

EX TUNC: TODA NULIDAD ES RETROACTIVA. LA DEROGATORIA DE LA POTESTAD DEL JUEZ CONTENCIOSO DE “DETERMINAR LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN EN EL TIEMPO”

Gustavo Linares Benzo
*Profesor Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *Derogada la potestad judicial de fijar los efectos de la decisión en el tiempo, y a falta de una disposición expresa de Derecho positivo para el caso de que se trate, toda sentencia de nulidad de un acto administrativo, sea por vicios de nulidad absoluta o por vicios de nulidad relativa, tiene efectos retroactivos, ex tunc, y en consecuencia el acto anulado no produjo efecto alguno.*

Palabras: *Nulidad, efectos, exnunc, extunc.*

Abstract: *Since Administrative Jurisdiction Organic Law any judicial nullity of administrative acts have extunc effects, regardless the nullity is absolute or relative. The annulled act never produced effects, exception made of special legal rules applicable.*

Key words: *Nullity, consequences, exnunc, extunc.*

La entrada en vigor de dos leyes fundamentales para la disciplina de los actos administrativos, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la *G.O.* N° 39.451 de 22 de junio de 2010 y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en la *G.O.* N° 39.483 de 9 de agosto de 2010, pueden representar un giro copernicano en la disciplina de la nulidad de los actos administrativos, por la sencilla razón de que derogaron, al menos implícitamente, el tan importante artículo 21,18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que contenía lo esencial del tradicional artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es decir, la potestad del juez contencioso de “fijar los efectos en el tiempo” de la sentencia de nulidad de un acto administrativo.

I. ANTECEDENTES

El análisis del procedimiento legislativo de la LOJCA incluso apunta a que la derogatoria del artículo 21,18 de la LOTSJ fue consciente por parte del legislador. En efecto, en el informe para segunda discusión de la ley se preveía un capítulo (Capítulo IV, De la Sentencia y de los modos de terminación del procedimiento, del Título IV, De los procedimientos en el Contencioso Administrativo) cuyo artículo 86 se refería al “contenido de las sentencia”. Allí se decía:

“La sentencia que declare con lugar la pretensión deducida, en relación con un acto administrativo, declarará la nulidad total o parcial del acto administrativo particular cuya nulidad se pretende (...), establecerá los efectos de dicha nulidad en el tiempo, pudiendo establecer un lapso no mayor de tres (3) meses para que se materialice la nulidad” (Resaltado mío).

Se reproducía así la potestad del juez de determinar si la nulidad del acto incluía determinar sus efectos *ex tunc* o *ex nunc* o cualquier otra solución dentro de estos dos extremos, e inclusive se añadía la novedad de una nulidad sometida a un plazo, éste no mayor de tres meses, confirmación del otorgamiento al juez de amplias potestades sobre la eficacia temporal de sus decisiones.

Este Capítulo IV sobre la Sentencia fue totalmente eliminado en la ley que en definitiva se promulgó, a pesar de que el mencionado informe fue acogido casi totalmente para el resto del articulado. Tampoco hay mención alguna al contenido de la sentencia en la exposición de motivos de la ley.

En otras palabras, la base para considerar que en Venezuela no existía diferencia entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta en lo referente a los efectos temporales de la nulidad ha desaparecido, con lo cual volvemos a necesitar de la teoría general de las nulidades para determinar esos efectos.

A tal objeto no son de mayor ayuda las nuevas normas sobre el contenido de las sentencias de nulidad contenidas en las dos leyes mencionadas. En la LOJCA los artículos sobre la sentencia se limitan a reproducir los requisitos de derecho común del artículo 243 del CPC y a permitir la adopción de las medidas necesarias para restablecer la situación jurídica infringida y la continuidad de los servicios públicos (art. 74 LOJCA, referido al procedimiento breve). Sólo el artículo 101, parte de la disciplina del recurso de juridicidad, como se sabe suspendido por la Sala Constitucional (sentencia 1149 de 17-11-2010) habla de que el resolver el mérito de la causa, si es el caso, tiene por objeto “restablecer la situación jurídica infringida”. Por último, la ley en materia de habeas data establece una serie de posibles contenidos de la sentencia que el juez acogerá en su fallo “según corresponda” (art. 172).

Por su parte, la LOTSJ menciona un posible contenido de las sentencias en su artículo 35, cuando expresa que en la sentencia del recurso de revisión constitucional la propia SC “determinará los efectos inmediatos de su decisión”. Si quiere verse en esta frase un poder discrecional de determinar los efectos temporales del fallo, habría también que concluir que éste sólo existiría para el recurso de revisión constitucional, argumento adicional a favor de su eliminación en general para el contencioso administrativo.

En materia de avocación, la LOTSJ permite a la Sala correspondiente del TSJ “adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido” (art. 109).

Todas estas normas parecen en definitiva un eco de la norma clásica sobre el contencioso administrativo, el hoy artículo 259 de la Constitución, que tiene su origen el famoso 206 de la Constitución de 1961. Allí se dice que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para (...) disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. El módulo de las decisiones contenciosas utiliza el adjetivo “necesario”, cuyo análisis permite continuar con nuestra indagación sobre el instituto de la nulidad de los actos administrativos luego de la derogatoria de su principal normativa desde al menos 1976, potestad del juez de “determinar los efectos de la decisión en el tiempo”.

Lo que está en juego es la presunta potestad discrecional del juez contencioso sobre los alcances temporales de su decisión. Como se vio más arriba, asumir la teoría clásica de la nulidad de los actos administrativos, es decir, que el ordenamiento determina abstractamente tanto la calidad del vicio (nulidad absoluta o relativa) como sus consecuencias temporales (*ex tunc* para la nulidad absoluta, *ex nunc* para la relativa), implica la ausencia de toda discrecio-

nalidad del juez contencioso en la materia, tan sólo debe calificar el vicio conforme a la ley e inexorablemente darle los efectos temporales también predeterminados. La derogatoria del artículo 21,18 LOTSJ elimina la principal base para la teoría contraria, es decir, la existencia de un poder discrecional del juez contencioso para fijar los efectos de la nulidad en el tiempo, con independencia de la calidad del vicio correspondiente. Bajo esta teoría de un poder judicial discrecional en la materia, el juez podría, por ejemplo, considerar que un acto absolutamente nulo produjo efectos válidos hasta la fecha de la nulidad. Desde la vigencia de la LOTSJ y la LOJCA ya no tendría ese poder.

Analizando esta teoría general, Urdaneta (1993) realizó una disección de su vigencia en el Derecho Administrativo venezolano. Para ello invoca una de las normas más importantes de nuestro Derecho Público, con efectos devastadores sobre esa teoría general, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, reproducido en el artículo 21, párrafo 18, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004 y ahora derogado por la LOTSJ y la LOJCA:

Artículo 21. (...) En su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia declarará, si procede o no, la nulidad de los actos o de los artículos impugnados, y determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo; igualmente podrá, de acuerdo con los términos de la solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Cuando la acción hubiese sido temeraria o evidentemente infundada, impondrá al solicitante multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien unidades tributarias (100 U.T.).

La cláusula clave de esta norma es la que habilitaba al juez para “determinar (...) los efectos de la decisión en el tiempo”. En otras palabras, según URDANETA (1993), el juez contencioso al anular un acto administrativo podía soberanamente establecer la eficacia temporal del fallo: desde la emisión del acto, desde la sentencia o toda la gama de posibilidades intermedias:

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo artículo 131, 21, 18 LOTSJ 2004] incorporó la ahora muy conocida disposición, pero novedosa para entonces, según la cual corresponde al juez contencioso-administrativo, al declarar la nulidad del acto impugnado, “determinar los efectos de su decisión en el tiempo”. Esto impide a nivel teórico asignar cualquier clase de efecto en el tiempo, con carácter necesario y a priori, a ningún tipo de nulidad; es el juez –en cada caso y a la vista normalmente de la repercusión práctica que su decisión podría tener y no del mayor o menor grado del vicio- quien determina tales efectos en el tiempo. Se ha eliminado, pues, en nuestro Derecho Administrativo la idea tan extendida de que la nulidad absoluta tiene efectos *ex tunc* mientras que la relativa sólo los tiene *ex nunc*. (Urdaneta (1993): 18)

De todas las diferencias entre los dos tipos de nulidad, la relativa y la absoluta, quizás éste de lo que la LOTSJ llamaba “los efectos de la decisión en el tiempo” es el más importante. En efecto, dada la definición clásica de nulidad absoluta, un vicio en los elementos esenciales del acto, un tal vicio supone que el acto no produjo efectos, con lo cual la declaratoria de nulidad no sólo destruye la apariencia del acto absolutamente nulo, sino también sus efectos posteriores. El caso clásico es la nulidad absoluta de la designación de un funcionario, que implica en consecuencia la nulidad de los actos que haya dictado.

En otras palabras, la nulidad absoluta produce gran inestabilidad en el medio jurídico. En cambio, la nulidad relativa supone que su declaratoria es constitutiva, con lo cual los efectos derivados de un acto relativamente nulo se mantiene; su virtualidad para seguirlos produciendo es la que se cancela con la sentencia de nulidad. Según Urdaneta (1993), esta diferencia no existiría en nuestro Derecho, pues el juez sería soberano para establecer los

efectos de su fallo sobre el acto anulado y sus consecuencias, pudiendo, para seguir con el ejemplo, anular el nombramiento del funcionario pero mantener vigentes los actos que hubiera dictado, aun cuando los vicios que afectase su designación fueran de nulidad absoluta.

El fenómeno específico al cual pretende responder esta postulada discrecionalidad judicial en materia de nulidad de actos administrativos son las consecuencias indeseables que puede producir la nulidad de todos los actos consecuentes a la de un acto declarado absolutamente nulo: como dije, el caso de la nulidad absoluta del nombramiento de un funcionario y todos los actos dictados por éste mientras ejerció el cargo, por ejemplo. Al consagrar la discrecionalidad judicial en materia de efectos temporales de la decisión, la ley venezolana resolvía el problema de raíz al dotar al juez de los poderes de permitir que un acto absolutamente nulo hubiese producido efectos válidos antes de tal declaratoria.

Con este problema en mente, hay que enfrentar dos asuntos. Primero, si a pesar de la derogatoria del artículo 21,18 LOTSJ se mantiene la discrecionalidad judicial en materia de efectos de la sentencia en el tiempo y, luego, si la respuesta es negativa, cuáles son los efectos temporales de la nulidad de un acto administrativo y si hay alguna distinción entre ellos según esta sea absoluta o relativa.

II. LAS NULIDADES EN LA CONSTITUCIÓN

Empecemos por el tema de la discrecionalidad judicial en la determinación de los efectos temporales de la sentencia contencioso administrativa. El análisis literal de las normas correspondientes, empezando por la Constitución, establecen la existencia indudable de una potestad general del juez administrativo de “restablecer las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa” (art. 259), para lo cual puede dictar las medidas que sean “necesarias”. ¿Es ésta una potestad discrecional? El restablecimiento de una situación jurídica es obviamente una situación regida por el Derecho, reglada para usar el concepto antinómico a discrecional. Y las medidas “necesarias” para ello están condicionadas por la realidad reglada anterior, la de la situación jurídica que se busca restablecer.

Si se consulta el módulo constitucional específico de las nulidades, se confirma la tesis de la inexistencia de una “discrecionalidad judicial”. El juez administrativo anula los actos administrativos “contrarios a derecho”. El juicio de nulidad es pues de desconformidad con un orden que el juez no crea, sino que le precede, precisamente el ordenamiento jurídico. Si existiese una discrecionalidad judicial, la constitución utilizara expresiones como “el juez anulará los actos “cuando estime procedente” o semejantes. Similar razonamiento puede hacerse con otros lugares de la Constitución, por ejemplo la competencia del TSJ de anular los actos administrativos “cuando sea procedente”: nada de discrecionalidad.

Si se indaga en otros lugares de la Constitución, encontramos otras normas que se refieren a la nulidad. Su artículo 25, uno de los más comentados por la doctrina, que establece que “todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”. La doctrina ha interpretado esta norma, al menos desde la sentencia venerable Manuel Antonio Sira, como se verá más adelante, en el sentido de que toda violación de la Constitución produce la nulidad absoluta, pero como puede verse el texto no lo dice expresamente.

De igual modo, el artículo 49, 1 de la Constitución, novedad en nuestro Derecho constitucional, dice que son “nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”, sin determinar si tal nulidad es absoluta o relativa. En materia laboral, “es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos laborales)” (art. 89, 2): nada se dice de los efectos de la nulidad. “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus

actos son nulos” (art. 138), usurpación que la jurisprudencia (de nuevo, Manuel Antonio Sira y sus epígonos) considera un vicio de nulidad absoluta que impide se produzca cualquier efecto, pero sin que la constitución expresamente lo establezca.

Las siguientes normas constitucionales sobre nulidad son atributivas de competencias anulatorias. La primera al Tribunal Supremo de Justicia que le permite a la Sala Político Administrativa “declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del ejecutivo nacional, cuando sea procedente” (art. 266, 5), ya mencionado pero que tampoco fija módulo alguno a los efectos de esa declaratoria de nulidad en el tiempo, sólo su extensión sobre el contenido del acto: total o parcial. De igual modo, las facultades anulatorias de la Sala Constitucional, (arts. 334 y 336, 1, 2, 3 y 4) tampoco establecen si se trata de absolutas o relativas ni sus efectos temporales. El CNE puede declarar la nulidad total o parcial de las elecciones (art. 293, 4), pero la Constitución no dice si con efectos retroactivos o no.

Sin embargo, la Constitución sí prevé expresamente los efectos temporales de la decisión judicial de nulidad al menos en un caso: en el artículo 89, 4:

Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

Es en materia laboral que la Constitución prevé expresamente los efectos de la nulidad. En ese campo, toda contrariedad a la Constitución produce que el acto trasgresor no produzca efectos, en otras palabras, que su declaratoria de nulidad tendrá efectos *ex tunc*, retroactivos. Encontramos así un ejemplo, al menos, de solución en el Derecho positivo a los efectos de la sentencia de nulidad, y nada menos que en la Constitución

Ahora, que en la propia Constitución se encuentre una norma (art. 89, 4) que expresamente determine los efectos temporales de la nulidad –“(el acto nulo) no genera efecto alguno”- exige también indagar si entonces en los otros casos la nulidad sólo se produce hacia el futuro. Como veremos más adelante, la figura de la convalidación es decisiva para apuntar en que ambos tipos de nulidad producen idénticos efectos *ex tunc*, retroactivos, una vez declaradas, pero baste un análisis de la norma de la nulidad retroactiva de los actos patronales contrarios a la Constitución para determinar que el artículo 89, 4 no puede ser una clave hermenéutica para el resto de la Constitución y del ordenamiento.

En efecto, esa norma se refiere específicamente al tema laboral y por ello puede decirse que es un simple eco del principio favor *operaris* que es la regla básica de la Constitución laboral.

Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o a la trabajadora. (art. 89, 3).

Pero en el caso de las nulidades administrativas, no hay un principio general de favor *cives*, que determine que toda nulidad es absoluta e impida que el acto viciado produzca efecto alguno. Por el contrario, si existe alguna presunción en esa materia, es la contraria, el favor *acti*, la necesidad de resguardar la estabilidad de los actos administrativos, como medio de buscar el interés general que son.

Estas normas, pues, son un argumento más a favor de que no existe una tal discrecionalidad judicial, y con mucha más fuerza en materia de nulidades. Sin embargo, es prueba también de que el constituyente y, como veremos, el legislador, ha sido muy parco a la hora de determinar expresamente los efectos de la nulidad en el tiempo.

Puede concluirse, entonces, que la Constitución no deja a la discrecionalidad del juez la determinación del contenido de sus sentencias, sino a la aplicación que haga del Derecho establecido.

III. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO EN MATERIA DE EFECTOS TEMPORALES DE LA NULIDAD

Todo este análisis conduce a la necesidad de estudiar de nuevo la teoría de la nulidad de los actos administrativos en el Derecho venezolano, pues la teoría mayoritaria desde la LOCSJ ha perdido su sustento positivo y principal, el artículo 21,18 del LOTSJ de 2004.

Busquemos, pues, la regla general sobre los efectos temporales de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y si existe alguna diferencia debida a que tal declaración afirme la nulidad absoluta o bien la relativa. Comencemos por la solución en el Derecho privado, continente de la mayoría de las teorías generales de las instituciones de las cuales el Derecho administrativo muchas veces no es más que una modulación.

La unanimidad de la doctrina civilista considera que la declaratoria judicial de nulidad de un acto tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, es decir, el acto anulado se considera que no produjo efectos, tanto si esa declaratoria se debe a vicios de nulidad absoluta como si se trata de una nulidad relativa. Este principio parece tan evidente que es prácticamente imposible encontrar siquiera un razonamiento que lo justifique. Así, Melich (1993:325) se limita a afirmarlo como si se tratara de una evidencia

La nulidad, sea absoluta o relativa, una vez declarada implica la desaparición de las consecuencias jurídicas que se pretendía imputarle al contrato nulo, desaparición o ablación de la eficacia de tal contrato que debe remontarse al origen mismo de éste. Para resumir esto en una breve expresión se habla de la eficacia retroactiva de la nulidad. (Cursivas del autor, negritas mías).

De la misma manera la casi totalidad de los autores venezolanos, resumidos en el trabajo de los profesores Annicchiarico y Madrid (2012)

En el Derecho venezolano se reconocen dos causales de nulidad: los vicios de nulidad absoluta y los vicios de nulidad relativa. Tal como afirmamos en el punto anterior, ambas causales requieren declaración judicial y, una vez declaradas, surten efectos retroactivos. (Annicchiarico y Madrid 2012: 493).

En el Derecho Privado venezolano, pues, no hay diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa en cuanto a los efectos de su declaración judicial: esta tiene efectos retroactivos y se considera que el acto anulado no produjo ningún efecto. Una primera posibilidad de solución del problema de los efectos de la nulidad de un acto administrativo, luego de la derogatoria de la “discrecionalidad judicial” en la materia, sería en consecuencia aplicar la teoría general y considerar que toda sentencia de nulidad, sin importar la calidad del vicio que la causa (nulidad relativa o nulidad absoluta) tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, y implica que el acto nunca produjo efectos. En lo que respecta a los efectos de su declaratoria, pues, no habría diferencia entre nulidad absoluta y relativa.

Sin embargo y por el contrario, la doctrina más aceptada en Derecho Administrativo venezolano e inclusive en el comparado postula que la declaratoria judicial de nulidad absoluta produce efectos *ex tunc*, el acto no produjo nunca efectos, mientras que la sentencia de nulidad relativa tiene efectos *ex nunc*, desde la sentencia, por lo que se mantienen los efectos que el acto anulado causó hasta entonces.

Ejemplo clásico de esta doctrina tradicional, que además recoge jurisprudencia anterior, es la posición del maestro Brewer-Carías (1964, 87-90):

El acto nulo (se refiere a la nulidad absoluta) no puede crear ningún derecho ni puede convertirse, por tanto, en definitivo. Nadie puede alegar derechos adquiridos de un acto nulo. Por ello nuestra Corte, refiriéndose al acto nulo por violación de la Constitución, señalaba que “sobre él nada útil puede levantarse” (CFC-CP- 12-06-1951)

El acto administrativo anulable (se refiere a la nulidad relativa), mientras no sea declarado anulado, produce todos sus efectos jurídicos y, por tanto, es susceptible de crear derechos a favor de los particulares”

Desde entonces, con base en esta doctrina a su vez fundamentada en la famosa sentencia Manuel Antonio Sira de la CFC de 12 de junio de 1951, la nulidad absoluta producía efectos *ex tunc* y la nulidad relativa efectos *ex nunc*. Con toda rotundidad lo afirma Meyer (1991: 186-187)

La declaratoria de nulidad (absoluta) es un reconocimiento de invalidez total; por tanto, el acto nulo desaparece de la vida jurídica, como si nunca hubiese existido. Los efectos producidos se pierden, se borran, y por supuesto, tampoco podrá generar efectos para el futuro (El clásico axioma *Extunc, Exnunc*).

No sucede esto con el acto anulable, ya que la declaratoria de nulidad en este supuesto, sólo tiene efectos futuros. De modo que las situaciones jurídicas que se hubieren establecido en el pasado, antes de la declaratoria de nulidad, permanecen inalterables.

Absoluta unanimidad, pues, ni siquiera alterada con la entrada en vigor de la LOCSJ de 1976, salvo por la ya expuesta opinión de Urdaneta (1993).

Esa unanimidad se aprecia también en la jurisprudencia. Las sentencias líderes afirman sin ambages la diferencia de efectos de la sentencia anulatoria por motivos de nulidad absoluta con la basada en nulidad relativa. Así, la mayoría de los fallos mientras estuvo en vigor el artículo 131 LOTSJ 1976 o bien invocaban ese artículo para establecer sus efectos temporales (véase sents. de la CSJ en SPA de 14-05-1985, caso *Freddy Rojas*; de 14-08-1991, caso *Armando Felipe Melo Solórzano*) o anulaban todos los efectos del acto porque expresamente declaraban que el vicio que lo afectaba era de nulidad absoluta (veáanse sents. de la CSJ en SPA de 26-07-1984, caso *Despachos Los Teques*, de 31-01-1990, caso *Farmacia Unicentro*, de 25-07-1990, caso *Compagnie Generale Maritime*).

En consecuencia, hay una discrepancia absoluta, una solución exactamente contraria entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo sobre los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta y de la nulidad relativa. Para el Derecho Civil, la sentencia de nulidad tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, en ambos casos, no hay diferencia entre ambos tipos de nulidad a este respecto. En cambio, el Derecho Administrativo sí distingue, la sentencia de nulidad absoluta tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, el acto nunca produjo efectos; la sentencia de nulidad relativa tiene efectos *ex nunc*, se mantienen los efectos del acto relativamente nulo.

Esta conclusión algo sorprendente para quienes se dedican al Derecho Administrativo viene acompañada de otra, ya entrevista: ninguna norma en Venezuela, con excepción del derogado artículo 131 LOCSJ reproducido en el 21,18 LOTSJ, establece las consecuencias en el tiempo de una declaratoria judicial de nulidad. Sorprendentemente, pues, el dogma administrativo de los efectos *extunc* de la nulidad absoluta y *exnunc* de la nulidad relativa no tiene base en el derecho positivo, es una regla exclusivamente doctrinal y jurisprudencial. ¿Es entonces un puro dogma, una mera opinión? ¿Debe buscarse una base positiva para la solución?

La regla de Derecho privado, la identidad de efectos de la declaratoria judicial de nulidad, sin importar si es absoluta o relativa, tampoco tiene mucho más fundamento positivo. Ninguna norma del Código Civil o de otras leyes prevé expresamente los efectos de una declaración o de otra. En consecuencia, nos encontramos con dos soluciones estrictamente doctrinales, sin base positiva, recibidas además acriticamente. A los efectos del Derecho Administrativo y hasta la derogatoria del artículo 21,18 LOTSJ por las nuevas LOJCA y LOTSJ, no había mayor problema puesto que el juez tenía libertad para determinar los efectos de su decisión con independencia de la clase de nulidad. Ahora, sin embargo, el problema de debe enfrentarse sin poder recurrir a esa discrecionalidad judicial, a mí ver inconstitucional, pero al menos con base positiva.

IV. EFECTOS TEMPORALES DE LA NULIDAD RELATIVA

Ya se vio que la Constitución impide considerar que existe esa discrecionalidad, más sin un texto legal que la respalde. Por lo tanto, como esa discrecionalidad sería inconstitucional, debemos postular una solución positiva, al menos intentando hallar esa solución antes de recurrir la doctrina o la jurisprudencia. A ese respecto, lo primero que debe decirse es que el ordenamiento positivo prevé los efectos de la decisión de nulidad para varios casos puntuales. Así, en el Derecho Privado existen normas que claramente determinan los efectos de la nulidad en el tiempo para casos excepcionales, pues como ya vimos la regla general desde el punto de vista de la doctrina es la eficacia retroactiva de la nulidad en cualquiera de los dos casos posibles. En materia de los efectos de la nulidad del matrimonio, por ejemplo, el Código Civil mantiene los efectos de ese vínculo para las partes que lo hayan contraído de buena fe y para los hijos en todo caso (art. 127). Nuestra tarea es encontrar normas positivas semejantes para el Derecho Administrativo.

Muy pocas normas determinan expresamente los efectos temporales de la nulidad absoluta o de la nulidad relativa, como parece ser el caso del art. 70 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, o el copiado artículo 89, 4 de la Constitución, pero en materia laboral. Abundan las determinaciones de nulidad, desde el ya centenario artículo 25 de la Constitución, hasta los clásicos módulos de los artículos 19 y 20 LOPA. Sin embargo, normalmente nada se dice sobre si el acto anulado nunca produjo efectos o los produjo hasta su declaratoria de nulidad.

Debemos por tanto regresar al origen y aplicar una teoría general sobre los efectos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa. A estas alturas ya sabemos que la doctrina civil no distingue entre ambas nulidades y le otorga efectos retroactivos, *ex tunc*, a cualquier nulidad, mientras que la doctrina Administrativa sí distingue y aplica efectos *ex tunc* para la nulidad absoluta y *ex nunc* para la relativa. ¿Hay razones para ello o se trata de mera inercia doctrinal?

El problema puede acotarse aún más de lo que hemos hecho hasta ahora. La única diferencia entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo en materia de efectos de la nulidad se circunscribe a los efectos de la declaratoria de nulidad relativa. En efecto, ambas doctrinas predicen efectos *ex tunc*, retroactivos, para la nulidad absoluta. Sólo difieren en el caso de la nulidad relativa, *ex tunc*, retroactivos en materia de Derecho Civil y *ex nunc*, desde la declaratoria, en el Derecho Administrativo. Trataré de encontrar justificación para esta diferencia.

Constatar este acuerdo sobre los efectos retroactivos de la nulidad absoluta entre el Derecho Privado y el Derecho Público permite concluir que siempre que la ley hable de nulidad absoluta la anulación judicial correspondiente significa que el acto no produjo efectos, nunca, ni pudo ser base de otros, que en consecuencia se reputan igualmente nulos.

No puede el juez, pues, declarar un acto absolutamente nulo y mantener al mismo tiempo alguno de sus efectos. El único problema es la determinación de los efectos temporales de la nulidad relativa.

Los actos administrativos, aun los dirigidos específicamente a un particular determinado, están necesariamente orientados a la satisfacción del interés general. Esta verdad evidente implica que sus efectos, por más circunscritos que se pretenda a la esfera de una sola persona o personas específicas, tienden a afectar a terceros. Ejemplo claro de esta realidad sería el nombramiento de un funcionario, cuyo destinatario es único, pero que puede afectar a una multitud de terceros a través del ejercicio de las respectivas competencias. En cambio, los actos propios del giro privado por definición afectan únicamente a las partes correspondientes y aunque es posible que terceros se encuentren dentro de su esfera, es mucho menos frecuente.

La mayor probabilidad de la afectación de terceros por parte de los actos administrativos justifica una mayor estabilidad de sus efectos. Esa mayor estabilidad debe ser compatible con un mínimo de respeto al Derecho, manifestado en las consecuencias de las violaciones más graves al ordenamiento. Así, entender que al igual que en el Derecho Civil la declaratoria de nulidad absoluta tiene eficacia retroactiva garantiza el respeto a las normas de más importancia, pero establecer que la nulidad relativa sólo produce efectos desde su declaratoria aumenta la estabilidad de la actuación administrativa frente a lo que es la regla en el Derecho Privado.

A esta solución apunta la disciplina general de la nulidad de los actos administrativos, la cual, aunque como ya dije no contiene reglas expresas en materia de efectos de la nulidad en el tiempo, sí es clara al establecer la nulidad relativa como regla, siendo la nulidad absoluta la excepción. Así lo indica el artículo 20 LOPA, al decir que los vicios que no sean de nulidad absoluta de acuerdo con la lista taxativa del artículo 19 *eiusdem* “harán anulables” a los respectivos actos administrativos. En otras palabras, como se sabe, los supuestos de nulidad absoluta se encuentran en una lista de numerus clausus, fuera de la cual, pues, sólo existe la nulidad relativa. Es lógico considerar entonces que los efectos de ambas nulidades difieran entre sí, como también lo es que sean más graves para los casos de nulidad absoluta (eficacia *ex tunc*) y menos para los de nulidad relativa (efectos *ex nunc*).

Debe insistirse a este respecto la ausencia de norma positiva expresa sobre este punto, al igual que repetir que la práctica unanimidad de la doctrina acepta la diferencia de efectos temporales de una u otra nulidad. Esta doctrina se basa fundamentalmente en la sentencia líder de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 12 de junio de 1951, y su famosa frase “*sobre él (el acto absolutamente nulo) nada útil puede levantarse*”. Examinemos con más detalle ese fallo.

V. NULIDAD RELATIVA Y CONVALIDACIÓN

Al respecto, lo primero a señalar es que sólo se refiere a los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, nada dice sobre la nulidad relativa. El asunto decidido por esta famosa sentencia se refería a decidir la nulidad por inconstitucionalidad de dos actos, el primero emanado de la Dirección de Alquileres de la Comisión Nacional de Abastecimiento, órgano este creado en 1946 para afrontar las consecuencias desestabilizadoras en lo económico de la Segunda Guerra Mundial, y el segundo del Ministerio de Fomento, convalidando aquel. Ambos autorizaban al propietario de una vivienda a pedir la desocupación del arrendatario, autorización necesaria de acuerdo con el mencionado decreto ley. La Corte declara con lugar el recurso puesto que de acuerdo con la normativa vigente para el momento en que se dictó el primer acto, ya no existía la Dirección de Alquileres de la Comisión Nacional de Abasteci-

miento, órgano compuesto ahora por un solo comisionado. Por lo tanto, el primero de los actos impugnados constituía una usurpación de atribuciones, absolutamente nula de acuerdo con la constitución vigente para el momento (de 1936). Por ello la Corte declara igualmente nulo el acto convalidante del Ministro de Fomento, pues, de acuerdo con la famosa frase, “sobre el acto nulo por violación de la Constitución (en este caso, el acto de la inexistente dirección de Alquileres) virtualmente no existe, sobre él nada útil puede levantarse”. Lo que pretendió levantarse fue el acto convalidante del Ministro de Fomento y “ni este Alto Tribunal (...) puede dar validez alguna al acto ejecutado con violación de algún precepto constitucional”.

Como puede verse, la sentencia se trata primera y directamente de una decisión sobre la convalidación de actos administrativos. El acto nulo por violación de la constitución no puede ser convalidado, puesto que ese acto “virtualmente no existe” y en consecuencia “nada puede levantarse” sobre él, no puede levantarse sobre todo una convalidación como la que pretendía el ministro. La sentencia más famosa en materia de nulidad ya nos ubicaba, pues, sobre la línea que luego el derecho positivo tomaría en su casi única referencia a la nulidad, la convalidación, cuando la LOPA establece treinta años después que sólo pueden convalidarse los actos “anulables” (art. 81), no los viciados de nulidad absoluta.

En consecuencia, el derecho positivo, de la mano de la sentencia Manuel Antonio Sira, establece los efectos de la nulidad por inferencia de la convalidación. Sólo es nulo lo no convalidado, bien porque no pueda serlo (vicios de nulidad absoluta) o porque nunca fue dictado el acto convalidante (en los casos de los vicios de nulidad relativa). En ambos casos, el acto declarado nulo no produjo efectos, nunca los produjo.

En efecto, la LOPA recoge una tradición centenaria en su mencionado artículo 81:

La administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

Se recoge aquí la regla básica de que sólo se pueden convalidar los actos anulables, por lo que también es cierto que los actos absolutamente nulos no pueden serlo. Veamos detenidamente este concepto.

Convalidación, dice Araujo-Juárez (2007: 925), “consiste en subsanar los vicios de que adolece un acto administrativo anulable”, de lo que se deriva como esencia de la convalidación su referencia necesaria a la anulabilidad, lo que entre nosotros es de derecho positivo de acuerdo al copiado artículo 81 LOPA. De una vez se aprecia la utilidad del instituto de la convalidación para distinguir una de otra nulidad y sus efectos, como veremos de seguidas.

El mencionado artículo 81 LOPA es eco, de entre tantas voces, de la ya citada sentencia Manuel Antonio Sira. Ese fallo ha sido referido en nuestra doctrina como una decisión líder en materia de nulidad absoluta, como se vio más arriba. Pero debemos recordar de nuevo ahora que también es un caso de convalidación, precisamente al sentar la regla de que los actos absolutamente nulos no son convalidables. Como ya mencioné, Manuel Antonio Sira decidió la nulidad solicitada de dos actos: uno de la Comisión Nacional de Abastecimiento que autorizó el desalojo de un inmueble arrendado y otro, del Ministro de Fomento, que lo confirmó (convalidó). El fallo anula ambos actos, el segundo porque:

“No podría, pues, el Ministerio de Fomento devolver vida o eficacia a un acto constitucionalmente nulo; de lo contrario sería posible eludir, burlar el mandato que prohíbe a los funcionarios ejercer facultades no acordadas expresamente por la ley. (...) Al conocer de otras decisiones dictadas por personas que no tiene tal autoridad, con ánimo de corregir un vicio de nulidad insubsanable, dicho funcionario se extralimitó también en sus atribuciones”.

Los actos absolutamente nulos no son convalidables, pues, y así ha sido ratificado desde entonces por pacífica jurisprudencia (*cf.* Sents. CSJ en SPA de 19-10-1989 y 14-08-1991).

Con estos prolegómenos podemos dedicarnos al asunto más relacionado con nuestra indagación acerca de los efectos temporales de las sentencias de nulidad, precisamente los efectos temporales de la convalidación.

Desde luego puede afirmarse que la convalidación produce efectos *ex tunc*, retroactivos. El acto convalidante valida el acto convalidado de modo que éste produce efectos desde su emisión, como si nunca hubiera presentado los vicios que se sanaron. Esta eficacia retroactiva de la convalidación es pacífica en la doctrina y jurisprudencia venezolanas. El mismo Araujo-Juárez (2007: 925) señala sin ambages

“los efectos de la convalidación se retrotraen a la fecha en que fue dictado el acto enmendado, ello en razón de que su finalidad es regularizar el acto administrativo originalmente viciado, el cual, por tanto, queda plenamente ajustado a Derecho”.

De lo contrario, es decir, predicar efectos *ex nunc* de la convalidación, sólo desde la fecha del acto convalidante, haría que ella fuera inútil, porque no habría diferencia con la simple emisión de un acto nuevo. Nada se estaría convalidando.

Tal aserto es pacífico también en la jurisprudencia. Así, en la convalidación,

“se trata de subsanar actuaciones anteriores a la convalidación, relativas a supuestos de hecho realmente existentes en el pasado. Luego, puede afirmarse que la convalidación es uno de esos actos administrativos que pueden tener efecto retroactivo por la naturaleza misma de la función que desempeñan” (CSJ en SPA de 11-08-1983, citada por Araujo).

Nadie discute, pues, que la convalidación tiene efectos retroactivos, *ex tunc*. Ese criterio es clave para el asunto que nos ha venido ocupando, la eficacia temporal de las sentencias de nulidad y específicamente los efectos de la declaratoria de nulidad relativa. En efecto, el Derecho positivo declara expresamente que sólo son convalidables los actos anulables, no los afectados de nulidad absoluta. El artículo 81 de la LOPA así lo establece. Pero como convalidar es dar efectos a lo que de otra manera no los tendría, debe concluirse también que lo no convalidado no produce efectos. Por esta vía habría que dar razón a la solución civilista de que la declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, en ambos casos, por nulidad relativa o por nulidad absoluta, porque obviamente se anula solamente lo no convalidado. Si se concluyera con la mayoría doctrinal venezolana que la nulidad relativa sólo tiene efectos *ex nunc*, hacia el futuro, la convalidación no tendría sentido. En otras palabras, la convalidación sería inútil, sería en realidad la emisión de un nuevo acto.

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, que sólo los vicios de nulidad relativa sean convalidables y que esa convalidación tenga efectos retroactivos implica que la declaratoria judicial de nulidad relativa de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, retroactivos. Por lo tanto, el acto anulado por vicios de nulidad relativa no produjo efecto alguno, exactamente igual que ocurre con una sentencia de nulidad por vicios de nulidad absoluta.

En otras palabras, derogada la potestad judicial de fijar los efectos de la decisión en el tiempo, y a falta de una disposición expresa de Derecho positivo para el caso de que se trate, toda sentencia de nulidad de un acto administrativo, sea por vicios de nulidad absoluta o por vicios de nulidad relativa, tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, y en consecuencia el acto anulado no produjo efecto alguno.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Annicchiarico, J. y Madrid, C. “Informe Venezuela en Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos”. Asociación Colin & Capitant, París 2012.

Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo*. Parte General. Ediciones Paredes, Caracas 2007.

Brewer-Carías, A. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

Melich Orsini, J. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

Meyer, H. *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1991.

Urdaneta, G. “Avances Jurisprudenciales sobre los Motivos de Impugnación en el Contencioso Administrativo Venezolano” en *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 1993.