste por escrito, sino que puede consistir en la mera

³⁰⁸ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 210.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 210.

³¹⁰ BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 210.

corrección de la irregularidad. Asimismo, en el *elemento causal* del ‘acto subsanador’ se resume el espíritu del principio de conservación, esto es, que existe un interés público en preservar aquellos actos que, una vez corregidas las irregularidades que ostentan, “[s]on capaces de cumplir válidamente con su finalidad”³¹¹.

Finalmente, “[e]l procedimiento concreto que haya de seguirse para subsanar depende, obviamente, del defecto que se pretenda corregir, y consistirá en realizar cuantos actos exija el procedimiento ordinario para dictar el elemento del acto que esté viciado correctamente”³¹². Sin embargo, como se sabe, no toda enmienda conlleva a un procedimiento en los términos de la LPAG, sino que podría realizarse materialmente. Por ejemplo, como podría ocurrir con la subsanación oportuna de la notificación de un informe faltante a fin de subsanar una motivación insuficiente.

2.5.3.4 La eficacia de la subsanación o enmienda. Señala DANÓS que cuando un acto ostente vicios no trascendentes, “[e]ntonces no procede su declaratoria de nulidad, sino la posibilidad de que recobre su validez mediante la subsanación o enmienda de su ilegalidad por la propia Administración Pública”³¹³. Esta postura es inexacta. La presunción de validez de la que gozan todos los actos administrativos impide considerar que un acto sea considerado inválido o irregular desde su emisión y que, a partir de la enmienda, recobre su validez. El acto siempre fue válido.

Al respecto, por regla, se debe considerar que la subsanación o enmienda “[d]ebe tener efectos *ex tunc*; por lo que su efecto debería retrotraerse al momento en que se dictó el acto viciado”³¹⁴. Así lo establece el artículo 17.2 de la LPAG. Es decir, a partir de la enmienda, se entiende que, desde siempre, el acto se emitió sin aquella irregularidad. La enmienda a presuponer la existencia de vicios no trascendente, es decir, que no son capaces de variar el contenido original del acto administrativo. Sin embargo, la integración del acto administrativo sí varía el contenido del acto: no altera el original, pero lo amplía. En este caso, dicho pronunciamiento no podrá afectar los posibles derechos adquiridos a través del acto original³¹⁵.

³¹¹ *Íbid.*, p. 219.

³¹² *Íbid.*, p. 216.

³¹³ DANÓS ORDOÑEZ, J., “Régimen (...)”, Ob. cit., p. 873.

³¹⁴ BELIDEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 221.

³¹⁵ *Cfr.*, *Íbid.*, p. 203.

2.5.3.5 La oportunidad de la enmienda o subsanación y su invalidez. Si bien la LPAG no hace mención expresa sobre este aspecto, interesa definir, desde la naturaleza de la enmienda, cuál es el plazo que tiene la autoridad competente para llevarlo a cabo. La enmienda es una concreción de la autotutela administrativa. Por tanto, la Administración podrá realizar la enmienda o subsanación del acto siempre que tenga competencia para incidir sobre su este. Es decir, el procedimiento de enmienda solo puede llevarse a cabo en tanto la vía administrativa no se haya agotado³¹⁶. Agotada la vía, se entenderá que se ha producido la convalidación de aquellas irregularidades no invalidantes, por el paso del tiempo.

En adición a lo anterior, se puede indicar con ABRUÑA y BACA que los actos administrativos que padezcan de vicios no trascendentes deben ser obligatoriamente subsanados por la autoridad administrativa competente, “[a]nticipándose a una eventual impugnación de los mismos por parte de los administrados”³¹⁷. Ello no es óbice para que la subsanación pueda realizarse, también, a pedido de parte. Así las cosas, conviene reiterar que el denominado ‘acto subsanador’ en tanto acto administrativo debe cumplir con todos los requisitos de validez que le son propios. Por ello, es susceptible de ser controlado jurídicamente a través de los mecanismos con los que cuenta la Administración. En suma, este acto “[s]e beneficia también de la presunción de validez, y por ello, si se considera que es inválida, deberá destruirse dicha presunción (...)”³¹⁸.

2.5.4 La conversión

A nivel doctrinal, la conversión se ha entendido como “[u]na técnica jurídica que permite salvar a un acto de la anulación mediante su transformación en otro distinto”³¹⁹. A diferencia de lo que ocurre con el Código Civil, la LPAG no prevé esta figura. Ello no es consecuencia de una omisión, sino de que se trata de un mecanismo extraño al Derecho Administrativo. Para justificar ello, conviene suscribir íntegramente a BELADIEZ cuando señala que “[e]n el Derecho privado, los sujetos jurídicos pueden satisfacer sus intereses a través de la forma que consideren más conveniente, sin otra exigencia que el fin que pretendan alcanzar sea lícito y que respeten lo preceptuado en las leyes cuando éstas tienen

³¹⁶ Esta conclusión, en el caso peruano, no es aplicable para los supuestos de rectificación de errores materiales o aritméticos. La razón de ello estriba en que, si bien también este mecanismo es el resultado de la autotutela administrativa, el mismo artículo 201 de la LPAG señala que no se encuentra sometido a plazo.

³¹⁷ BACA ONETO, V. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera*: (...), Ob. cit., p. 9. En este sentido, también indica Beladiez que la potestad para llevar a cabo la enmienda o subsanación es debida, puesto que halla su fundamento en el principio de legalidad. BELADIEZ ROJO, M., *Validez* (...), Ob. cit., p. 237. Al respecto, la redacción del numeral 14.1 del artículo 14 de la LPAG es bastante indicativa, puesto que señala que frente a los vicios no trascendentes prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda. El texto no da margen a mayor interpretación.

³¹⁸ BELADIEZ ROJO, M., *Validez* (...), Ob. cit., p. 233.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 314.

carácter imperativo, que son las menos. En el Derecho Administrativo, en cambio, el sistema de atribución de potestades es justamente lo contrario, la Ley (sic) no habilita genéricamente a la Administración para que actúe cuando ella lo crea conveniente y del modo que le parezca más oportuno para el interés público, sino que es la propia Ley la que determina cuando existe un fin público que legitime su actuación y el modo en que ésta debe satisfacerlo”³²⁰.

2.5.5 Supuestos expresos de conservación en la LPAG

Así como la LPAG establece, fuera de su artículo 10, supuestos en los que sanciona la nulidad de actos administrativos (aunque ello, finalmente, supone el establecimiento de causales de nulidad que requieren ser declaradas), también regula casos expresos de conservación. En este sentido, como se ha señalado, el principio de conservación, más que justificar la posterior preservación de determinado acto, impide que este se declare nulo. Por ello, la redacción de estas causales no se expresa como formas de conservación, sino como supuestos de hecho que no constituyen causal de nulidad.

Entre los supuestos de conservación a los que se aluden se encuentra el segundo párrafo del artículo 6.3 de la LPAG, según el cual no constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto³²¹. Otro ejemplo se encuentra en el artículo 140.3 de la citada norma, según el cual, 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. Finalmente, de conformidad con el artículo 91.1 de la LPAG, la participación de la autoridad en el que concurra cualquiera de las causales de abstención, no implica necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que haya intervenido, salvo en el caso en que resulte evidente la imparcialidad o arbitrariedad manifiesta o que hubiera ocasionado indefensión al administrado.

³²⁰ *Íbid*

³²¹ De acuerdo con esta norma, dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado. En tal virtud, manifiesta MORÓN que “[l]a idea es que si existe únicamente una discrepancia de la autoridad superior con la motivación de la primera instancia, corresponde estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado y no declarar la nulidad del acto y reenviarlo a la primera instancia para nueva decisión”. Ob. Cit., Tomo I, p. 250. Con igual parecer, HUAMÁN ORDÓÑEZ, L.A., Ob. cit., p. 344. Sin embargo, estas razones resultan un tanto contradictorias (junto a esta segunda parte del artículo citado) sobre todo si se tiene en cuenta que la pretensión contenida en un recurso es justamente la nulidad del acto administrativo en cuestión. Por tanto, al estimarlo total o parcialmente, se estaría declarando la nulidad del acto total o parcialmente a causa de un vicio no trascendente.

2.5.6 La conservación de actos administrativos cuyo contenido se basa en la presunción de veracidad

Por definición, los actos administrativos son declaraciones unilaterales. Sin embargo, ello no obsta para que existan supuestos “[e]n los que la voluntad de los administrados se configura como un presupuesto esencial para la emanación de ese acto”³²². Es decir, se trata de actos administrativos en los que la voluntad del administrado influye en su conformación. Estos actos son consecuencia de los procedimientos de aprobación automática o evaluación previa. En ellos, los administrados deben cumplir con presentar los requisitos establecidos, a través de la documentación o información respectiva. La documentación presentada por los administrados se sujeta al principio de presunción de veracidad regulado en el inciso 1.7 del numeral 1 del artículo IV del título preliminar de la LPAG. Así, se presume que los documentos, declaraciones o información que presentan los administrados (en la forma prescrita por dicha ley) responden a la verdad de los hechos que afirman.

Sin embargo, esta presunción no es absoluta, sino que es *iuris tantum*; es decir, admite prueba en contrario. De esta forma, estos actos pueden ser sometidos a los mecanismos de control jurídico analizados en los apartados anteriores. Sobre el particular, ya se ha determinado que la documentación que se incorpora al procedimiento forma parte del elemento causal del acto administrativo. Es decir, mediante su actividad probatoria, el administrado demuestra que se encuentra en el supuesto de hecho de la norma para que se le reconozcan los derechos o facultades a las que da lugar el procedimiento. Sin embargo, en ocasiones los administrados trasgreden este principio, por ejemplo, a través de la presentación de documentación falsa. Ello conlleva también a una afectación del elemento causal del acto y es susceptible de ser controlado jurídicamente por la propia Administración.

En estos casos, conforme a lo desarrollado hasta aquí, se debe analizar la importancia del vicio a que da lugar la infracción del administrado. Así, si se trata de una documentación, declaración o información no esencial, se deberá optar por conservar el acto administrativo. Ello, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan. Entonces, el criterio para determinar la no trascendencia del vicio al elemento causal consiste en que dicha documentación no cambiará la decisión final de la entidad, de haberse presentado correctamente³²³. En adición a lo anterior, como manifiesta BELADIEZ, en aquellos actos

³²² BELADIEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 302.

³²³ Como concluye PALACIOS PANTA para la contratación pública en *La transgresión de la presunción de veracidad en las propuestas presentadas por el postor en la contratación pública y la aplicación del principio de conservación del acto administrativo*, Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura. Facultad de Derecho, Programa Académico de Derecho, Piura, 2015, pp. 72-73.

contenido se basa en la presunción de veracidad, “[p]ara determinar si procede declarar la nulidad total o la parcial, parece lógico que debe tenerse en cuenta también la voluntad del interesado, pues pudiera ocurrir que, eliminada la parte del acto que es inválida, el acto no produzca unos efectos que le interese”³²⁴.

2.6 Conclusiones del capítulo

Este segundo capítulo desarrolla el objeto del presente trabajo de investigación: analizar los alcances del principio de conservación en el ordenamiento jurídico peruano. Como se ha advertido, el citado principio es una manifestación de la vocación inherente del Derecho hacia la permanencia. Su observancia en el Derecho Administrativo es una exigencia. Para tal efecto, de acuerdo con la unidad intrínseca del Derecho, se emplearon las conclusiones del primer capítulo, para desarrollar la aplicación del mencionado principio en el Derecho administrativo peruano. De forma general, se asumió que, por el mencionado principio, se conservan aquellos actos jurídicos que ostenten irregularidades no trascendentes, es decir, que no les impidan cumplir válidamente con el fin previsto en la norma.

El principio de conservación figura en el ordenamiento jurídico más de lo que se piensa. Ello no debería ser extraño, puesto que es prácticamente imposible encontrar actos perfectamente formados, así como también es inviable hacer una verificación de validez *ex ante* de cada acto administrativo. La Administración Pública existe para cumplir de manera eficaz la voluntad de la ley y, con ello, procurar el interés general. Por tanto, en este capítulo también se optó por definir que el fundamento del principio de conservación es propiciar el funcionamiento de la Administración, esto es, el cumplimiento de sus fines atribuidos por ley. Asimismo, se concluyó que la conservación o no de los actos administrativos, a diferencia de lo que ocurre con los negocios jurídicos, donde interviene un tercero (el juez), es resultado del ejercicio de la autotutela administrativa.

Para abordar el estudio normativo del principio de conservación, se optó por estudiar, de manera previa, a la validez, ilegalidad, invalidez y nulidad de los actos administrativos, así como plantear sus diferencias. La conclusión más relevante en la que derivó el estudio de estas instituciones es la delimitación de vicio no trascendente. Así, a partir de la distinción entre ilegalidad e invalidez, se determinó que el vicio no trascendente, es, finalmente, una mera ilegalidad. El vicio no trascendente no impide que el acto administrativo cumpla con su finalidad. A partir de ello, se analizó la restrictiva interpretación que debe tener el artículo 10 de la LPAG, siempre desde la óptica del principio conservación. El estudio del régimen legal

³²⁴ BELIDEZ ROJO, M., *Validez (...)*, Ob. cit., p. 302.

del mencionado principio no partió de la clásica estructura nulidad-anulabilidad, sino que identificó cuáles son las técnicas que la LPAG prevé para su aplicación.

En tal virtud, en el último apartado se estudiaron, básicamente, los dos mecanismos que la LPAG prevé para conservar actos administrativos: la nulidad parcial y la enmienda o subsanación. En el caso de la nulidad parcial, se realizó un detenido análisis del artículo 13 de la LPAG, haciendo especial distinción entre la aplicación del principio de conservación a las denominadas “nulidades sustantivas y procesales”. Sin embargo, la esencia del análisis la constituyó el estudio del artículo 14, que regula no solo a la enmienda o subsanación del acto, sino que contiene un ligero desarrollo de la noción de vicios no trascendentes. Este último aspecto se complementó con un estudio de la delimitación de la no trascendencia de los vicios en los elementos del acto, así como en su procedimiento de formación. Finalmente, se reconoció, a su vez, que la LPAG regula supuestos expresos de conservación y, por otra parte, se analizó el caso particular de la conservación de los actos administrativos cuyo contenido se basa en la presunción de veracidad.

El análisis realizado permite resaltar la importancia del principio de conservación en el Derecho Administrativo. Se trata de un valor jurídico esencial para garantizar el cumplimiento de los fines de la Administración. Por ello, no es extraño encontrar su espíritu a lo largo de la LPAG, a pesar de que su regulación expresa sea escueta. La conservación de los actos jurídicos es esencial al Derecho y debe ser la médula que ordene la LPAG. Una regulación extensa de la nulidad tampoco es inconveniente, si se entiende que ello es una exigencia de su excepcionalidad y su aplicación taxativa. En el caso de la LPAG, las causales de nulidad previstas en su artículo 10 no se ajustan a esta taxatividad y ello supone una labor pendiente para mejorar la regulación. Asimismo, resulta esencial que el legislador apueste por contemplar una mayor (y más clara) regulación del principio de conservación y de sus mecanismos estudiados.

Finalmente, lo expuesto hace posible dejar planteado que, en tanto principio general, el principio de conservación puede ser aplicado en el control judicial de los actos administrativos. Tanto la nulidad como el principio de conservación responden al valor justicia. A partir de ello, “[n]o es concebible el valor seguridad jurídica desconectado de un mínimo componente de justicia, tampoco es verdadera justicia aquella que no proporciona una cierta dosis de seguridad jurídica, puesto que esta es la necesidad primaria de lo jurídico”³²⁵. Esta dosis de seguridad jurídica que debe ostentar el valor justicia puede consistir

³²⁵ VILELA CARBAJAL, K., *Las nulidades (...)*, Ob. cit., p. 65.

en que, dependiendo del caso en concreto, el juez opte por favorecer la preservación de aquellos actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, es decir, que no le impiden cumplir los fines previstos por ley.



Conclusiones

La elaboración del presente trabajo de investigación permite llegar a las siguientes conclusiones generales:

1. El Derecho tiene una vocación natural hacia la permanencia, que le hace mantener su validez y vigencia, resistiéndose así a la eliminación del mismo modo que en el mundo físico.
2. El principio de conservación busca preservar el contenido de aquellos actos jurídicos que ostentan vicios no trascendentes. Es decir, que no les signifique un impedimento para cumplir con su finalidad de manera legítima. Como consecuencia de ello, solo pueden declararse inválidos a aquellos actos que ostenten un vicio que les impida alcanzar un fin que el ordenamiento jurídico considere merecedor de protección.
3. El principio de conservación se distingue de la conservación como resultado o consecuencia jurídica. Esta última puede tener como base a distintos valores jurídicos, tales como la buena fe, economía procesal, confianza legítima, entre otros. Así, en el presente trabajo se ha abordado la conservación que es consecuencia del principio del mismo nombre.
4. La validez de un acto jurídico no es sinónimo de la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para su emisión, sino de su conformidad con todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, las ilegalidades que ostenta un acto no acarrearán su invalidez, necesariamente. Ilegalidad no es sinónimo de invalidez.
5. Los actos jurídicos en general (tanto los actos o negocios jurídico-privados como los actos administrativos) se benefician de la presunción de validez. Es decir, surten efectos en tanto su nulidad no sea declarada formalmente. Ningún acto nace nulo, propiamente. La nulidad no es un modo de ser del acto, sino que se trata de un mecanismo procesal a través del cual se declara la invalidez de un acto jurídico y se sanciona su ineficacia.
6. En el Derecho Civil peruano el mecanismo de tutela del ordenamiento jurídico es la conservación del negocio jurídico en virtud del principio del mismo nombre. Es decir, la aplicación de la pretendida regla contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil es, en realidad, excepcional. Actualmente, en el Código Civil se encuentran cuatro mecanismos de aplicación del principio de conservación de actos: la nulidad parcial o anulabilidad, la convalidación, la subsanación y la conversión.
7. En el Derecho Administrativo, el principio de conservación persigue garantizar la eficacia de la Administración, siempre que encuentre amparo en el ordenamiento jurídico.

Este es su fundamento. Por su parte, la presunción de validez es el presupuesto para la aplicación del principio.

8. En ejercicio de su privilegio de autotutela, la Administración Pública tiene la posibilidad de revisar la validez de sus propios actos. Este control se lleva a cabo a través de dos mecanismos procedimentales que responden a la misma potestad: los recursos administrativos y la nulidad de oficio.
9. El sistema jurídico administrativo peruano tiene un régimen de nulidad exageradamente amplio, que contraviene la taxatividad requerida para un mecanismo excepcional. Esto, en perjuicio de la seguridad jurídica y la adecuada tutela del interés general.
10. El principio de conservación en la LPAG se manifiesta en dos técnicas que son, también, el resultado de la potestad de autotutela de la Administración: la nulidad parcial y la enmienda o subsanación. Además, la citada norma contiene supuestos específicos de conservación.
11. La invalidez parcial se regula en el artículo 13 de la LPAG. De este mecanismo, se sustentan en el principio de conservación los supuestos contemplados en sus numerales 13.2 y 13.3, tanto en su vertiente sustantiva como procesal. Por su parte, el numeral 13.1 se sustenta en el principio de economía procesal.
12. La enmienda o subsanación regulada en el artículo 14 de la LPAG no es una excepción a al artículo 10, ni mucho menos de manera específica a su inciso 2. En realidad, cualquier vicio de invalidez se predica sobre uno de los elementos del acto administrativo o su procedimiento de formación. El artículo 14 regula al mecanismo de enmienda y, además, desarrolla una lista de vicios no trascendentes. Sin embargo, el criterio central para determinar que un vicio no es trascendente está en el numeral 14.2.4 de dicho artículo, esto es, cuando se concluya indubitablemente que, de cualquier otro modo, el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
13. En tanto principio general, el principio de conservación puede ser aplicado en el control judicial de los actos administrativos. Ello es consecuencia de la dosis de seguridad jurídica que debe ostentar el valor justicia.

Lista de referencias

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección segunda: El Derecho Administrativo, pro manuscrito*, UDEP, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décima: El elemento subjetivo*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, capítulo décimo primero: Elemento formal*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimosegunda: Los elementos objetivo y causal, pro manuscrito*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A. Y BACA ONETO, V., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimotercera: Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho peruano, pro manuscrito*, Facultad de Derecho Udep, Piura, 2013.
- ABRUÑA PUYOL, A., “Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo”, en *Foro Jurídico N° 15*, PUCP, Lima, 2016.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*.
- BACA ONETO, V., *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Navarra, 2006.
- BAÑO LEÓN, J.M., “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en *Las vías administrativas a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA*, AEPDA, Zaragoza, 2016.
- BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *RAP N° 133*, INAP, Madrid, 1994.
- BIANCA, C. M., *Derecho Civil*, 2ª Ed., Vol III. “El contrato” (Trad. HINESTROSA, F. & CORTÉS, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BOCANEGRA SILVA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.
- BOQUERA OLIVER, J.M., “El aspecto jurídico-administrativo de la Organización Sindical española”, en *RAP N° 52*, INAP, Madrid, 1967, p. 41.

- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo”, en *Revista de Derechi N° 67*, PUCP, Lima, 2011, p. 67.
- CHANG CHUYES, G. “La conversión del procedimiento administrativo en proceso administrativo: el *aggiornamento* de una antigua propuesta y su aplicación en la actualidad”, en Castillo Córdova, L. (Coord.), *Los procesos en el sistema jurídico peruano*, Colección jurídica UDEP, Lima, 2020.
- CIERCO SEIRA, C., “Los recursos administrativos en España”, en *Las vías administrativas a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA*, AEPDA, Zaragoza, 2016.
- D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 10ª edición, Eunsa, Pamplona, 2004.
- DANÓS ORDOÑEZ, J., “Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general”, en *Visión actual del acto administrativo – Actas del XI Foro iberoamericano de Derecho Administrativo*, FIDA, Santo Domingo, 2012.
- DANÓS ORDÓÑEZ, J., “¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?”, en *Revista de Derecho Administrativo N° 9*, CDA, PUCP, Lima, 2010.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, 2ª Ed., IEP, Madrid, 1949.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública N° 84*, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, Gobierno Vasco, 2009.
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico” en *Anuario de Derecho Civil N° 14*, BOE, Madrid, 1961.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El principio de conservación de actos”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “El principio de presunción de validez”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa, Actas del XII Congreso de la AEPDA*, AEPDA, La Laguna, 2017.

- DROMI, R., *Acto administrativo*, 4ª Ed., Hispania, Buenos Aires, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo”, en *RAP N° 58*, INAP, Madrid, 1969.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., “Orden público y nulidad de pleno derecho”, en *RAP N° 59*, INAP, Madrid, 1969.
- Fernández Rodríguez, T-R. (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: IEAL.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *La nulidad de los actos administrativos*, Olejnik, Buenos Aires, 2019, pp. 45- 46
- GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial”, en *RAP N° 171*, INAP, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en *Moneda y Crédito N° 128*, Fundación Santander Central Hispano, BSCH, Madrid, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 18ª Ed., Civitas, Madrid, 2017.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Recursos contra denegatorias presuntas por silencio administrativo”, en *RAP N° 110*, INAP, Madrid, 1986.
- GARRIDO FALLA, F., “La eficacia de los actos administrativos en la nueva ley de procedimiento”, en *RAP N° 26*, INAP, Madrid, 1958.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Tomo I, EUNSA, Pamplona, 1987.
- GUZMÁN NAPURÍ, C., *Manual del procedimiento administrativo general*, Pacífico, Lima, 2013
- HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal, el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Fórum, Barcelona, 1995.
- HUAMÁN ORDÓÑEZ, L.A., *Procedimiento Administrativo General Comentado*, Jurista Editores, Lima, 2019.
- LEGUINA VILLA, J., “Principios Generales del Derecho y Constitución”, en *RAP N° 114*, CEPC, Madrid, 1987.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en *RAP N° 129*, INAP, Madrid, 1999.
- LÖSING, N. “Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional N° 6*, CEPC, Madrid, 2002.
- MARÍN PADILLA, M. L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona, 1990.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La causa de los contratos públicos”, en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2010.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, en *RGDA N° 26*, Iustel, Madrid, 2011.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, (Trad. SENTIS MELENDO, S.), EJEA, Buenos Aires, 1979.
- MORÓN URBINA, J.C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 14ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII: Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2ª Ed., BOE, Madrid, 2017.
- PALACIOS MARTÍNEZ, E., “Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico”, en *Themis N° 38*, PUCP, Lima, 1998.
- PALACIOS PANTA, M., *La transgresión de la presunción de veracidad en las propuestas presentadas por el postor en la contratación pública y la aplicación del principio de conservación del acto administrativo*, Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura. Facultad de Derecho, Programa Académico de Derecho, Piura, 2015
- PALMA DEL TESO, A., “La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen”, en *RAP N° 159*, INAP, Madrid, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, en *REDA N° 128*, Civitas, Madrid, 2005.
- REBOLLO PUIG, M., “La nulidad en el Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales”, en *Justicia Administrativa N° 44*, Lex Nova, Madrid, 2009.
- RUBIO CORREA, M., *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*, PUCP, Lima, 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a la teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, IEA, Madrid, 1975.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, en *RAP N° 100-102*, INAP, Madrid, 1983.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991.

- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de derecho administrativo*, Ceura, Madrid, 1998.
- TABOADA CÓRDOVA, L., *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2002.
- TABOADA CÓRDOVA, L., *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2013.
- VIDAL RAMÍREZ, F., *El acto jurídico*, 6ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima.
- VIGNOLO CUEVA, O., *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú*, Palestra, Lima, 2019.
- VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L. ET AL, *Lecciones fundamentales de Derecho Administrativo*, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- VILELA CARBAJAL, K., *Nulidades procesales y sentencia firme*, Palestra, Lima, 2007.
- VILELA CARBAJAL, K., *Las nulidades procesales en el derecho procesal civil*, Pacífico, Lima, 2015.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “La doctrina del acto confirmatorio”, en *RAP N° 8*, CEPC, Madrid, 1982
- ZUSMAN TINMAN, S., “Teoría de la invalidez y la ineficacia”, en *Ius et veritas N° 7*, PUCP, Lima, 1993.

