

Por:

Alberto

Picón Arranz \*

*ACTO ADMINISTRATIVO, NULIDAD DE  
PLENO DERECHO Y DELITO: UN ANÁLISIS  
DEL ART. 10.4 DE LA LPAG*

### Resumen

Tras una breve exposición sobre el *status quaestionis* de la teoría de la invalidez de los actos administrativos en la LPAG, el objetivo principal de este trabajo es realizar un estudio pormenorizado de la causa de nulidad de pleno derecho concerniente a los actos administrativos constitutivos de delito o dictados como consecuencia de éste recogida en el art. 10.4 LPAG. Por un lado, se estudian los requisitos materiales que deben concurrir en el acto y, por otro lado, se examina el papel que puede desempeñar la jurisdicción penal, así como sus límites, a la hora de declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por esta causa.

### Abstract

After a brief exposition of the *status quaestionis* of the theory of the invalidity of administrative acts in the LPAG, the main objective of this paper is to carry out a detailed study of the cause of full nullity concerning administrative acts constituting a crime or dictated as a consequence of it, set out in art. 10.4 LPAG. On the one hand, it studies the material requirements that must be met by the act and, on the other hand, it examines the role that criminal jurisdiction can play, as well as its limits, when declaring the full nullity of the administrative act on this ground.

**Palabras clave:** nulidad de pleno derecho, acto administrativo, delito

**Keywords:** nullity, administrative act, crime

\* PDI Postdoctoral en Universidad de Valladolid. Correo electrónico: [alberto.picon@uva.es](mailto:alberto.picon@uva.es)

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

### Sumario

***I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LPAG. II. LA CAUSAL DEL ART. 10.4 LPAG: DOS MOTIVOS DE NULIDAD DIFERENTES. 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE DELITO. 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO. III. LA IMPORTANCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LA OPERATIVIDAD DE LA CAUSAL DE NULIDAD POR DELITO DEL ART. 10.4 LPAG. 1. LA DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN PENAL POR SENTENCIA PENAL FIRME: UN PRESUPUESTO, POR NORMA GENERAL, INELUDIBLE. 2. EL INFLUJO DEL PRONUNCIAMIENTO PENAL FIRME EN LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.***

#### ***I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LPAG***

Como es sabido, la atmósfera que gira en torno a la invalidez del acto administrativo ha estado siempre presidida por más dudas que certezas. Buena culpa de ello tiene, quizás, el origen *iusprivatista* de los conceptos propios de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos -nulidad, anulabilidad, eficacia...-, pues han pasado a integrar la realidad jurídica del derecho administrativo sin realizar las oportunas adaptaciones dada la especial naturaleza jurídica de la Administración Pública.

Sin ánimo de hacer un exhaustivo análisis teórico sobre la teoría de la invalidez de los actos administrativos<sup>1</sup>, sí consideramos oportuno realizar alguna reflexión sobre la regulación de esta materia en el TUO de la Ley nº 27444 del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

---

<sup>1</sup> Puede encontrarse pormenorizadamente analizada esta cuestión en PICÓN ARRANZ, A., (2022), *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo: configuración legal y aplicación práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Basta realizar una primera lectura de los Capítulos II y III del Título I de la citada norma, relativos a la nulidad y a la eficacia de los actos administrativos, para advertir un parecido evidente con la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que se ocupa de regular estos extremos en España. Sin embargo, llama poderosamente la atención que la norma peruana solo alude a la nulidad de pleno derecho como categoría invalidante de los actos administrativos. Es decir, en derecho administrativo peruano, los actos administrativos o son válidos -incluidos los que incurren en vicios no trascendentes del art. 14 LPAG- o son nulos de plenos derecho.

Podría no tener más importancia esta circunstancia si, como hemos advertido, la norma peruana no estuviera inspirada en la norma española. En efecto, el régimen de la invalidez de los actos administrativos de ambas normas es muy parecido, pero en España -al igual que en Italia<sup>2</sup> o en Portugal, por ejemplo- las categorías invalidantes de los actos son dos: nulidad de pleno derecho y anulabilidad. Esta diferencia es, a nuestro juicio, el origen de la confusión que surge en el Perú a la hora de determinar el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho.

En España, la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad no son, en puridad, expresiones de la invalidez de los actos administrativos ni tampoco modos de ser del acto administrativo, sino técnicas procedimentales al servicio de quien esté legitimado para solicitar la declaración de invalidez de un acto. Se optará por una y

---

<sup>2</sup> Realiza un análisis comparativo entre el régimen de invalidez de los actos administrativo en España e Italia PICÓN ARRANZ, A. “Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia” en *Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, 2020, pp. 249-270.

otra técnica en función del vicio que concurra en el acto, pero la finalidad es la misma: la expulsión de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico.

La primera cuestión destacable sobre la división de las causas de invalidez entre las constitutivas de nulidad y las de anulabilidad es la de su carácter tasado o no. En efecto, las causales de nulidad son limitadas y deben establecerse de modo explícito en la norma mientras que la anulabilidad tiene carácter residual pues estará constituida por todas las vulneraciones del ordenamiento jurídico que no encajen ni en un vicio de nulidad ni tampoco en los vicios no trascendentes<sup>3</sup>.

Sin ánimo de entrar en construcciones dogmáticas, parece que el denominador común de los vicios de nulidad es su especial gravedad y su afección al orden público. Los intereses en juego en los vicios de nulidad exceden de la disponibilidad jurídica del individuo y atentan por ello contra el interés general. Además, su gravedad no se debilita con el paso del tiempo, lo que posibilita su revisión en cualquier momento.

Precisamente por el especial peligro que representan los vicios de nulidad para el orden público, el legislador ha diseñado un régimen procedimental más privilegiado para lograr la expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico, caracterizado principalmente –además de por los recursos administrativos y contenciosos ordinarios- por el procedimiento de revisión de oficio que no se prevé

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común española, en su artículo 47.1 establece que son nulos de pleno derecho los que lesionan derechos fundamentales, la incompetencia manifiesta, el contenido imposible, los actos constitutivos de delito o dictados como consecuencia de éste, los dictados con omisión del procedimiento legalmente establecido o prescindiendo de las reglas esenciales de formación de la voluntad de órganos colegiados o aquellos por los que se adquieren facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición. Y, en el art. 48 establece que son anulables Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

para vicios de anulabilidad y por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad<sup>4</sup> que permitirá, en principio, impugnar un acto administrativo sin límite temporal alguno.

Por el contrario, el régimen procedimental previsto para los vicios de anulabilidad se limita a los recursos administrativos o, en su caso, contencioso-administrativos y siempre sujetos a los fugaces plazos legalmente previstos para su interposición. Una vez expirado el plazo para recurrir los actos presuntamente anulables éstos devienen inatacables salvo mediante el procedimiento de declaración de lesividad previsto solo para los actos anulables favorables para los interesados y en un plazo de cuatro años desde que el acto fue dictado.

¿Qué ocurre, a nuestro juicio, en el Perú? Que el legislador cuando diseñó la categoría de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de nulidad de pleno derecho sólo tomó el nombre, puesto que el régimen jurídico se asemeja mucho más al de la anulabilidad, provocando -como anticipamos- alguna confusión difícilmente superable. Se nos ocurren, al menos, dos ejemplos:

- En primer lugar, el art. 10.1 LPAG establece que es un vicio de nulidad de pleno derecho del acto administrativo “*la contravención a la Constitución, a las leyes, o a las normas reglamentarias*”. Es evidente que, dada la amplitud de esta causal, no hubiera tenido sentido seguir especificando otros vicios de nulidad de pleno derecho pues todos podrán ser incluidos en el art. 10.1 LPAG.

---

<sup>4</sup> Sobre la acción de nulidad y la revisión de oficio de los actos administrativos, vid. BECERRA GÓMEZ, A. M<sup>a</sup>., (2022), “La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos”, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- En segundo lugar, el art. 213 LPAG que regula la revisión de oficio de los actos administrativos mezcla constantemente elementos propios de la nulidad y de la anulabilidad. Por un lado, exige que sean actos firmes que incurran en vicios del art. 10 -ya hemos dicho que no son tasados dada la amplitud del art. 10.1- y que atenten contra el interés público o que lesionen derechos fundamentales. Por otro lado, frente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, el legislador impuso un plazo a la propia Administración de dos años desde que quedaron consentidos para declarar la nulidad de oficio.

Esta confusión no ha pasado desapercibida para la doctrina que, sin éxito, ha intentado poner de manifiesto la importancia de tener dos técnicas procedimentales diferenciadas en virtud de la importancia del vicio<sup>5</sup>.

A pesar de la circunstancia descrita en este epígrafe, y para lo que resta de estudio, la causal de nulidad referida a *los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma*, se tratará como una verdadera causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dada su concreción y la indiscutible afcción al orden público que implica dada su conexión con el derecho penal.

---

<sup>5</sup> En este sentido destaca la aportación de BACA ONETO V. S., (2007), “La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano”, en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (coords. DANÓS ORDOÑEZ, J., & otros), Palestra Editores, Lima. El autor, siguiendo el modelo francés, plantea la utilidad que podría tener en el Perú la categoría de la inexistencia del acto administrativo.

## **II. LA CAUSAL DEL ART. 10.4 LPAG: DOS MOTIVOS DE NULIDAD DIFERENTES<sup>6</sup>**

Una de las principales motivaciones de los Estados es eliminar la corrupción en la actuación de los poderes públicos. Ello implica, por un lado, establecer sanciones - penales y administrativas- con el objeto de disuadir a los funcionarios públicos de comportamientos ilícitos y, por otro lado, determinar las consecuencias jurídicas de los actos dictados mediando corrupción. A lo largo del presente trabajo nos centraremos en el estudio de la nulidad prevista en el art. 10.4 LPAG para los “*actos administrativos constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma*”. Es cierto que su ámbito de aplicación puede ser más amplio, pero también es cierto, que esta causal de nulidad se constituye como uno de los mecanismos importantes para corregir actos de corrupción -y sus efectos- que surjan en el seno de la Administración Pública<sup>7</sup>.

Adentrándonos ya en el estudio del supuesto de nulidad recogido en el art. 10.4 LPAG, debemos destacar que, en realidad, no es uno sino dos los motivos de nulidad que se prevén: el acto constitutivo de infracción penal y el acto dictado como consecuencia de una infracción penal. Al margen de estar relacionados con la

---

<sup>6</sup> Esta causa de nulidad coincide exactamente con la causa de nulidad de los actos administrativos recogida en el art. 47.1.d) de la Ley de procedimiento administrativo española (son nulos de pleno derecho los actos administrativos “constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”), razón por la cual se justifica alguna referencia a la doctrina española o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

<sup>7</sup> No es el único mecanismo tendente a evitar la corrupción en el derecho administrativo. Existen, además de infracciones penales y administrativas que sancionan cualquier conducta corrupta de los funcionarios públicos, por ejemplo, cláusulas anticorrupción en el ámbito de contratos públicos. En este sentido, destaca el trabajo de CHANG CHUYES, G. & VILELA CARBAJAL, K., (2019), “La nulidad del laudo arbitral en contratación pública por actos de corrupción de los árbitros en el Perú” en *Actas de la AEPDA. 20 años de la Ley de lo Contencioso Administrativo* (coords. LÓPEZ RAMÓN, F. & VALERO TORRIJOS, J.) INAP, Madrid, pp. 689 a 698, donde se denuncia la inexistencia de una causal de nulidad de laudos arbitrales paralela a la que constituye el art. 10.4 LPAG y los problemas que genera para declarar la nulidad de laudos arbitrales por corrupción de alguno o todos los árbitros.

comisión de un delito, poco tienen que ver el uno con el otro. Tanto el contenido como el fundamento de ambas causales difieren considerablemente, razón por la cual los pasamos a examinarlas por separado.

### 1. *EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE DELITO*

Aunque pueda parecer obvio, es razonable comenzar este análisis aclarando que este motivo de nulidad exige que el acto constitutivo de delito sea un acto administrativo -acto jurídico dictado por un órgano de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa diferente de la potestad reglamentaria, con presunción de validez y capacidad para producir efectos jurídicos-. *A contrario sensu*, si el acto constitutivo de delito lo produce un particular, por mucho que se produzca en el seno de un procedimiento administrativo y tenga efectos jurídico-públicos, nunca podrá declararse su nulidad aplicando el primer inciso del artículo 10.4 LPAG<sup>8</sup>.

Una vez aclarado este particular, nos centramos a continuación en determinar el alcance de este motivo de nulidad. Quizás de todas las causas de nulidad del acto administrativo que recoge la LPAG, la del acto administrativo constitutivo de infracción penal sea la que menos problemas entraña en cuanto a la determinación de su contenido pues su tenor literal no admite interpretaciones de ningún tipo. Serán

---

<sup>8</sup> Traemos a colación un ejemplo español que se produjo en el ámbito tributario. En efecto, el artículo 217.1.d) de la Ley General Tributaria española coincide con el tenor literal del artículo 10.4 LPAG, reconociendo la nulidad de los actos administrativos en materia tributaria que sean constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta. En este contexto se solicitó la nulidad de un acto administrativo de liquidación tributaria basándose en un acto de autoliquidación previamente aportado por el administrado y declarado delictivo en sede penal. El Tribunal Supremo español en la STS de 2 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 2151/2009), entiende que el motivo de nulidad que ahora analizamos “ha de referirse, por regla general, a la actuación de la propia Administración Tributaria, a través de los titulares de sus órganos, al incurrir éstos, durante el procedimiento de comprobación, liquidación o inspección, en la comisión de un delito o falta, supuesto que no es el contemplado en el caso que se examina, pues en él, es el administrador de la sociedad el que incurre en la infracción penal”.

nulos los actos administrativos que, por sí mismos, encajen<sup>9</sup> en alguna conducta tipificada como infracción en el Código Penal, incluidas las faltas, pues el legislador no quiso excluirlas y por ello utilizó la expresión más amplia “infracción penal” y no “delito”. Sin necesidad de ejecución ni de ninguna otra actuación administrativa posterior, el contenido del acto debe coincidir con la conducta descrita en el tipo delictivo penal<sup>10</sup>. En principio, encajaría en el supuesto que ahora analizamos cualquier delito del Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos) del Título XVIII (delitos contra la Administración Pública) del Código Penal. Sin embargo, destacamos hasta cuatro tipos delictivos que cobran más protagonismo en la aplicación práctica de esta causal de nulidad:

- Nos encontramos ante este tipo de actos en el supuesto en el que un funcionario público emite una licencia o una certificación falsa, pues son conductas encuadrables en el delito de falsificación de documentos que, en el caso de ser públicos, conlleva una agravación de la pena<sup>11</sup>.
- También es común aplicar este motivo de nulidad al delito de abuso de autoridad -y a alguna de sus variantes que se recogen en el Código Penal- que se identifica precisamente con la prevaricación cometida por los funcionarios

---

<sup>9</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204.

<sup>10</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, p. 352, quién considera que “el elemento penal es coetáneo a la producción del acto”. En el mismo sentido, vid. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, p. 209.

<sup>11</sup> El delito de falsificación de documentos del artículo 427 del Código Penal peruano establece que “el que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento”, agravando la pena en el caso de que se trate de un documento público. Igualmente se sanciona expresamente el uso de un documento falso.

públicos consistente en dictar actos arbitrarios a sabiendas produciendo un perjuicio<sup>12</sup>.

- Igualmente, otro delito que cobra protagonismo en esta causa de nulidad es el delito de nombramiento ilegal de funcionario público<sup>13</sup>. En estos casos el acto administrativo que contiene el nombramiento coincide con el desarrollo de la conducta tipificada como delito.
- Por último, también encajaría en este motivo de nulidad el otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles por funcionario público<sup>14</sup>.

Junto con este tipo de actos delictivos en sí mismos, se ha venido asimilando por la doctrina a la categoría de actos constitutivos de infracción penal los actos administrativos que contengan una orden o mandato para la realización de una conducta delictiva<sup>15</sup>. Pensemos, por ejemplo, en el superior jerárquico que ordena a su subordinado la destrucción de un expediente administrativo previamente solicitado por un juez penal o dictar un acto mediando abuso de autoridad. El contenido de estos actos, aunque requiera su posterior puesta en práctica, es delictivo, y por ello se equiparan jurídicamente a los actos delictivos en sí mismos a efectos de su calificación como nulos de pleno derecho.

---

<sup>12</sup> Concretamente, el art. 376 del Código Penal define el delito de abuso de autoridad como “el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”.

<sup>13</sup> El art. 381 del Código Penal determina que “el funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa”.

<sup>14</sup> El art. 376-B del Código Penal tipifica como conducta delictiva la del “funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente”.

<sup>15</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 351, considera que en este grupo de supuestos “el elemento penal se sitúa lógicamente en una fase posterior a la emanación formal del acto”. Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 208.

En conclusión, el acto constitutivo de infracción penal no presenta demasiados problemas desde el punto de vista material dada su grave ilegalidad y su incuestionable afección al orden público, razón por la cual merece su calificación como nulo de pleno derecho por imperativo del artículo 10.4 LPAG.

## 2. *EL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO*

Como se adelantó más arriba, más allá de la relación de estas causales de nulidad con el derecho penal, poco más tiene que ver el acto constitutivo de delito con el acto dictado como consecuencia de un delito. En efecto, la primera circunstancia a destacar sobre este motivo de nulidad tiene que ver con la relación temporal entre la infracción penal y el acto administrativo. En esta ocasión, el elemento delictivo tiene lugar en un momento anterior a la producción del acto. Además, a diferencia del supuesto anterior, en el cual el titular del órgano administrativo era quien ejecutaba o mandaba ejecutar la conducta delictiva, ahora el delito puede llevarse a cabo tanto por la Administración Pública como por una persona privada<sup>16</sup>. El elemento fundamental de este supuesto de nulidad no tiene que ver con el autor de la infracción penal, sino con la relación de causalidad entre el ilícito penal y el acto administrativo posterior.

Lejos del automatismo que existe entre el acto administrativo constitutivo en sí mismo de delito y su nulidad, en los actos dictados como consecuencia de delito habrá que analizar la influencia concreta que la infracción penal ha tenido en el acto administrativo, y sólo si ésta es determinante del contenido del acto procederá su

---

<sup>16</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1953.

nulidad<sup>17</sup>. Puede ocurrir que en un procedimiento administrativo se haya cometido un hecho delictivo -sancionable penalmente en todo caso- y, sin embargo, no afecte a la validez de los actos posteriores pues su contenido hubiera permanecido idéntico si no se hubiese cometido ningún delito.

Indudablemente para conocer el grado de influencia que haya podido tener la infracción penal en el acto administrativo habrá que analizar el caso concreto. No obstante, podemos afirmar que la relación de causalidad, a efectos de poder declarar la nulidad del acto, exige dos circunstancias que deben concurrir necesariamente:

- En primer lugar, la relación de causalidad exige que el acto administrativo haya estado “*decisivamente influido y preparado*”<sup>18</sup> por el delito que le precede temporalmente en el procedimiento administrativo. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español -aplicable al caso peruano íntegramente a nuestro entender- exige que el contenido del acto administrativo cuya nulidad se cuestiona haya sido “*determinado esencialmente por elementos constitutivos de delito*”<sup>19</sup>.
- En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la rigurosidad predicable del nexo causal ha de ser tal, que, “*sin el delito cometido no se hubiera producido el acto*”<sup>20</sup>. La infracción penal ha de ser, en todo caso, causa directa del acto administrativo, de tal forma que, si éste hubiera existido con idéntico

---

<sup>17</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 357, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 216, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. 3ª, Civitas, Cizur Menor, p. 185, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 673.

<sup>18</sup> STS español de 15 de abril de 2004, FD 3, (rec. 7249/1999).

<sup>19</sup> STS español de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011).

<sup>20</sup> Dictámenes del Consejo de Estado español 176/2015, de 16 de abril, 1742/2011, de 23 de febrero de 2012, 2076/2005, de 9 de febrero de 2006, 2121/2005, de 9 de febrero de 2006, 111/2002, de 7 de febrero, 2543/2002, de 31 de octubre, 4895/1997, de 9 de octubre.

contenido, independientemente del delito, no podrá encuadrarse en la causa de nulidad de pleno derecho que ahora analizamos.

En definitiva, el acto administrativo posterior al delito sólo será nulo de pleno derecho cuando esté decisivamente influido por éste, hasta el punto de que sin el delito previo no se hubiera producido nunca el acto.

De esta interpretación parece deducirse que, consecuencia de la estrecha relación de causalidad entre el delito y el acto administrativo, esta causa de nulidad exige, por último, que el acto no sea conforme con el ordenamiento jurídico<sup>21</sup>. Por coherencia con la teoría de la invalidez del acto administrativo y el principio de conservación de los actos, sería un contrasentido declarar nulo de pleno derecho un acto plenamente legal<sup>22</sup>.

Nos valdremos de algún ejemplo para ilustrar lo anterior. En relación con los actos reglados se generan pocas dudas en este sentido: pensemos en el otorgamiento de una licencia a quien cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, pero aun así entrega una cantidad de dinero al funcionario público competente para acelerar el proceso de otorgamiento. Al margen de las responsabilidades penales por un delito de cohecho, en principio, no cabrá declarar la nulidad de la licencia puesto que ésta se hubiera otorgado igualmente al cumplir el solicitante los requisitos legales y, por tanto, el acto sería válido<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, p. 156, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 216, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1952.

<sup>22</sup> MÉNDEZ VÁSQUEZ, D., (2021), *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*, Derecho y Sociedad, Perú, p. 108.

<sup>23</sup> En contra de esta idea, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación” en *RAP*, n° 133, 1994, p. 176, quien considera que la licencia debería ser nula de pleno

Misma solución merece un procedimiento competitivo al que solo se presenta un único licitador que comete un delito de cohecho previo, pero que aun así cumple con los requisitos de la licitación y, conforme a la normativa jurídico-administrativa, obtiene la adjudicación del contrato. Al existir un único licitador, lo que debería ser un acto discrecional de adjudicación se convierte prácticamente en un acto reglado toda vez que el licitador cumpla los requisitos normativos<sup>24</sup>.

Sin embargo, se plantean más problemas cuando el acto dictado como consecuencia de un delito sea de carácter plenamente discrecional. Imaginemos un procedimiento de concurrencia competitiva para obtener la adjudicación de un contrato de obra pública al que se presentan varios licitadores. Uno de los licitadores entrega una cantidad de dinero al órgano administrativo encargado de la adjudicación -incurriendo así en un delito de cohecho- y, consigue finalmente que le adjudiquen el contrato de obra. En estos supuestos donde la discrecionalidad administrativa juega un papel decisivo, es muy difícil concluir que el acto discrecional hubiera existido de forma idéntica sin la concurrencia del delito previo. Por ello, consideramos que, al encajar esta circunstancia en el supuesto de hecho del art. 10.4 LPAG, en principio, se habrá de presumir que estamos ante un acto nulo de pleno derecho por haber sido dictado como consecuencia de un delito. Corresponderá a la Administración autora del acto demostrar que éste no ha estado influido por el delito, que es plenamente conforme a Derecho y que, además, hubiese tenido idéntico contenido de no haber concurrido la infracción penal.

---

derecho, aunque sea perfectamente conforme a Derecho puesto que ha sido otorgada como consecuencia de una infracción penal. Entendemos que realmente la licencia no ha sido otorgada como consecuencia de un delito previo, pues si el solicitante cumple los requisitos tasados en la ley para ser merecedor de la licencia, la hubiera obtenido de igual manera, aunque, posiblemente, más tarde.

<sup>24</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 217.

De forma sintética, un acto dictado como consecuencia de un delito previo puede plantear tres escenarios diferentes:

- Será nulo de pleno derecho cuando haya existido una estrecha relación de causalidad hasta el punto de que sin la existencia del delito no hubiera tenido lugar el acto administrativo que, además, debe ser contrario al ordenamiento jurídico.
- Será válido cuando la infracción penal no haya influido en el contenido del acto administrativo y, además, éste sea plenamente conforme a derecho. Estamos ante el supuesto de los actos reglados, en cuyo caso se hubiese dictado el mismo acto con o sin la existencia del elemento penal previo.
- Por último, en el caso de actos administrativos discrecionales precedidos de una infracción penal, debe presumirse que son nulos de pleno derecho. Será la Administración la que, en cada caso concreto, deba probar la ausencia total de influencia del delito en el acto administrativo, así como su legalidad, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en la presunción de validez de los actos administrativos consagrada en el art. 9 LPAG.

En la práctica, esta causa de nulidad de pleno derecho entra en escena fundamentalmente en relación con dos delitos: la falsedad documental -ya sea pública o privada- y el cohecho.

En lo que al delito de falsedad documental se refiere, como anticipamos más arriba, es indiferente quién sea el autor del delito para la declaración de nulidad del acto administrativo. Tanto si el autor es la Administración Pública, como si es el propio interesado, o incluso un tercero, lo decisivo es, por un lado, que el delito de

falsedad esté declarado por sentencia penal firme y, por otro lado, que esté conectado causalmente con el acto administrativo<sup>25</sup>.

El otro delito con gran trascendencia práctica en esta causa de nulidad es el delito de cohecho, recogido en los artículos 393 -propio- y 394 -impropio- del Código Penal peruano y que se refiere al “*funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas*” -cohecho propio- y al “*funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado*” -cohecho impropio-<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> El delito de falsedad se encuentra tipificado en el art. 427 del Código Penal. Nos remitimos a la nota 10 donde se transcribe su contenido.

Traemos a colación la STS español de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011) que ofrece un ejemplo aplicable a este caso: se califica como nula de pleno derecho una Orden que mandó expedir la Carta de sucesión en el título nobiliario de Marqués, pues para su otorgamiento fue presupuesto necesario la presentación de cinco partidas eclesiásticas declaradas falsas en sede penal. En este caso, la falsificación de la documentación la llevan a cabo los abogados del beneficiario del título nobiliario, hasta el punto de ser éste indemnizado en sede penal como perjudicado. Sin embargo, como la relación de causalidad entre la documentación falsa y el título de Marqués es rigurosa e indudable, se declaró la nulidad de pleno derecho de la Orden.

Por su parte la STS español de 15 de abril de 2004, FFDD 1 y 2, (rec. 7249/1999), de forma análoga, aunque en este caso es el propio interesado el que falsifica la documentación, la presentación de un Título de Bachiller falsificado que era requisito indispensable para la obtención de un certificado que otorga la Dirección General de Tráfico a efectos de poder formar parte de las Escuelas Particulares de Conductores conllevó la nulidad del citado certificado. En este caso tampoco se planteó duda sobre la nulidad del acto administrativo de certificación pues un juez penal condenó a la solicitante como autora de un delito de falsedad en documento público y, además, no había duda alguna en la relación de causalidad pues estar en posesión del título de Bachiller Superior era *conditio sine qua non* para obtener el certificado requerido.

<sup>26</sup> Otro ejemplo español que sería igualmente trasladable al ámbito peruano. La SAN española de 11 de noviembre de 2016, FD 1, (rec. 408/2015) dictada previo Dictamen del Consejo de Estado español 176/2015, de 16 de abril, en el ámbito tributario, declara nulas de pleno derecho las liquidaciones del impuesto de sociedades obtenidas con la omisión de documentación en la investigación debido a la entrega de dádivas por el grupo empresarial a los funcionarios encargados del procedimiento. En efecto,

### **III. LA IMPORTANCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LA OPERATIVIDAD DE LA CAUSAL DE NULIDAD POR DELITO DEL ART. 10.4 LPAG**

A partir de ahora dedicaremos nuestra atención al papel que desempeña o puede desempeñar la jurisdicción penal en la declaración efectiva de esta causa de nulidad, así como a sus relaciones con la Administración Pública o la jurisdicción contencioso-administrativa. Dado que la especialidad de este motivo de nulidad radica en su doble contenido, penal y administrativo, es precisamente en la relación entre ambas jurisdicciones donde surgen las principales controversias o debates doctrinales. Se trata de encontrar respuestas válidas a la cuestión de hasta dónde alcanza la competencia del juez penal en relación con este supuesto, así como la posibilidad o no que tiene de influir en una posterior declaración de nulidad por parte de la Administración o del juez contencioso-administrativo.

#### **1. LA DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN PENAL POR SENTENCIA PENAL FIRME: UN PRESUPUESTO, POR NORMA GENERAL, INELUDIBLE**

A pesar de que existen matices que analizaremos más adelante, la declaración de la existencia de un delito es competencia exclusiva del juez penal. Por lo tanto, para que pueda operar la causa de nulidad relativa al acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella va a ser, en principio, presupuesto necesario un pronunciamiento de un juez penal calificando unos hechos como delictivos<sup>27</sup>.

---

los hechos fueron declarados delito de cohecho -entre otros- en sede penal. La entrega de las dádivas se conecta causalmente con la conducta de los funcionarios de no solicitar toda la documentación que hubiera permitido la completa regularización tributaria y, en consecuencia, las actas de liquidación resultantes son nulas pues “como resultado de las omisiones en las comprobaciones efectuadas por dichos actuarios, dejó de ingresar a la Hacienda Pública los altísimos importes que hubieran resultado de la correcta liquidación de los tributos”.

<sup>27</sup> En contra de esta doctrina mayoritaria, vid. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 1ª, Dykinson, Madrid, p. 111 o GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 210. Ambos autores entienden que para declarar la nulidad de pleno

El fundamento legal de la competencia exclusiva del juez penal para la calificación de unos hechos como delito o falta lo encontramos en el Código Procesal Penal. Concretamente, el art. 17 califica de “*improrrogable*” la jurisdicción penal ordinaria y determina su alcance “*a los delitos y a las faltas*”.

No sólo el delito o la falta deben estar declarados por un juez penal, sino que deberá declararlos mediante sentencia firme pues, como es sabido, sólo la firmeza de las sentencias garantiza que no quepa recurso alguno contra ellas.

Así se deduce también del art. 213.3 LPAG que al regular los plazos para la revisión de oficio determina que “*la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10*”.

---

derecho del acto administrativo no es necesario determinar si existe o no culpabilidad -cuestión que sí es competencia exclusiva del juez penal- sino que será suficiente comprobar la tipicidad y antijuridicidad (elementos objetivos) de la conducta. Precisamente como lo pretendido en este momento es la declaración de nulidad de un acto administrativo, los autores consideran que es perfectamente posible que el juez contencioso-administrativo o la propia Administración, cuando estemos ante hechos especialmente groseros y plenamente acreditados en el procedimiento administrativo o en el proceso contencioso-administrativo, puedan considerar unos hechos como delictivos a efectos de declarar la nulidad del acto administrativo, sin entrar a valorar consecuencias penales. En concreto, PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2ª, Marcial Pons, Madrid, p. 278, entiende que, de lege ferenda, debería admitirse que en los supuestos delictivos que no ofrezcan ninguna duda, pueda la justicia administrativa “estimarlos en razón a su tipicidad penal nulos de pleno derecho” y, sin embargo, no ser esto incompatible con una posterior sentencia absolutoria en sede penal porque falten elementos que deben concurrir en el delito o la persona a quien se le imputa.

No compartimos esta posición, puesto que si el supuesto de nulidad exige que el acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal o sea dictado como consecuencia de ésta, y la competencia exclusiva para determinar que conducta es constitutiva de delito la tiene el orden penal según la LOPJ, no podrá invocarse esta causa de nulidad sin el previo pronunciamiento de un juez penal pues de lo contrario se estaría vulnerando el reparto competencial establecido en la LOPJ.

Precisamente por esto, y apoyándonos en la interpretación restrictiva predicable de todas las causas de nulidad de pleno derecho, sólo si existe sentencia penal firme, la Administración o el juez contencioso administrativo podrá declarar la nulidad de un acto por la vía del art. 10.4 LPAG<sup>28</sup>.

Ahora bien, esta regla general se ve quebrantada por una serie de supuestos en los cuales, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito - piénsese en su muerte, por ejemplo-, no va a ser posible en la práctica conseguir una sentencia firme condenatoria del juez penal. Realmente nos encontramos ante supuestos muy excepcionales que, sin embargo, debemos afrontar para tratar de dar una solución jurídica adecuada.

Parece que no es de justicia que si un funcionario falsifica la emisión de un título académico a cambio de una cantidad de dinero que le entrega su destinatario, la solución respecto de la validez de ese título sea diferente si el funcionario muere al día siguiente o si continúa su actividad con normalidad. Es de sentido común que el título académico sea nulo de pleno derecho en ambos casos, pues su emisión se identifica plenamente con varios delitos.

---

<sup>28</sup> No siempre ocurre así. Sin que sea la norma general, se ha llegado a aplicar este criterio de forma aislada en el Perú. Por ejemplo, la Resolución n° 1388-2011-TC-S3 del Tribunal de Contrataciones del Estado declaró la nulidad del acto de otorgamiento de una licitación con fundamento en el art. 10.4 LPAG porque “en efecto, a razón del total de la documentación recabada por la Entidad durante el procedimiento de fiscalización posterior, obran en autos medios probatorios suficientes que corroborarían que los aludidos certificados de trabajo contendrían información inexacta, lo que implica (...) la comisión de un ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427 del Código Penal, el cual tutela como bien jurídico la fe pública y la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado”. No existe sentencia penal condenatoria por delito de falsedad documental, pero el órgano administrativo se autoatribuye -de forma ilegal- la facultad de decidir si unos hechos son o no delictivos en función de la documentación que obra en el expediente y, en consecuencia, declara la nulidad del acto.

Por lo tanto, ante estas situaciones, como es del todo imposible obtener una sentencia penal que declare la comisión del delito, no nos queda más remedio que admitir que en los casos de extinción de la responsabilidad penal -y sólo en estos casos- o bien la Administración, o bien el juez de lo contencioso-administrativo, a los solos efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo, puedan declarar que unos hechos determinados tienen carácter delictivo<sup>29</sup>, con independencia de que la responsabilidad penal haya desaparecido.

Esta posibilidad de la Administración o del juez contencioso-administrativo sólo podrá operar, dada la excepcionalidad y especialidad de la cuestión, si se cumplen dos condiciones:

- La primera cuestión a tener en cuenta es el carácter improrrogable de la jurisdicción penal, única facultada para declarar unos hechos como constitutivos de delito o falta según el art. 17 del Código Procesal Penal.

Para salvar esta circunstancia parece recomendable que exista un pronunciamiento de un juez penal -generalmente tendrá forma de auto- que declare precisamente la imposibilidad de abrir un procedimiento penal por concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal<sup>30</sup>.

Una vez que el juez penal ha declarado la imposibilidad de que recaiga sentencia condenatoria firme por concurrir una causa de extinción de responsabilidad, tendrá vía libre la Administración o el juez contencioso-administrativo para, a los

---

<sup>29</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 359 y 360, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 186, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 676.

<sup>30</sup> En este sentido, cfr. MORÓN URBINA, J. C., (2019), *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I*, 14ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, p. 262, nota 199.

exclusivos efectos de declarar la nulidad del acto, considerar que unos hechos encajan en un tipo penal.

- Y la segunda, que el caso concreto no pueda acogerse a ningún otro supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 10 LPAG. Si el supuesto de hecho encaja de forma natural en otra causa tasada de nulidad, no será necesario plantearse esta vía excepcional para declarar la nulidad vía art. 10.4 LPAG sin sentencia penal condenatoria.

Esta segunda condición puede cobrar mucha importancia en la práctica pues, conscientes del sempiterno retraso que suele sufrir la jurisdicción penal, la declaración de nulidad por este motivo puede llegar demasiado tarde e incluso ser difícil de ejecutar en la práctica. Sin embargo, sobre todo en los actos dictados como consecuencia de una infracción penal, en muchas ocasiones es aplicable la causal del art. 10.3 LPAG referida a *“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”*. Es frecuente que, a través, por ejemplo, de una falsificación documental o un delito de cohecho se obtengan permisos o contratos -facultades o derechos, en definitiva- sin tener los requisitos o la documentación esencial para su adquisición. En estos supuestos el requisito de la sentencia penal firme no es exigible y ello agiliza enormemente la posible declaración de nulidad.

Otra solución que parece razonable para impedir más rápidamente la eficacia del acto administrativo relacionado con la comisión de una infracción penal es la adoptar la medida provisional de suspensión de la eficacia del acto cuya validez pueda quedar en entredicho en función de lo que se decida en un proceso penal. Entendemos

que esta medida provisional se podría adoptar en el momento en el que desde la jurisdicción penal se abra un proceso -que se notificará a la Administración autora del acto- por la concurrencia de indicios razonables de delito en el actuar de la Administración Pública. A nuestro juicio, no puede adoptar el juez penal esta medida provisional pues carece de competencia para ello, debe ser la Administración en todo caso. No requerirá más motivación para su adopción que la existencia de un proceso penal que investiga la existencia de un delito relacionado con la actuación administrativa.

En conclusión, como regla general, para la aplicación del artículo 10.4 LPAG será necesaria una sentencia penal firme condenatoria. Por razones de pura justicia esta regla general puede ceder en los casos que, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito, va a ser imposible obtener la sentencia penal condenatoria pese a que los hechos encajen en un tipo penal. En estos supuestos, la Administración o el juez contencioso-administrativo podrán declarar la nulidad del acto por el motivo que ahora estudiamos si el caso concreto no encaja en ninguna otra causa de nulidad de las recogidas en el ordenamiento jurídico administrativo y, además, un juez penal se ha pronunciado sobre la efectiva extinción de la responsabilidad penal del autor, razón por la cual nunca podrá obtenerse una sentencia firme condenatoria<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Frente a esta solución ecléctica, un sector doctrinal considera que la causa de nulidad del acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella sólo podrá entrar en juego si existe una sentencia penal firme condenatoria, sin admitir ninguna excepción. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento...* op. cit. p. 215, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 188.

## 2. *EL INFLUJO DEL PRONUNCIAMIENTO PENAL FIRME EN LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

La siguiente cuestión objeto de estudio, una vez aclarada la necesidad de sentencia penal firme, es si el pronunciamiento del juez penal influye o no en la validez del acto administrativo. En otras palabras, la razón de ser de este epígrafe es determinar si la sentencia penal puede declarar por sí misma la nulidad de un acto administrativo, o si, por el contrario, se trata de un presupuesto necesario, pero no determinante, pues la declaración de nulidad de un acto administrativo es competencia exclusiva de la Administración o de los tribunales contencioso-administrativos.

Para ello consideramos oportuno volver a diferenciar los dos motivos de nulidad que plantea el art. 10.4 LPAG: por un lado, el acto constitutivo de delito y, por otro lado, el dictado como consecuencia del delito.

En relación con los actos administrativos constitutivos de delito, tanto la infracción penal como el contenido de la causal de nulidad administrativa recaen sobre el mismo objeto -el acto administrativo- y, por ello, parece innecesario un ulterior pronunciamiento en sede administrativa cuando un juez penal ha declarado por sentencia firme que el acto administrativo constituye un hecho delictivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español también defiende esta postura, dando a entender que el juez penal podrá por sí mismo declarar la nulidad del acto administrativo cuando sea “*una nulidad basada en legislación administrativa*”<sup>32</sup>, es decir, cuando exista una habilitación legal previa que lo permita. Entendemos que esta habilitación existe en los supuestos en los que el acto administrativo es constitutivo

---

<sup>32</sup> STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

de delito, pues si sólo el juez penal es competente para declarar un delito, y éste coincide con la actuación administrativa, su nulidad es una consecuencia automática de la ley -ex art. 10.4 LPAG- en la que poco hay que valorar en un posible examen en sede administrativa.

En otras palabras, el Tribunal Supremo español considera que “*los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva*”<sup>33</sup>. No consideramos descabellada esta apreciación pues un acto administrativo constitutivo de delito ha de ser necesariamente nulo de pleno derecho atendiendo al tenor literal del art. 10.4 LPAG<sup>34</sup>, de lo contrario podríamos estar ante el contrasentido de que un acto administrativo constitutivo de delito pueda producir efectos jurídico-administrativos<sup>35</sup>. Si el delito está conceptualizado como la ilegalidad más grave y contraria al orden público que reconoce el ordenamiento jurídico, por coherencia, un acto que constituya por sí mismo un delito no puede tener validez en ningún ámbito. Podría declararse nulo en vía penal y comunicárselo inmediatamente a la Administración autora del acto.

Ahora bien, es igualmente correcto acudir a la vía de la revisión de oficio del art. 213 LPAG, según el cual la Administración Pública puede declarar la nulidad de

---

<sup>33</sup> STS español (Sala de lo Penal) de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS español (Sala de lo Penal), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012), STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

<sup>34</sup> En contra, vid. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 7: “es posible encontrar, como venimos diciendo, actos válidos en derecho administrativo y sin embargo constitutivos de delito”. No podemos compartir esta afirmación pues contradice frontalmente el artículo 47.1.d) LPACAP -10.4 LPAG- que declara la nulidad del acto constitutivo de delito.

<sup>35</sup> En otras palabras, la STS español (Sala de lo Penal), de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS español (Sala de lo Penal), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012) establecen que “podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos”.

los actos administrativos firmes que lesionen el interés público o derechos fundamentales y encajen en alguna causal del art. 10 LPAG. Entendemos que tal opción, siendo plenamente legal, podría resultar contraria al principio de economía procesal. En efecto, abrir un procedimiento de revisión de oficio en los casos de actos constitutivos de delito previamente declarados en sede penal es retrasar aún más su expulsión del mundo jurídico pues la Administración en estos casos no tendría margen de valoración ni podría contradecir al juez penal. En todo caso, y para superar este escollo formal, la declaración de nulidad en vía administrativa se traduciría en un trámite cien por cien reglado que tendrá carácter automático<sup>36</sup>.

Ahora bien, si parece lógica la posibilidad de que el juez penal pudiese declarar la nulidad administrativa del acto constitutivo de delito, hemos de aclarar que, salvo disposición expresa de la ley, las consecuencias administrativas de la nulidad sí deben decidirse en sede administrativa, por la Administración o por el juez contencioso-administrativo. Las consecuencias de la nulidad deberán establecerse para cada caso concreto y garantizando, en todo caso, el desarrollo de un procedimiento administrativo que garantice los derechos de los interesados que han podido estar representados, o no, en el proceso penal. De lo contrario podríamos estar ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Diferente valoración merece los supuestos de nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. En estos casos, el juez penal se limitará a

---

<sup>36</sup> En el Perú, los jueces no declaran directamente la nulidad del laudo dado que no hay competencias expresas para ello. Consideran que quien debe hacerlo es la propia Administración pública competente, quien muchas veces es parte del proceso penal por intermedio de sus procuradores. Esta es una solución también plenamente legal. Sin embargo, bajo nuestro razonamiento, se podría ahorrar este tiempo dado que la Administración pública competente no podría oponerse a la nulidad.

resolver la cuestión penal mientras que al Administración Pública o el juez contencioso administrativo deberán valorar la conexión causal entre la infracción penal y el acto administrativo a efectos de declarar su nulidad y determinar los efectos de esta declaración. Sin embargo, esta separación jurisdiccional tan clara en teoría, puede no serlo tanto en la práctica. En efecto, no debería ser extraño que los jueces penales, a través de cuestiones prejudiciales, consulten a la jurisdicción contenciosa sobre aspectos técnicos del derecho administrativo que deben concurrir en algún tipo de delito específico<sup>37</sup>.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA para analizar esta situación distingue dos escenarios posibles: si la sentencia penal versa sobre categorías propias y exclusivas del derecho penal (homicidios, robos, hurtos...) no cabe la posibilidad de que los hechos probados puedan ser contradichos por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, cuando el juez penal deba valorar categorías propias del derecho administrativo (en muchos delitos relativos a funcionarios públicos, delitos urbanísticos o medioambientales, o todos aquellos que utilicen la técnica de la norma

---

<sup>37</sup> Traemos a colación en este punto el artículo 5 del Código Procesal Penal que regula la cuestión prejudicial de la siguiente forma:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.

3. En caso de que el proceso extra-penal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el Fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

4. De lo resuelto en la vía extra-penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa”.

penal en blanco remitiéndose a infracciones administrativas), todas las valoraciones del juez penal en este sentido lo serán a título prejudicial y, podrán ser planteadas ulteriormente, a efectos administrativos, al tribunal contencioso-administrativo competente. En este momento, el juez contencioso decidirá sobre la licitud o ilicitud administrativa sin que el pronunciamiento penal en ese sentido tenga efectos de cosa juzgada, pues el juez penal sólo se ha pronunciado a efectos de la represión<sup>38</sup>.

En definitiva, no parece lógico que un juez penal pueda pronunciarse con fuerza de cosa juzgada sobre la legalidad de la actuación administrativa sujeta a derecho administrativo<sup>39</sup>.

Este modo de proceder se adapta perfectamente a la idea que venimos defendiendo sobre la declaración de nulidad de un acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. Una vez declarado por sentencia penal firme el delito, corresponde con exclusividad a la Administración o al juez contencioso-administrativo analizar la relación de causalidad entre el delito y el acto dictado como consecuencia de aquel, sin que pueda el juez penal entrar a valorar esa cuestión puramente administrativa<sup>40</sup>. En conclusión, estamos en condiciones de afirmar que el art. 10.4 LPAG no es una remisión directa de la ley administrativa a la sentencia penal<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (coords. ORTÍZ BLASCO, J. & MAHILLO GARCÍA, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 258 y 259. (Este mismo artículo fue publicado previamente en *REDA*, nº 98, 1998, pp. 321 y ss.).

<sup>39</sup> Cfr. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 5.

<sup>40</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 247.

<sup>41</sup> La antigua STS español de 24 de enero de 1974 (Ar. 1154, Ponente: J. Becerril y Antón-Miralles), ya entendió que es la jurisdicción contencioso-administrativa, como jurisdicción principal, la competente para decidir si unos hechos declarados delictivos por sentencia penal acarrear o no la invalidez de la

A modo de recapitulación, el papel que juega el juez penal -competente para la declaración de un delito- en la invalidez de los actos administrativos varía en función de si el acto es constitutivo en sí mismo de delito o es dictado como consecuencia de una infracción penal previa:

- Si el acto administrativo es constitutivo en sí mismo de delito, por imperativo del art. 10.4 LPAG y del principio de seguridad jurídica, el juez penal sí podrá declarar su nulidad administrativa pues la correspondencia entre acto administrativo delictivo y nulidad es automática. En el caso de acudir a la vía de la revisión de oficio administrativa –lo cual resulta contrario al principio de economía procesal- la Administración no tendrá margen de valoración y la declaración de nulidad debe ser instantánea.

Ahora bien, corresponderá a la Administración o al juez contencioso-administrativo determinar, en todo caso, las consecuencias jurídico-administrativas de la nulidad.

- Por el contrario, si el acto es dictado como consecuencia de un delito acudiremos a la solución basada en la separación total de jurisdicciones. Es decir, corresponderá al juez penal la declaración delictiva y corresponderá siempre a la Administración o al juez de lo contencioso valorar si procede declarar la nulidad o no. Para ello se precisará que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico como se advirtió en un epígrafe anterior y, además, que

---

actuación administrativa posterior. Este era el caso de la condena penal a todos los concejales de Vigo por un delito de cohecho consistente en la recepción de joyas por parte de la empresa adjudicataria de un contrato. Una vez declarados los hechos como delictivos, el asunto se reanudó en sede contencioso-administrativa para valorar si el delito afectaba o no a la validez del acto administrativo. Y así se ha mantenido la doctrina hasta el día de hoy, buena muestra de ello es la STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017) del famoso caso de corrupción Nóos.

exista relación de causalidad entre el delito y el acto, y esto es una cuestión puramente administrativa.

Si llegado el momento, un juez penal declarase la nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito, lo hará a los solos efectos de la represión del ilícito penal, por lo que no tendrá fuerza de cosa juzgada en sede administrativa. Será posible, en definitiva, plantear ante el juez de lo contencioso la nulidad o no del acto administrativo, y éste sólo estará vinculado a los hechos probados constitutivos de delito, pero aplicará plenamente su jurisdicción administrativa en un procedimiento con un sistema probatorio abierto y sin límites<sup>42</sup>.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La causal de nulidad recogida en el art. 10.4 LPAG concerniente a los actos administrativos de contenido delictivo contiene, en realidad, tres grupos de actos administrativos susceptibles de ser declarados nulos de pleno derecho. En primer lugar, los actos que en sí mismos constituyan infracción penal -delito o falta-tipificada en el Código Penal. En segundo lugar, los actos administrativos que contengan una orden o mandato para la realización de una conducta delictiva y, por último, los actos dictados como consecuencia de una infracción penal previa.

Por regla general, para la declaración de nulidad de los actos administrativos constitutivos de delito o los dictados como consecuencia de éste será condición necesaria una sentencia penal firme que declare la infracción penal, pero, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito cuando concurra una causa

---

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 262, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 185, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1954.

de extinción de la responsabilidad penal y así lo declare el juez penal en una resolución firme, generalmente con forma de auto. Sólo en estos casos la Administración o el juez de lo contencioso podrán declarar la nulidad del acto administrativo por delito sin sentencia penal firme que lo acredite.

La nulidad de los actos constitutivos de delito podrá ser declarada –además de por la Administración en vía revisión de oficio o por el juez contencioso administrativo- por el propio juez penal que haya conocido de la causa pues la correspondencia entre el acto administrativo constitutivo de delito y la causa de nulidad es automática y la única jurisdicción competente para declarar unos hechos como delictivos es la penal. En todo caso, la determinación de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo corresponderá siempre a la Administración o al juez contencioso-administrativo.

La causa de nulidad de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal sólo podrá ser declarada por la Administración o el juez contencioso-administrativo previa sentencia penal firme, toda vez que requiere de una valoración doble: por un lado, que el acto administrativo esté decisivamente influenciado por el delito y, por otro lado, que el acto cuya nulidad se pretende no sea conforme a Derecho.

Este motivo de nulidad de los actos administrativos presenta el gran problema del tiempo que puede tardar su aplicación efectiva, pues se requiere generalmente un pronunciamiento penal -con el ya conocido retraso de ese orden jurisdiccional- y, adicionalmente, un proceso administrativo o contencioso que declare la nulidad y los efectos de la declaración de nulidad. Para evitar este retraso, en ocasiones es efectivo acudir a otras causales de nulidad en las que puede encajar el supuesto de hecho. Puede ser útil en este sentido la recogida en el art. 10.3 LPAG que declara nulos los

actos administrativos por los que se adquieren derechos o facultades, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición. Es lógico que puedan encajar en esta causal puesto que el delito suele ser un medio para obtener una ventaja -derecho o facultad- de forma ilegal y se ahorraría el -largo- proceso penal.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Baca Oneto, V. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Civitas.

Baca Oneto, V. (2007). La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano, en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (Coords. Danós Ordoñez, J., otros). Palestra Editores.

Bauzá Martorell, F. (2014). El acto administrativo: entre la validez y el delito (La anulación de actos administrativos por el juez penal en *REDA*, (163), 217-251.

Becerra Gómez, A. (2022). *La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Beladiez Rojo, M. (1994). La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación en *RAP*, (133), 155-188.

Bocanegra Sierra, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas.

Chang Chuyes, G., Vilela Carbajal, K. (2019). La nulidad del laudo arbitral en contratación pública por actos de corrupción de los árbitros en el Perú en *Actas de la AEPDA. 20 años de la Ley de lo Contencioso Administrativo* (Coords. López Ramón, F., Valero Torrijos, J.) INAP, 689-698.

- Gallego Anabitarte, A., Menéndez Rexach, A. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Marcial Pons.
- García De Enterría, E. (2010). La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (Coords. Ortíz Blasco, J., Mahillo García, P.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- García De Enterría, E., Fernández Rodríguez, T. (2020). *Curso de Derecho administrativo I*. Civitas.
- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Civitas.
- Garrido Falla, F., Fernández Pastrana, J. (1995). *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*. Civitas.
- González Pérez, J., González Navarro, F. (2012). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Civitas.
- Mellado Ruíz, L. (2017). Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (Dir. Gamero Casado, E.). Tirant lo Blanch.
- Méndez Vásquez, D. (2021). *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*. Derecho y Sociedad.

- Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Parada Vázquez R. (2019). *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Dykinson.
- Parada Vázquez, R. (1999). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2ª, Marcial Pons.
- Picón Arranz, A. (2020). Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia en *Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, (1).
- Picón Arranz, A. (2022). *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo: configuración legal y aplicación práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- Santamaría Pastor, J. (1972), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*. Instituto de Estudios Administrativos.